

Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel

Bjarne Melkevik

Volume 33, numéro 1, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043128ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043128ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Melkevik, B. (1992). Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel. *Les Cahiers de droit*, 33(1), 115–139.
<https://doi.org/10.7202/043128ar>

Résumé de l'article

Deux attitudes philosophiques s'affrontent aujourd'hui sur la question de la transformation future du droit. L'une de ces attitudes en appelle aux systèmes, et l'autre aux mondes vécus. Le présent article se propose de démontrer comment le modèle communicationnel du philosophe Jürgen Habermas peut apporter une résolution à la problématique de la transformation du droit à partir de la base du monde vécu. Nous analyserons donc d'abord le sens de la question de la transformation du droit en mettant en avant la logique sociale inhérente au droit tant du point de vue des systèmes que des mondes vécus. Ayant opté, à partir de la perspective habermassienne pour la problématique du monde vécu, nous étudierons par la suite les modalités spécifiques de la transformation du droit. Le modèle ainsi développé ouvre sur une nouvelle conception du droit lui-même, à partir de son appréhension à travers l'intersubjectivité du langage.

Transformation du droit : le point de vue du modèle communicationnel

Bjarne MELKEVIK*

Deux attitudes philosophiques s'affrontent aujourd'hui sur la question de la transformation future du droit. L'une de ces attitudes en appelle aux systèmes, et l'autre aux mondes vécus. Le présent article se propose de démontrer comment le modèle communicationnel du philosophe Jürgen Habermas peut apporter une résolution à la problématique de la transformation du droit à partir de la base du monde vécu. Nous analyserons donc d'abord le sens de la question de la transformation du droit en mettant en avant la logique sociale inhérente au droit tant du point de vue des systèmes que des mondes vécus. Ayant opté, à partir de la perspective habermassienne pour la problématique du monde vécu, nous étudierons par la suite les modalités spécifiques de la transformation du droit. Le modèle ainsi développé ouvre sur une nouvelle conception du droit lui-même, à partir de son appréhension à travers l'intersubjectivité du langage.

Today, two philosophical attitudes clash regarding future transformation in law. One such attitude turns to the notion of systems while the other is grounded in the idea of real-life experiences. This article attempts to show how the communicational model by the philosopher Jürgen Habermas may provide a solution to problems raised by the transformation of law on the basis of real-life experiences. So we will first analyze the meaning of the question of transforming law by emphasizing the social logic inherent in law both from the perspective of systems and real-life experiences. Since we have chosen the topic of real-life experiences within the Habermassian perspective, we therefore analyze the specific conditions regarding the question of transformation in law. Hence, the model so developed opens onto a new conception of law itself, based on its apprehension through the intersubjectivity of language.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Tromsøe.

1. Le droit et la transformation du droit	118
1.1 Une conception bilatérale du droit	119
1.1.1 Le droit comme institution	119
1.1.2 Le droit comme médium	121
1.2 Deux théories sur la transformation	122
1.3 La transformation sur la base du monde vécu	125
2. La transformation normative du droit	127
2.1 La validation des normes juridiques : le discours	128
2.1.1 Signification et validité	129
2.1.2 Cognitivité et universalité	132
2.1.3 Intérêt et consensus	135
2.2 Une transformation démocratique	137
3. Conclusion : tradition et renouvellement	139

Dans le présent article, nous voudrions apporter une contribution au questionnement portant sur la transformation du droit dans la société contemporaine par un examen des positions théoriques sur la transformation normative du philosophe allemand Jürgen Habermas. Nous voudrions en effet démontrer que la perspective de ce philosophe sur le modèle communicationnel peut être des plus fructueuse pour réfléchir sur cette question, et que les besoins de nos sociétés modernes et pluralistes d'expliquer et de justifier les transformations juridiques peuvent y trouver une théorisation pertinente. Nous chercherons ainsi à analyser comment la prise en charge de la transformation du droit peut être faite rationnellement. C'est pourquoi nous nous situerons sur un plan métathéorique, car notre réflexion sur le modèle de théorisation de la transformation du droit ne sera pas d'ordre descriptif. C'est bien de l'intérieur de la discipline de la philosophie du droit que notre étude sera ici développée, dans la tâche qu'elle se donne d'investir le modèle communicationnel comme modèle ouvert à la pensée juridique.

Pour ce faire, nous nous appuyerons sur certains ouvrages récents de Habermas : *Théorie de l'agir communicationnel*, *Morale et communication* et ses *Écrits politiques. Culture, droit et histoire*¹, de même que sur certains articles pertinents à nos propos.

Nous n'entendons pas cependant traiter ici la totalité de la pensée de Habermas relativement à la problématique de la transformation juridique.

1. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, 2 vol. ; *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1985 ; *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Cerf, 1990.

Le style intellectuel même de Habermas semble défier la reprise systématique d'un problème, car sa pensée se révèle en évolution et en approfondissement constants. Nous nous proposons par conséquent d'esquisser les lignes directrices de sa pensée sur la transformation du droit et les conséquences qui peuvent en être tirées en nous inspirant des ouvrages mêmes de Habermas, et en entrant en dialogue avec ceux-ci. Il est cependant nécessaire de poser deux limites à la présente étude : l'une relative au fait que nous ne voulons pas aborder le problème de la compréhension de la transformation juridique historiquement constatable dans son évolution, et l'autre relative à l'utilisation que nous entendons faire du concept de modèle communicationnel.

La première limite s'impose en quelque sorte d'elle-même. En effet, même si les idées défendues par Habermas concernant la transformation historique et son évolution pouvaient donner un éclairage significatif sur sa conception de la transformation rationnelle, il n'en demeure pas moins qu'elles sont construites dans une large mesure à partir de considérations fort différentes de celles dont nous désirons traiter ici. Ces considérations, dans leur reprise de la théorie du développement moral de Lawrence Kohlberg, donnent lieu à des propos historico-philosophiques à caractère « évolutionniste » qui demandent à être situés sur le fond de la controverse entre Kant et Hegel, et ce en référence aux problématiques wébériennes et marxistes. Se dessine alors une problématique spécifique qui exigerait un traitement particulier, différent de celui que nous entendons donner dans le présent cadre.

La deuxième limite tient, quant à elle, à notre utilisation du modèle communicationnel en science juridique. Nous avons déjà donné, dans un autre contexte, un aperçu des traits constitutifs de ce modèle tel qu'il a été développé par Habermas lui-même². Pour une analyse de ce modèle chez Habermas, nous nous permettrons par conséquent de renvoyer à cette précédente étude. La présente étude constitue cependant un élargissement quant à l'intérêt que peuvent susciter les travaux de Habermas. Nous tenterons de démontrer en effet que ceux-ci fournissent des occasions privilégiées pour théoriser des aspects de la réalité juridique, et nous nous appliquerons tout spécialement à en voir les incidences sur la problématique de la transformation juridique.

Ainsi, dans la première partie, nous nous attarderons à l'analyse du droit tel que Habermas le voit en œuvre dans nos sociétés modernes. Nous verrons que Habermas a une conception bilatérale du droit ce qui l'amène à

2. B. MELKEVIK, « Le modèle communicationnel en sciences juridiques : Habermas et le droit », (1990) 31 *C. de D.* 901.

poser le problème de la transformation du droit d'une manière bien précise. Dans la deuxième partie, sur la base de la problématique théorique de la première partie, nous analyserons la formation même du droit en ce que celle-ci relève de normes juridiques ayant obtenu une métavalidité sociale. Nous expliquerons alors que Habermas conçoit la transformation juridique comme relevant d'une procédure normative à l'intérieur de laquelle les questions d'importance sociale peuvent être thématisées, traitées au moyen de l'argument en vue d'un consensus respectant les intérêts de chacun.

1. Le droit et la transformation du droit

La réflexion sur le droit de Habermas se construit à partir de la dichotomie qu'il pose entre « monde vécu » et « système »³. Il est par conséquent essentiel d'insister sur le fait que sa conception elle-même de la société constitue l'enjeu premier de sa théorie. Le grand bouleversement théorique qui est amené par son ouvrage fondamental, *Théorie de l'agir communicationnel*, de 1981, consiste en un déplacement du sens de la logique des sciences sociales vers une réflexion fondamentale sur le social lui-même, c'est-à-dire une théorie de la société. Il s'agit désormais pour lui de définir les contours normatifs d'un domaine de la pratique, en l'occurrence de la société elle-même en tant que pratique sociale. En anticipant sur nos conclusions, nous pouvons dire dès maintenant que le concept clé du modèle communicationnel, à savoir l'activité communicationnelle, renvoie à cette conception de la société qui se réfère à l'activité humaine précisément orientée vers l'intercompréhension dont le monde vécu sera le dépositaire.

Habermas conçoit donc la bilatéralité du droit entre droit comme institution et droit comme médium à partir de sa distinction entre monde vécu et système, ce qui l'amène à poser la question de la transformation juridique d'une manière tout à fait particulière. Dans ce qui suit, nous voulons ainsi d'abord analyser cette conception bilatérale du droit, et ensuite préciser comment cela amène Habermas à forger deux théories de la transformation juridique. Nous distinguerons alors laquelle de ces théories est la plus pertinente, selon Habermas, et préciserons la signification de ce choix pour notre problématique.

3. Pour l'exposé de cette dichotomie, voir J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, op. cit., note 1 ; pour son application au droit, voir « Law and Morality », dans M. McMURRIN (dir.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 8, Salt Lake City et Cambridge, University of Utah Press et Cambridge University Press, 1988, pp. 217-279.

1.1 Une conception bilatérale du droit

Le droit dans l'État du droit moderne se divise pour Habermas selon deux logiques différentes : d'une part, le droit comme médium et, d'autre part, le droit comme institution. Ces deux logiques répondent à la division entre la logique du système et la logique du monde vécu. Les distinctions qu'opère Habermas entre monde vécu et système sont les clés de lecture pour comprendre sa pensée concernant la société. Ainsi, ces distinctions permettent de discriminer les phénomènes sociaux selon leur mode d'intégration sociale. La différenciation de l'intégration sociale révèle son sens dans les modes de coordination des actions. D'où la constatation de Habermas selon laquelle :

In « socially integrated » areas of action the interactions are linked either via the intentions of the actors themselves or via their intuitive background of the life-world ; in « systemically integrated » areas of actions order emerges objectively so to speak « over the heads of the participants » and it does so via consequences of actions which interlock functionally and stabilize one another⁴.

Habermas introduit ici la perspective de l'action, de l'agir relevant d'une philosophie pratique, en tant qu'horizon de compréhension valant aussi bien pour le monde vécu que pour les systèmes. Cependant, il faut noter que c'est bien cette perspective de l'action qui légitime la distinction entre monde vécu et système, et ultimement la distinction entre droit comme moyen ou comme institution. Nous allons voir bientôt que cette distinction se manifeste sur le plan de l'ordre juridique sous un questionnement différent de la forme de légitimation. Par rapport à la logique du système, cette perspective fait exploser les limites sociologiques à l'intérieur desquelles les systèmes ont été traités jusqu'ici au profit d'une interrogation privilégiant la perspective de leur rationalité sociale. C'est sur ce point précis que l'on peut apprécier comment le regard que Habermas est amené à y poser est d'ordre métathéorique et nullement d'ordre sociologique.

1.1.1 Le droit comme institution

Habermas caractérise le droit comme institution comme suit :

Par *institutions du droit*, j'entends les normes juridiques qui ne sauraient trouver une légitimation suffisante dans le renvoi positiviste à des procédures. De cet aspect sont typiques des fondements du droit constitutionnel, les principes du droit pénal et de la procédure pénale, ainsi que toutes les réglementations de faits pénaux *touchant* à la morale (comme le meurtre, l'avortement, le viol, etc.) Dès que la validité de *ces* normes-là est mise en cause dans la pratique courante, le renvoi à leur légalité ne suffit plus. *Elles* exigent une justification matérielle parce

4. J. HABERMAS, « Morality, Society and Ethic — An Interview with Torben Hviid Nielsen », *Acta Sociologica*, vol. 33, fasc. 2, 1990, p. 106.

qu'elles appartiennent aux ordres sociaux légitimes du monde vécu lui-même, et qu'elles constituent, avec les normes informelles de l'action, l'arrière-plan de l'agir communicationnel⁵.

Seul un retour aux idées de Habermas sur le monde vécu peut nous donner un fondement nécessaire pour comprendre ce qui est impliqué dans cette conception du droit moderne.

Le concept de monde vécu renvoie chez Habermas à la pluralité des mondes qui sont et qui peuvent être vécus par des individus. Comme tel, le concept ne renvoie à aucune définition substantielle de ce vécu, mais bien plutôt à la différenciation structurelle que chaque individu fait ou peut faire de la culture, de la société ou de la personnalité. Le monde vécu est ainsi un arrière-plan de compréhension linguistiquement organisé et culturellement donné. Le monde vécu étant partagé et structuré intersubjectivement par la communication, il se donne comme réservoir de sens pour les individus qui s'y réfèrent constamment.

Le monde vécu renvoie donc au bassin de connaissances symboliques qui ont été véhiculées par la culture et le langage. C'est pourquoi il n'y a pas ici d'une part « le monde » situé devant soi comme un objet réifié, ni d'autre part « l'observateur » de ce monde complètement coupé de celui-ci et qui en produirait une connaissance objective. Au contraire, le monde vécu est plutôt un horizon possible de compréhension pour toute personne vivant en société, en ce qu'il constitue une ressource aussi bien personnelle que commune du sens disponible.

Soulignons que nous entrons dans le monde vécu par l'intégration sociale. Celle-ci comporte deux volets : la personnalisation et la socialisation. Chaque individu se fait, selon Habermas, sa propre différenciation du monde vécu, car celui-ci est pluraliste dans sa constitution même. Un monde universel homogène n'est pas un monde vécu.

Habermas considère en fait qu'il existe une corrélation intime entre le monde vécu et les différents types d'agirs, à savoir l'agir téléologique, l'agir régulé par des normes, l'agir dramaturgique et l'agir communicationnel. C'est pourquoi nous ne pouvons jamais nous soustraire complètement de la langue et de la culture, car notre propre différenciation du monde constitue notre ressource de compréhension et d'action. Le monde vécu est ainsi un monde à l'intérieur duquel nous nous situons tous comme des *participants*. Ce n'est que pour une certaine dimension de ce monde vécu qu'il nous sera possible d'adopter le point de vue d'un tiers, d'un observateur. « Le monde vécu est quasiment le lieu transcendantal où se rencontrent locuteur et auditeur ; où ils peuvent réciproquement prétendre que

5. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, op. cit., note 1, t. 2, p. 402.

leurs énoncés coïncident avec le monde (le monde objectif, social et subjectif) ; et où ils peuvent critiquer et confirmer ces prétentions à la validité, régler leurs différends et viser un accord⁶. »

À partir de cette vision de la relation intime entre le monde vécu et les différents types d'agirs, nous pouvons bien comprendre pourquoi Habermas considère que les types d'agir représentent les « médiums » pour le monde vécu. Ou, en d'autres mots, que les différents types d'agirs représentent, actualisent et changent le monde vécu. On comprend alors pourquoi la reproduction symbolique de ce monde vécu passe nécessairement par une ouverture rationnelle lui permettant de se maintenir et de se renouveler par l'intercompréhension.

La conception du droit qui s'exprime dans la notion de droit comme institution est par conséquent un droit intimement rattaché au monde vécu. C'est un droit qui ne trouve sa raison d'être que dans la constitution même de ce monde vécu. Ainsi, ce droit repose sur la composante normative qui peut être mobilisée par ce même monde vécu, et cela selon des procédés que nous allons examiner ultérieurement. Par conséquent, ce droit se distingue en ce que sa légitimation doit impérativement passer par le monde vécu.

1.1.2 Le droit comme médium

Le droit comme médium est caractérisé ainsi par Habermas :

le droit [comme médium] sert d'instrument pour organiser les sous-systèmes régulés par des médiums, des sous-systèmes qui par ailleurs sont devenus autonomes par rapport aux contextes normatifs de l'agir orienté vers l'intercompréhension. Sur ce point, la plupart des matériaux juridiques de l'économie, des affaires, de l'entreprise et de l'administration sont significatifs. Le droit s'y combine avec les médiums de l'argent et du pouvoir de telle sorte qu'il assume lui-même une fonction de médium régulateur⁷.

De même que pour le droit comme institution, il est nécessaire de faire ici recours au concept de système pour comprendre ce qui est impliqué dans cette conception du droit comme médium.

À travers le concept de système, Habermas pense aux sphères sociales plus ou moins autorégulées. L'État et son administration et le marché économique sont pour Habermas les figures centrales de ce qu'est le système. Un système est ainsi un ordre social qui peut être perçu par un observateur en tant que « système d'agir » à l'intérieur duquel les actions reçoivent une valeur fonctionnelle conditionnellement à leur contribution au maintien du système.

6. *Id.*, p. 139.

7. *Id.*, p. 401.

Les trois médiums régulateurs fondamentaux des systèmes sont, selon Habermas, le pouvoir, l'argent et l'administration. Leur caractéristique consiste en ce qu'ils demandent une attitude stratégique de la part des sujets. Les médiums servent par conséquent à consolider le système dont l'ordre semble avoir une existence objectiviste « au-dessus des têtes des participants ». En effet, comme il le dit : « Des médiums comme l'argent et le pouvoir partent d'obligations empiriquement motivées ; ils codifient le commerce rationnel en vue d'une fin avec des valeurs quantifiables et caculables, et rendent possible une influence stratégique généralisée sur des décisions d'autres participants de l'interaction⁸... »

Il existe ainsi une disjonction entre système et monde vécu due au fait que dans la coordination de l'action les systèmes disjoignent la coordination de l'action et la formation du consensus par le langage. Les médiums comme l'argent et le pouvoir deviennent en fait des médiums de communication sans langage et s'immiscent dans le lieu traditionnellement réservé au monde vécu, car ils nouent dans le temps et l'espace des interactions qui forment des réseaux de plus en plus complexes.

Nous entrons dans les systèmes par l'intégration sociale. Or, l'intégration sociale dans les systèmes relève du fonctionnement, ou des impératifs de ce système. Les personnes, en dépit de leurs qualités personnelles, ne sont plus que des rouages soumis aux impératifs du bon fonctionnement du système.

La conception du droit à l'intérieur de cette conception n'est plus qu'un droit qui exprime la logique du pouvoir et de l'argent. C'est un droit enfermé dans le sous-système qu'il organise pour le bon fonctionnement de l'économie et de l'administration. Le droit en sera réduit à une dimension techniciste qui se soumet d'emblée à la logique du système qu'il sert.

1.2 Deux théories sur la transformation

L'État du droit comme lieu de transformation du droit se structure selon Habermas à partir de la disjonction entre système et monde vécu. Le droit comme institution et comme médium se fonde sur la logique même de la transformation du système et du monde vécu que nous avons esquissée. Il est maintenant possible d'expliquer le sens de cette perspective pour la théorie de la transformation juridique.

Nous prendrons comme point de départ le droit comme médium fondé sur la logique de la transformation du système. Comme l'affirme Habermas : « Les matériaux juridiques marqués par la technique et l'absence de morale, qui apparaissent dans le sillage des complexités du système éco-

8. *Id.*, p. 200.

nomique et administratif, doivent être jugées au regard d'impératifs fonctionnels et de leur compatibilité avec des ordres supérieurs⁹. »

Ainsi, le critère même du droit comme médium est d'être fonctionnel. Même si ce droit peut aussi être jugé dans sa compatibilité avec des principes supérieurs, il apparaît qu'aussi longtemps que celui-ci n'entre pas en contradiction avec ceux-là, le critère de fonctionnalité constitue le seul paradigme adéquat pour le droit comme médium. C'est pourquoi la transformation du droit comme médium se fait sous le signe de la fonctionnalité des systèmes, et qu'il se soumet entièrement aux transformations survenues dans le système. Le droit comme médium, qui recouvre en gros le champ du droit civil, ne représente donc pas un problème relativement à la problématique de la transformation juridique : la question consiste plutôt à se demander si le droit comme médium accomplit fonctionnellement son rôle, et, dans la négative, il faudra travailler pour qu'il s'y conforme. La problématisation consisterait ainsi peut-être plutôt dans son adaptation que dans sa transformation. Chose certaine, il ne s'agit ici que de constater une transformation factuelle ou fonctionnelle dans les systèmes et de s'assurer que cette transformation est prise en considération par le droit comme médium dans le sens même de la logique du système. D'où la constatation de Habermas : « Le droit appliqué comme médium de régulation se débarrasse de la problématique de la légitimation, et il est relié au corpus juridique, qui nécessite une légitimation de son contenu, uniquement par des procédures formellement correctes¹⁰. »

Il en va tout autrement pour le droit comme institution. En effet, les « institutions juridiques appartiennent à la composante sociale du monde vécu¹¹ », et elles appellent par conséquent une légitimation matérielle. À l'intérieur du présent cadre, en effet, le domaine du droit comme institution comprend la dimension des normes juridiques qui ont besoin d'une légitimation. À l'opposé de la logique des systèmes qui invite à évaluer le droit comme moyen en fonction des changements intervenus dans les systèmes en tant que données objectives, la compréhension du monde vécu comme monde intersubjectivement partagé exclut d'emblée tout recours à quelque objectivation réifiante que ce soit. Dans une telle optique apparaît le sens et la pertinence du consensus rationnel, qui ne peut se produire que par la mobilisation et la problématisation de notre héritage culturel, en tant que conséquence de la recherche de légitimation du droit comme institution.

À partir de ces considérations, deux théories de la transformation du droit se trouvent distinguées : d'une part, une théorie qui rend compte de la

9. *Id.*, p. 403.

10. *Id.*, p. 402, cf. p. 401.

11. *Ibid.*

logique des systèmes et, d'autre part, une théorie relative à la logique du monde vécu. Cependant, nous voulons maintenant insister sur le fait que ces deux formes de droit, ainsi que ces deux formes de logique sociale, n'ont pas un statut égal. En effet, pour Habermas, le droit comme médium est soumis au droit comme institution — sans renier pour autant son rôle inhérent au système —, et c'est ce dernier qui doit prévaloir. Nous allons maintenant nous pencher sur la vision très intéressante qui découle d'une telle perspective.

Ainsi, toute théorisation unilatérale de la transformation juridique consistant à problématiser, à thématiser ou à critiquer des propositions normatives qui impliquent des choix de société et des questions de valeurs à partir de la logique des systèmes constitue pour Habermas une abdication et même une forme d'aliénation juridique. En effet, si les médiums des systèmes ne sont que l'argent, le pouvoir et l'administration, toute appréhension de la transformation juridique sur cette base se condamne à une monétarisation ou à une bureaucratisation des problèmes juridiques. Dans son ouvrage *Théorie de l'agir communicationnel*, Habermas a bien analysé les conséquences néfastes d'une telle conception sur le droit¹². Pour notre propos, ne retenons que le verdict de Habermas : la monétarisation ou la bureaucratisation des problèmes juridiques tels qu'ils sont engendrés par la logique du système ne crée que des pathologies sociales.

Habermas se distingue ainsi nettement des théories modernes du système, dont l'entreprise de Luhmann est un exemple particulièrement éloquent. Le paradigme de l'intégration aux systèmes, en tant que systèmes d'autorégulation analogues aux systèmes biologiques, et qui amène Luhmann à concevoir l'autonomie systémique du droit, évacue complètement, selon la critique qu'en fait Habermas, toute connotation normative au droit. Le droit se trouve ainsi propulsé dans une sphère quasi nihiliste¹³. Habermas reproche aux théories du système de manquer de recul normatif et de perspective critique, c'est-à-dire de n'être que le reflet de ce qu'il s'agirait d'expliquer. Comme le souligne Habermas, il faut se mobiliser « contre la distanciation fétichisante d'une théorie systémique qui évacue tout aspect normatif et exclut déjà analytiquement la possibilité d'une communication focalisante de la société sur elle-même tout entière¹⁴ ».

12. *Id.*, pp. 391-410.

13. J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 3, 251-259. Habermas se réfère ici tout particulièrement aux écrits suivants de N. LUHMANN : *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983, traduction anglaise : *A Sociological Theory of Law*, London, Hutchinson, 1985 ; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, Lohrkamp, 1981, et *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, Luchterhand, 1969.

14. J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public », *Lignes*, n° 7, 1989, p. 45.

L'enfermement des théories du système à l'intérieur des catégories systémiques ne leur permet pas de se dégager de leur logique et de leurs conséquences. La critique de Habermas s'avère à cet égard très utile pour toute théorie de la transformation juridique car elle met en garde contre toute prétention de « suivre l'évolution » sans autre recours à une évaluation normative et critique. D'où l'accent mis par Habermas sur l'importance du monde vécu pour fonder une théorie de la transformation juridique : Habermas y voit la seule possibilité pour ancrer une perspective normative. Voyons plus en détail ce point.

Le monde vécu, dans son aspect intersubjectif, permet en effet à Habermas d'introduire un horizon de signification qui fournit un fond implicite de connaissances pour les sujets en situations d'action. Par le fait même, il apparaît qu'il ne peut exister un monde vécu unique, mais bien au contraire des mondes vécus propres à chaque individu et qui s'enchevêtrent mutuellement. Il est donc nécessaire de chercher à harmoniser les points de vue différents pour s'assurer qu'une transformation puisse être efficace parce qu'elle est voulue. La réalisation de la compréhension et du consensus sera rendue possible par le fait que, pour des raisons culturelles et sociales, les mondes vécus doivent largement coïncider.

De plus, la perspective du monde vécu lui sert d'ancrage pour une nouvelle conception de la rationalité, c'est-à-dire la conception de la rationalité communicationnelle. En effet, les mondes vécus représentent une « force de rationalité » qui se manifeste par les exigences de validité des agirs communicationnels — agir téléologique, agir régulé par des normes et agir dramaturgique. La mobilisation des mondes vécus dans une perspective communicationnelle représente une libération de la potentialité de rationalité véhiculée par les mondes vécus. C'est pourquoi ces deux dimensions de signification et de rationalité communicationnelle servent à Habermas d'instance « quasitranscendantale » pour un à-priori non analytique (dans le sens kantien du terme) de l'agir¹⁵.

1.3 La transformation sur la base du monde vécu

Que signifie la perspective de la reproduction symbolique du monde vécu pour une théorie de la transformation du droit ? Revenons encore une fois à Habermas lui-même :

Les structures symboliques du monde vécu se reproduisent grâce à l'usage continu du savoir valide, grâce à la stabilisation de la solidarité de groupe et à la formation d'acteurs capables de prendre leurs responsabilités. Le processus de reproduction rattache de nouvelles situations à l'état existant du monde vécu, et

15. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, op. cit., note 1, t. 2, p. 139.

ce dans la dimension *sémantique* de significations ou de contenus (de la tradition culturelle), comme dans les dimensions de l'*espace social* (de groupes socialement intégrés) et du *temps historique* (des générations qui se suivent). À ce processus de la *reproduction culturelle*, de l'*intégration sociale* et de la *socialisation* correspondent, en tant que *composantes structurelles* du monde vécu, la culture, la société et la personne¹⁶.

Il faut d'abord souligner, à la lumière de ce qui précède, que seule une transformation « pièce par pièce » sera possible. La perspective du monde vécu exclut d'emblée le rêve d'une révision totale, le rêve totalitaire d'une *tabula rasa*, car ce sera toujours à partir du contexte réel du monde vécu qu'une transformation du droit pourra s'enclencher, s'expliquer et se justifier.

Mentionnons également que toute transformation du droit doit passer par le monde vécu. C'est-à-dire par les différentes formes d'agirs qui tissent les liens sociaux, l'agir téléologique, l'agir régulé par des normes, l'agir dramaturgique et ultimement l'agir communicationnel. Ce dernier type d'agir est d'ailleurs, comme nous allons le voir, primordial par rapport aux autres agirs, car c'est par son intermédiaire qu'il est possible de coordonner les modèles de rationalité qui leur correspondent. Le rôle de l'agir communicationnel, dans son insistance sur la relation intersubjective, se manifeste dans l'importance de la compréhension intersubjective pour la reproduction du monde vécu. Ainsi, le « champ sémantique des valeurs symboliques, l'espace social et le temps historique constituent les dimensions où se déploient les actions communicationnelles¹⁷ », de telle sorte que l'agir communicationnel se présente comme un mécanisme d'interprétation grâce auquel se reproduit le savoir culturel.

La reproduction culturelle et sociale du monde vécu donne ainsi l'assurance qu'à travers la dimension sémantique les situations nouvelles qui émergent seront rattachées aux conditions déjà existantes du monde vécu. Nous sommes ici devant une perspective décisive pour la problématique du droit. En effet, il apparaît ici que la perspective de la reproduction culturelle est la garantie métasociale du droit quant à la continuité de la tradition et à la cohérence du savoir dans la pratique quotidienne. Cette continuité et cette cohérence doivent ainsi être évaluées par la rationalité communicationnelle mise en branle dans les mondes vécus. Par conséquent, la transformation du droit peut être comprise en tant que médiation entre la tradition du droit et l'intercompréhension, en tant qu'idéal de l'intersubjectivité tel qu'il est véhiculé par les mondes vécus. « La reproduction du monde vécu, fait remarquer Habermas, consiste essentiellement à poursuivre et à renouveler la tradition, poursuite et renou-

16. *Id.*, p. 152.

17. *Ibid.*

vement qui se meuvent entre les extrêmes de la pure continuité ou d'une rupture avec les traditions¹⁸. » Dans les deux cas, une évaluation se fait à partir de la rationalité du savoir qui peut être mobilisé comme valide.

Soulignons que cette volonté infatigable de Habermas de n'utiliser que le seul horizon du monde vécu pour expliquer la transformation du droit témoigne d'un anti-positivisme juridique qui est des plus conséquents. Cette façon de concevoir les choses l'amène à une conception normative du droit qui, autant sur le plan de la formation que sur celui de la transformation du droit, peut être qualifiée de « procéduraliste ». Nous expliquerons maintenant comment une théorie normative du droit peut rendre compte de la transformation du droit dans la modernité.

2. La transformation normative du droit

Précisons d'entrée en matière la conclusion à laquelle la perspective de Habermas entend nous mener : pour lui, la transformation et la formation du droit doivent nécessairement passer par un processus de légitimation reposant sur le monde vécu. Dans cette conception, il est possible de dégager un idéal très fort du principe démocratique. Nous tenterons ici d'analyser comment l'exigence d'une légitimation par le monde vécu amène Habermas à instaurer un processus de légitimation spécifique au droit dans l'instance du discours. Ainsi, ce processus de légitimation devrait fournir aux normes juridiques une métavalidité sociale. En effet,

La phrase : « il se trouve que *q* est l'objet d'un commandement » (« *Es ist der Fall, dass q geboten ist* ») a, à l'évidence, une autre signification que la phrase : « il faut impérativement que *q* » (« *Es ist geboten, dass q* »). Lorsqu'elle est exprimée dans la forme appropriée à la justesse normative, *i.e.* formulée de telle sorte qu'elle prétende à la *validité* pour un cercle de destinataires, cette phrase exprime une norme ou encore un commandement déterminé. Et nous disons qu'une norme existe ou qu'elle jouit de la *validité sociale* (*soziale Geltung*), si elle est *reconnue* comme *valide* (*gültig*) ou légitime par ses destinataires¹⁹.

De même :

Qu'une norme *vaut* idéalement signifie : elle mérite l'assentiment de tous les intéressés parce qu'elle règle des problèmes d'action dans leur intérêt commun. Qu'une norme *existe* factuellement signifie en revanche : la prétention à la validité qu'elle comporte est reconnue par les intéressés, et cette reconnaissance intersubjective fonde la *validité sociale* de la norme²⁰.

Ce qui est en jeu dans la perspective de la validité sociale consiste à développer un « monde de l'agir régulé par des normes ». Un tel monde

18. *Id.*, p. 153.

19. *Id.*, t. 1, p. 104.

20. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

pourrait être considéré, accepté et validé par les personnes concernées parce que ultimement il serait voulu par elles. Le rôle du discours consiste précisément à édifier et à transformer ce monde régulé par des normes.

2.1 La validation des normes juridiques : le discours

Sur la signification même des discours, examinons tout d'abord la description qu'en donne Habermas :

Le principe d'une éthique de la discussion se réfère à une procédure qui consiste, en l'occurrence, à honorer par la discussion des exigences normatives de validité [...] Elle ne livre pas des orientations relatives au contenu, mais une manière de procéder : la discussion pratique. L'objet de cette manière de procéder n'est assurément pas de produire des normes légitimées. Il consiste plutôt à tester la validité des normes qui sont proposées ou envisagées à titre d'hypothèse. Il faut donc que les discussions pratiques reçoivent leurs contenus de l'extérieur. Sans l'horizon propre au monde vécu d'un certain groupe social, et sans conflits d'action inhérents à une situation donnée dans laquelle les participants estiment devoir régler par le consensus une querelle portant sur un problème de société, vouloir mener une discussion pratique ne présenterait aucun intérêt [...] Par conséquent, cette procédure est formelle mais non au sens où il y aurait abstraction des contenus. C'est parce qu'elle est ouverte que la discussion a précisément besoin que les contenus contingents lui soient « donnés »²¹.

Les discours sociaux auxquels fait référence Habermas constituent une procédure spéciale de communication à l'intérieur de laquelle la prétention à la validité des normes proposées ou envisagées peut être honorée. Ainsi, les normes juridiques sont rendues controversées par l'interaction même des sujets qui mettent en marche une telle thématization. Le discours représente ainsi une forme de réflexivité réciproque, métacommunicationnelle, où les exigences de validité sont soumises à une procédure de réflexion commune en ayant comme but d'en arriver à un consensus éventuel. Le discours se réfère alors au but recherché, c'est-à-dire obtenir un consensus pouvant servir comme régulateur aux différents types d'agirs communicationnels. Le critère de validité d'une norme est donc un produit de la communication réciproque-réflexive. Dans ce qui suit, nous analyserons en trois étapes les implications d'une telle conception : a) « signification » et « validité » impliquées dans la perspective normative inhérente à la communication linguistique ; b) « universalité » et « cognitivité » en tant que tests en vue de l'obtention de la validité ; et enfin c) « consensus » autour duquel se joue l'établissement d'une validation des normes juridiques.

21. J. HABERMAS, *Morale et communication*, op. cit., note 1, p. 125.

2.1.1 Signification et validité

Il est important de souligner que Habermas pose la communication linguistique comme fondement des normes juridiques. La communication linguistique exprime, selon Habermas, la logique du monde vécu comme telle. Toute reproduction culturelle (des normes, des convictions, des valeurs) passe, à l'époque moderne, par des exigences de validité sociale honorables dans la communication linguistique. Le raisonnement de Habermas est en apparence simple : si notre société moderne n'est pas le chaos — si les relations intersubjectives ne sont pas strictement le résultat du hasard dans un univers où rien n'a plus de sens —, il doit exister « quelque chose » qui donne sens aux comportements sociaux et qui peut fonctionner comme un canal pour la reproduction sociale et culturelle. Sans un tel sens, toute individuation ou personnalisation des personnes dans un univers social serait impossible. C'est à partir de cet arrière-plan que l'on peut comprendre le rôle de coordination et de signification impliqué dans la communication linguistique : pour Habermas, la reproduction culturelle et la validation des normes juridiques reposent sur la capacité de la communication linguistique. Mais comment ?

Tout d'abord, les normes juridiques qui ont acquis une validité sociale devraient par le fait même pouvoir fonctionner comme coordinatrices pour tout agir régulé par ces mêmes normes. À partir d'une telle conception, le problème qui ressort consiste à savoir d'où la communication linguistique « tire sa force de coordination pour l'action²² ». Habermas se trouve à cette étape aux prises avec la nécessité de dégager la nature des liens constitués dans les actes de langage. Nous allons examiner tout d'abord le problème de la signification d'un acte de langage en rapport avec notre problématique. Puis nous verrons que les conséquences de ce problème amènent Habermas à poser la problématique de la validité suivant la même logique.

Considérons donc en premier lieu le problème de la signification d'un acte de langage et ce qui y est impliqué. Habermas soumet la phrase suivante : « Je Te promets (par là même) de venir demain²³. » Pour *entrer* dans la compréhension d'un acte de parole, il nous faut savoir ce qui le rend acceptable²⁴. L'effet de coordination pour l'action ne peut être établi que si les conditions d'acceptabilité reposent sur une reconnaissance intersubjective de la prétention à la validité de l'énoncé. Ainsi, une phrase ne peut être dite acceptable que si un auditeur peut prendre position par rapport à l'énoncé par un « oui » ou un « non ». Ce sera donc la reconnaissance

22. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, op. cit., note 1, t. 1, p. 306.

23. *Id.*, p. 305.

24. *Id.*, p. 307.

intersubjective d'une prétention à la validité d'un énoncé qui fondera la signification de celui-ci, qui permettra d'instaurer des obligations significatives pour la suite de l'interaction. En effet, la signification même d'un acte de langage sera rattachée aux exigences de validité à travers ses conditions d'acceptabilité.

Habermas n'a donc plus qu'un pas à faire pour tisser le lien entre l'exigence de validité et les conditions de signification. Ce lien sera établi par la perspective selon laquelle les conditions de signification, dans le cadre d'une théorie pragmatique, doivent être doublées d'une théorie des conditions de réalisation. Ainsi, lorsque l'impératif suivant est émis : « Je T'engage (par là même) à déposer ta cigarette », le sens de la phrase ne pourra être compris que lorsque l'auditeur saura ce qu'il devrait faire ou laisser faire pour produire l'état « p » souhaité par le locuteur, et qu'il saura comment il pourrait accorder ses actions par rapport aux éventuelles sanctions de la part du locuteur. L'auditeur ne comprend donc complètement la signification de l'énoncé que lorsqu'il sait pourquoi le locuteur peut s'attendre à pouvoir imposer sa volonté à l'auditeur. Le locuteur, en se référant à la validité d'une norme juridique, élève lui-même une prétention à la validité. Ainsi, dans l'exemple que nous avons mentionné, le locuteur, en se référant à la validité d'une norme juridique interdisant de fumer, élève la prétention à la validité de cette norme. D'où la conclusion de Habermas :

Un locuteur peut [...] *motiver rationnellement un auditeur* à accepter l'offre de son acte de parole, parce que, sur la base d'une relation interne entre la validité, la prétention à la validité et la justification qui honore cette prétention, il peut *garantir* qu'il donnera si besoin les raisons convaincantes qui assurent la prétention à la validité contre une critique de l'auditeur. Ainsi un locuteur ne doit-il pas la force du lien engagé par son succès illocutoire à la validité de ce qui est dit, mais à l'*effet de coordination* opéré par la *garantie* offerte d'honorer le cas échéant, par son acte langagier, la prétention à la validité qui a été élevée. Au lieu de la force de motivation empirique d'un potentiel de sanctions relié de façon contingente à des actions langagières, nous avons la force de motivation rationnelle des assurances que portent les prétentions à la validité, pour tous les cas où le rôle *illocutionnaire* ne fait pas connaître une prétention au pouvoir, mais une prétention à la validité²⁵.

Il en va ainsi parce que la prétention à la validité est soumise à des limitations conventionnelles : une telle prétention ne peut être récusée que sous la forme d'une critique, et contre cette critique, elle ne peut être défendue elle-même que sous la forme d'une critique. Donc, l'énonciation d'un acte de langage, qui aspire à un effet de coordination de l'agir, ce qui est le cas précis des normes juridiques, se fait sous condition : pour établir un consensus sur la prétention à la validité d'une prétention à la validité, le

25. *Id.*, p. 311.

locuteur et l'auditeur doivent, par la logique même qui est mise en branle, se soumettre à l'obligation de donner des raisons convaincantes de leurs prétentions.

Or, au cœur de la signification même d'un acte de langage, les exigences de validité correspondent aux relations que le langage établit au monde. Habermas distingue en effet, dans une logique wébérienne, trois mondes différents par rapport auxquels peuvent être soulevés trois types différents de prétentions à la validité qui doivent être honorées chacune selon un mode déterminé :

lorsqu'on considère qu'un locuteur engagé dans l'agir communicationnel ne choisit une expression langagière compréhensible que pour s'entendre *avec* un auditeur *sur* quelque chose, et par là, se rendre *lui-même* compréhensible. Il y a donc dans l'intention communicationnelle du locuteur : a) une action langagière *juste* à effectuer au regard d'un contexte normatif donné, afin qu'ait lieu entre l'auditeur et lui une relation interpersonnelle reconnue comme légitime ; b) un énoncé *vrai* à produire (ou encore des présuppositions d'existence *exactes*), afin que l'auditeur reprenne et partage le savoir du locuteur ; et c) des opinions, des intentions, des sentiments, des souhaits, etc., à exprimer de façon *véridique*, afin que l'auditeur accorde foi à ce qui est dit²⁶.

Nous avons ainsi trois mondes, c'est-à-dire : a) le monde social ; b) le monde objectif ; et c) le monde subjectif ; pour chacun de ces mondes peut être soulevée une prétention à la validité qui sera à honorer selon une exigence propre soit de justesse, soit de légitimité, ou de vérité, ou encore de sincérité. Dans le cas de la validation des normes juridiques, il est important de souligner que, dans le contexte de l'agir communicationnel, les actions langagières peuvent toujours être récusées selon chacun de ces trois ordres. Et ce même si les normes juridiques sont d'abord comprises dans le cadre du monde social et de la prétention à la légitimité de l'ordre de la justesse.

Si l'on examine maintenant la procédure par laquelle il est possible d'honorer une prétention à la validité, il apparaît que c'est le langage lui-même qui a la fonction d'un « tribunal communicationnel » pour établir le bien-fondé des normes juridiques. C'est la possibilité même que nous offrent les actes de langage, sous leur forme illocutoire, de fonder et de critiquer la prétention à la validité par la logique même du langage, qui constitue un tribunal communicationnel pour trancher sur une base rationnelle entre les différentes prétentions. À travers les prétentions à la validité, ce sont les mondes vécus qui sont mobilisés, ce qui implique que la résolution des conditions de validité doit se faire à partir de l'arrière-fond du savoir intersubjectivement partagé par la communauté de communication.

26. *Id.*, p. 316.

Le principe fondationnel des normes juridiques est ainsi l'intersubjectivité langagière telle qu'elle s'exprime dans l'intercompréhension de la signification sur l'arrière-fond des mondes vécus. Dans cette optique, tout recours à une ontologie de caractère objectiviste ou subjectiviste se trouve exclu par ce tournant communicationnel dans l'explication de la norme juridique. Par le fait même, la conception du droit de Habermas aura un caractère notamment intersubjectif, et ce en opposition aux modèles objectivistes et subjectivistes du droit de notre modernité juridique. Dans la partie suivante, nous analyserons cependant comment ce modèle intersubjectif du droit tend, d'une part, à l'objectivité sur le plan scientifique et vise, d'autre part, les subjectivités sur le plan de l'effectivité sociale.

2.1.2 Cognitivité et universalité

À partir de ce qui précède, nous sommes orientés vers la problématisation de l'existence de règles discursives pour la validation des normes juridiques chez Habermas. Il est possible de dégager deux de ces règles discursives : d'une part, la règle discursive de la cognitivité et, d'autre part, la règle discursive de l'universalité. Le rôle de chacune de ces règles, considérées comme inhérentes à l'activité communicationnelle par Habermas, consiste à tester les prétentions à la validité.

Voyons d'abord en quoi consiste la règle discursive de la cognitivité des normes juridiques. Selon Habermas, les normes sont « susceptibles de vérité », à partir de la problématisation qu'il pose dans *Raison et légitimité*²⁷ selon laquelle « les questions pratiques sont susceptibles de vérité ». Habermas s'oppose sur ce point aux moralistes et aux juristes modernes qui défendent le caractère « non cognitiviste » des normes. Pour ces derniers, en effet, les normes ne sont que l'expression de l'attitude individuelle que chaque personne adopte pour des raisons insondables — émotives, subjectives et non universalisables. Par conséquent, les normes ne pourraient, selon ces penseurs, être l'objet de connaissances, elles ne pourraient être appréhendées selon les catégories du vrai et du faux, pas plus que les énoncés mathématiques ne pourraient être appréhendés selon les catégories du sain ou du malade. Par contre, pour Habermas, la dimension cognitive est essentielle dans l'élaboration même de la norme.

Pour comprendre les enjeux de cette conception cognitiviste, revenons à la thèse de Habermas selon laquelle on ne peut comprendre un acte de parole que dans la mesure où l'on comprend ce qui le rend acceptable. Cette perspective conduit Habermas à poser la possibilité de répondre soit par oui soit par non à la prétention à la validité d'un énoncé. Ce qui est

27. J. HABERMAS, *Raison et légitimité*, Paris, Payot, 1978, p. 142 et suiv.

impliqué dans cette alternative pour se situer par rapport à la prétention à la validité d'un énoncé, c'est que la possibilité même de cette alternative se comprend dans la mobilisation qui y est faite de l'arrière-fond normatif que nous donne le monde vécu. Ainsi, les raisons qui nous poussent à répondre par oui ou par non à une prétention à la validité d'un énoncé peuvent être fondées, argumentées et vérifiées à cause de leur caractère cognitiviste. Sur ce point, Habermas postule que le test cognitiviste que l'on peut faire subir à l'exigence de validité serait analogue au test de vérité. Ainsi,

dans la vie quotidienne, nous attachons à des énoncés normatifs des exigences de validité que nous sommes prêts à défendre contre toute critique. Nous abordons des questions pratiques du type : « Que dois-je/que devons-nous faire ? » en pré-supposant qu'on ne peut pas y répondre n'importe comment. De même, nous nous estimons, par principe, capables de distinguer les normes et les commandements justes de celles et de ceux qui sont faux. Au reste, si des propositions normatives ne sont pas, au sens strict, susceptibles de vérité, c'est-à-dire si elles ne peuvent pas être dites « vraies » ou « fausses » *au même titre* que des énoncés descriptifs, nous devons donc nous efforcer d'expliquer quel est le sens de l'expression « vérité morale » ou celui de l'expression « justesse normative »²⁸.

Celui qui manifeste une prétention à la validité dans une proposition normative prétend par le fait même que cette proposition est juste au regard d'un contexte normatif reconnu comme légitime. Ce processus est tout à fait parallèle à la prétention à la vérité soulevée par rapport à un énoncé constatatif dans le monde objectif. Dans un cas comme dans l'autre, le locuteur se réfère toujours à un contexte normatif qu'il suppose partagé et admis. Ainsi, le locuteur et l'auditeur mobilisent des fragments du monde vécu qui leur permettent de prendre position par rapport à des prétentions à la validité. Locuteur et auditeur se situent dans un cadre normatif, par rapport à ce qu'ils considèrent comme juste. Le point que veut soutenir Habermas consiste à dire que parce que le locuteur et l'auditeur connaissent le monde vécu qui peut être mobilisé pour honorer les prétentions à la validité, ce monde vécu peut précisément servir d'instance argumentative de « vérité ». La justesse normative, par analogie avec l'exigence de vérité, se révèle ainsi en tant que règle discursive qui peut « forcer » les participants au discours à s'appuyer sur des raisons dans leurs efforts pour justifier les normes. Par conséquent, le test cognitiviste en appelle à la possibilité d'une reconnaissance intersubjective quant à leur prétention critiquable à la validité, dans l'objectif qui consiste à l'obtention d'un consensus sur les normes juridiques. Il en découle que la cognitivité des normes juridiques ne peut être mesurée que d'après leur justesse dans le contexte d'une communication visant l'intercompréhension.

28. J. HABERMAS, *Morale et communication*, op. cit., note 1, p. 77.

Une fois posée la règle discursive de la cognitivité pour les normes juridiques, il est possible de se tourner vers la règle discursive de l'universalité des normes. Par la règle discursive de la cognitivité, Habermas avait établi qu'elle devait être traitée de façon analogique avec les exigences à la vérité. Dans une telle optique, chacun se constitue comme juge dans son évaluation lorsqu'il répond par « oui » ou par « non » à la prétention à la validité soulevée. Le locuteur et l'auditeur interprètent les prétentions à la validité à la lumière des standards culturellement en vigueur. Or, même si une reconnaissance intersubjective se forme autour de valeurs culturelles, cela ne signifie encore nullement la possibilité de prétendre à un assentiment culturellement généralisé ou absolument universel. Ce qui fait défaut est alors la dimension réflexive qui ne peut survenir que si le locuteur et l'auditeur peuvent arriver ensemble à décrire un intérêt commun afin de forger une norme qui puisse exprimer cet intérêt. Et pour qu'un tel projet de coopération puisse être envisagé, seule la procédure de l'échange universel des rôles constitue une condition de réalisation²⁹. Ainsi, au cœur de tout projet communicationnel se trouve l'exigence de se placer du point de vue de l'autre pour que la communication soit effective. Habermas pose en fait qu'une telle exigence existe implicitement en ce que les exigences de validité normatives établissent, entre le langage et le monde social, une dépendance réciproque qui propulse les participants au discours dans un dialogue coopératif. À cet égard, soulignons que la perspective de la coordination de l'action amène la conclusion selon laquelle la formation impartiale du jugement s'exprime dans un principe qui contraint toute personne visée à adopter la perspective de tous les autres participants à la discussion.

C'est pourquoi il faut bien souligner la différence fondamentale entre les conceptions de l'impératif catégorique de Habermas et de Kant. Ainsi, comme le dit Thomas McCarthy :

Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité. Ainsi s'opère un glissement : le centre de gravité ne réside plus dans ce que chacun peut souhaiter faire valoir, sans être contredit, comme étant une loi universelle, mais dans ce que tous peuvent unanimement reconnaître comme une norme universelle³⁰.

Par conséquent, la prétention à la validité des normes ne peut être honorée que si la norme a été testée universellement, dans la perspective d'un échange universel de rôles, avec l'intention de satisfaire les intérêts de

29. *Id.*, p. 86.

30. T. MCCARTHY, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge, Mass. et Londres, The MIT Press, 1978, p. 326 ; cette formulation de McCarthy est reprise et endossée par J. HABERMAS, *Morale et communication*, *op. cit.*, note 1, pp. 88-89.

tout un chacun. Nous reviendrons sur le concept d'intérêt, mais soulignons dès maintenant que le principe d'universalisation introduit par Habermas est formel et qu'il vise avant tout une « procéduralité » communicationnelle menant au consensus. Le principe d'universalité doit, par son caractère formel même, se concrétiser dans des maximes ou des règles de rationalité procédurales pouvant exprimer rationnellement ce principe³¹.

En conclusion, les deux règles discursives de la cognitivité et de l'universalité jouent un rôle de validation des normes dans le sens de les rendre acceptables par tous, de par leur fondation sur des raisons qui pourront être partagées dans la discussion.

2.1.3 Intérêt et consensus

Les notions d'intérêt et de consensus vont nous permettre d'appréhender l'acceptabilité des prétentions à la validité sous un nouvel angle. Ce sera par l'intermédiaire de ces deux notions que la validité sociale des normes juridiques se concrétisera.

Examinons dans un premier temps la notion d'intérêt, que nous avons retrouvée en filigrane dans tout le développement de la présente étude. Nous allons voir comment c'est par cette notion d'intérêt qu'un consensus peut être obtenu relativement aux normes juridiques. En effet, pour Habermas, la norme doit « satisfaire les intérêts de tout un chacun » de telle manière qu'elle puisse être acceptée « par toutes les personnes concernées »³². Le fait que le choix des normes peut être justifié de façon argumentative dans un rapport différencié aux attentes que le locuteur peut présumer de la part de l'auditeur, dans son rapport aux mondes objectif, social et subjectif, fait intervenir une mobilisation de la situation concrète dans le monde vécu qui transforme le type même de rapport aux intérêts et au monde vécu.

Il ne s'agit pas par conséquent de faire reposer les normes sur les intérêts, mais bien plutôt de montrer que, par le concept d'intérêt, on veut légitimer la dimension du monde prévu puisque c'est à partir de cet arrière-fond que se développent les attentes, normatives et factuelles, qui s'expriment dans l'intérêt pour la transformation des normes. Il n'existe

31. J. HABERMAS, *Morale et communication*, op. cit., note 1, pp. 108-114. Habermas se réfère ici entre autres à la formulation de ces maximes et principes procéduraux faite par le juriste R. ALEXY, « Eine Theorie des praktischen Diskurses », dans W. OELMULLER (dir.), *Normenbegründung, Normendurchsetzung*, Schöningh, Paderborn, 1978. Alexy a développé davantage ses idées dans *A Theory of Legal Justification. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989 ; cf. I. DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », (1987) 32 *Arch. philo. dr.* 291.

32. J. HABERMAS, *Morale et communication*, op. cit., note 1, pp. 86-87.

donc chez Habermas aucun idée selon laquelle les intérêts pourraient servir de directives, mais, bien plus modestement, l'idée que la fondation et la transformation des normes reposent sur la complexité des mondes vécus. Les intérêts expriment le contexte d'une forme de vie particulière qui serait nécessaire pour enraciner la validité des normes dans un contexte social. Habermas est d'ailleurs plus proche de Marx que de Kant sur ce point. Ce qu'il faut souligner, c'est que la notion d'intérêt est concrète chez Habermas, et qu'il n'y a pas de place pour une conception abstraite de celle-ci. Cela exclut donc d'emblée la pensée libéraliste, ainsi que la pensée du contrat social, pour lesquelles toute personne qui émet un jugement sur la validité des normes doit faire abstraction de sa propre situation. Cependant, Habermas se démarque également de la tradition paternaliste qui défend abstraitement des « intérêts véritables ». Pour Habermas, la question de l'intérêt est essentiellement une question de pouvoir, puisque l'exercice d'un intérêt peut être contraire aux intérêts d'autres personnes. Nous verrons plus loin comment Habermas veut concilier des intérêts contradictoires par le consensus, mais soulignons à cette étape que la notion d'intérêt veut exprimer ici le respect de la pluralité concrète qui caractérise nos sociétés modernes.

Pour saisir l'articulation entre intérêt et consensus, tournons-nous maintenant vers l'exigence du consensus. Le consensus obtenu sur la validité des normes juridiques, lorsque sont maintenues les exigences discursives que nous avons vues précédemment, procure la validité sociale nécessaire pour toute coordination de l'action juridique. Or, quel est le sens de ce consensus ? Selon Habermas :

des conflits qui surgissent dans le cadre d'interactions gouvernées par des normes proviennent directement d'une perturbation dans l'entente mutuelle sur les normes. La réparation peut donc seulement consister à garantir le fait qu'on approuve et reconnaît intersubjectivement l'exigence de validité qui s'est, en un premier temps, trouvée contestée mais que l'on a pu réhabiliter en en montrant le caractère non problématique. Elle peut aussi ne consister qu'à garantir le fait que l'on approuve et reconnaît intersubjectivement une autre exigence de validité destinée à remplacer celle qui fut contestée. Ce genre d'entente est l'expression d'une *volonté commune*. Mais lorsqu'il faut que les argumentations morales [c'est-à-dire normatives] produisent une entente de ce type, il ne suffit pas qu'un individu se demande, en y réfléchissant à deux fois, s'il lui serait possible d'adhérer à une norme. Il ne suffit même pas que tous les individus procèdent, chacun dans son coin, à cette délibération, pour qu'ensuite on enregistre leur suffrage. Ce qui est exigé, c'est une argumentation « réelle » à laquelle participent, en coopération, les personnes concernées. Seul un processus intersubjectif de compréhension peut conduire à une entente de nature réflexive ; c'est ensuite seulement que les participants peuvent savoir qu'ils sont parvenus en commun à une certaine conviction³³.

33. *Id.*, p. 88.

Habermas est ici très clair : c'est par une argumentation « réelle », d'où seraient exclues toutes considérations de stratégies, de manipulations et de contraintes, que pourrait être élaboré un consensus sur une question normative. L'horizon qui s'ouvre par la perspective de comprendre les actes de langage se confirme ici sur un tout autre plan comme la poursuite d'un consensus. La nécessité d'établir un consensus sur les normes juridiques s'accroît par ce que nous venons de voir sur la notion d'intérêt. Au-delà de la reconnaissance de la multiplicité *de facto* des intérêts dans notre société, Habermas nous invite à accepter cette pluralité qui n'exprime que l'état même du monde vécu et à trouver un *modus vivendi* qui puisse y répondre. Il ne voit donc d'autre issue que de respecter l'exigence de consensus pour les normes juridiques.

Mais demandons-nous quelle est la nature du consensus auquel veut parvenir Habermas. Ce consensus devrait, selon Habermas, englober aussi bien la majorité que les différentes minorités, ce qui implique d'emblée son caractère forcément minimaliste. Ainsi, le consensus ne peut être obtenu que pour un nombre restreint de normes, cela n'est pas accidentel chez Habermas, mais, bien au contraire, ce trait est voulu par celui-ci. En effet, Habermas préconise une sorte de dialogue permanent entre les propositions de contenus normatifs qui peuvent se mobiliser par le monde vécu, et le choix minimaliste qui peut être retenu par l'exigence de consensus. Ce dialogue, sous son aspect de rationalisation qui lui est constitutif pour le discours même, ouvre en fait la perspective même de la rationalisation du monde vécu. Et ce, non pas en tant que projet direct, mais au contraire en tant que conséquence indirecte et limite par rapport à l'agir social.

Si nous considérons maintenant l'exigence de satisfaire les intérêts de tous et l'exigence du consensus acceptable par tous, il apparaît que le maintien des deux éléments assure à la formation des normes juridiques un ancrage concret dans la différenciation que toute personne se fait du monde vécu. Les personnes doivent donner leur accord aux normes juridiques à partir de leur situation dans le monde vécu. C'est leur accord qui construit le consensus qui donne aux normes leur force d'obligation.

2.2 Une transformation démocratique

Le résultat auquel la procédure du discours argumenté aboutit serait, selon Habermas, des normes juridiques validées. Ces normes auraient en effet obtenu une légitimation nécessaire afin de pouvoir s'insérer dans un monde de l'agir régulé par des normes *transformées*. Nous voulons souligner maintenant les conséquences pratiques d'une telle perspective.

Ces conséquences pratiques doivent cependant être dégagées à la lumière de leur originalité théorique. En effet, l'idée fondamentale de Habermas consiste à dire que toute transformation normative repose sur la communauté des « je » réunis en un « nous ». La pierre angulaire du modèle habermassien consiste dans le fait que pour lui les normes sont susceptibles de vérité, et que le discours n'est en fait qu'un processus de formation démocratique à l'intérieur duquel les intérêts pourraient se transformer en normes³⁴. Le nouveau principe juridique qui se profile chez Habermas consiste à dire que les normes ne règlent pas les intérêts, mais les expriment, et que l'exigence d'universalité représente l'horizon des pratiques d'entente.

La première implication de ce modèle de la transformation du droit se situe sur le plan méthodologique. En effet, ce que fournit Habermas est d'abord une méthode. Cette méthode est procédurale et elle exige une prise en considération qualitative des intérêts en présence, qui sont en confrontation. Cette confrontation qui est médiatisée dans l'argumentation introduit les normes juridiques dans la dimension du devoir-être. En effet, puisque les normes juridiques représentent dans cette optique l'horizon de sens de la pratique juridique, la problématique de la transformation juridique n'apparaît alors proprement que dans la perspective d'une conception de la *justice*. Or, ce principe n'est pas « déjà donné » selon la formule d'un principe abstrait, mais il est bien plutôt « anticipé » en tant qu'« universel concret », à l'horizon de l'universalité par rapport à laquelle s'exprime la raison pratique.

De plus, Habermas nous donne un paramètre à partir duquel évaluer la validité des normes existantes ou en état de formation. En nous donnant en effet le paramètre démocratique, il nous permet de voir la transformation du droit à l'intérieur d'un horizon particulier, celui de la démocratie, pour lequel la perspective même de la transformation dépend du consensus à obtenir. Ainsi, le critère abstrait de validité sociale constitue le paramètre qui nous permet d'évaluer et de juger la situation réelle. Nous pouvons ainsi dire que les normes socialement validées représentent la reconstruction « contrefactuelle » qui nous permet de prendre le pouls de l'agir social régulé par des normes.

En somme, nous pouvons insister sur le fait que cette façon de concevoir la formation et la transformation des normes juridiques, qui constituent le monde de l'agir régulé par des normes, aboutit à une conception « procéduraliste » du droit. L'aspect procédural et « dialogique » devient par le fait même l'essence du droit, car lui seul permet de répondre adé-

34. J. HABERMAS, « Towards a Communicative Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment », (1989) 2 *Ratio Juris* 144.

quement aux exigences inhérentes à cette conception de la formation des normes juridiques.

Sur le plan politique, il est également nécessaire d'insister sur le fait que la programmation politique par des lois et des législations n'a reçu aucun privilège théorique chez Habermas. Par rapport au discours de validation, il est évident que la programmation politique par des lois peut représenter des normes qui sont proposées ou envisagées à titre d'hypothèses en vue d'une validation discursive.

Sur le plan d'une philosophie du droit, nous pouvons aussi retenir comment cette façon de « fonder » les normes juridiques se démarque clairement des théories du contrat social. Les modèles libéraux et du contrat social font intervenir la régulation des intérêts sociaux par l'application de principes sémantiquement universalisables, alors que le modèle communicationnel tend à faire s'exprimer les intérêts dans l'universalisation d'une discussion, c'est-à-dire pragmatiquement³⁵. Par rapport au modèle du contrat social qui représente un des fondements de notre modernité juridique, nous pouvons bien mesurer l'ampleur de la révolution amenée par la perspective communicationnelle.

3. Conclusion : tradition et renouvellement

L'insistance de Habermas sur la dimension du monde vécu nous a appris que les normes de l'agir régulé par des normes juridiques ne se transforment pas arbitrairement « à la carte ». Le droit n'est pas un supermarché où chacun pourrait choisir librement selon son goût, mais bien plutôt un projet de « vivre ensemble » toujours renouvelable à partir d'un fondement commun dans le monde vécu. L'intérêt que doit inspirer chez les juristes cette façon de concevoir le droit consiste dans la prudence qui s'impose dans l'évaluation du respect de la tradition par rapport à la perspective du renouvellement culturel.

En effet, le projet de transformation des normes juridiques doit absolument prendre en considération le poids même de la transformation par rapport à ce qui est organiquement développé dans le monde vécu, les opinions établies, les espoirs exprimés issus du monde vécu. De même, le projet de transformation du droit devrait également respecter les multiples projets individuels et les formes collectives de vie, sans porter préjudice aux responsabilités de chacun dans sa manière de mener sa vie. Il en découle que toute possibilité de transformation juridique doit passer par des formes de communication pouvant mobiliser les forces culturelles inhérentes au monde vécu.

35. *Ibid.* et J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 3, 241-244, 262-264, 267-271.