

PRÉFACE

Depuis longtemps, la philosophie du droit n'est plus en Allemagne le domaine réservé des philosophes. Le fait que je n'évoque guère le nom de Hegel et m'appuie davantage sur la théorie kantienne du droit, tient, entre autres, aux appréhensions que m'inspire un modèle qui me semble avoir placé la barre trop haut. Ce n'est pas un hasard si la philosophie du droit, là où elle cherche encore à rester en contact avec la réalité sociale, s'est retirée dans les facultés de droit¹ *. Mais j'évite tout autant de me rattacher à une philosophie du droit qui, se cantonnant dans la discipline juridique, n'a cessé de trouver son centre de gravité dans les seules controverses relatives aux fondements du droit pénal². Ce que les concepts hégéliens permettaient jadis de tenir ensemble requiert aujourd'hui la démarche combinée d'un pluralisme méthodologique rassemblant, tout à la fois, les points de vue de la théorie du droit, de la sociologie et de l'histoire du droit, et de la théorie morale et sociale.

Je ne suis pas mécontent de pouvoir mettre en évidence, à cette occasion, la structure pluraliste, souvent méconnue, qui caractérise la *Théorie de l'agir communicationnel*³. Les catégories philosophiques ne constituent plus un langage à part, ne forment plus, en tout cas, un système global, mais simplement des moyens permettant de reconstruire, et par là de s'approprier, la connaissance scientifique. Grâce à la pluralité de ses langages, une philosophie dont la compétence propre se limite à assurer la transparence des concepts fondamentaux, est en mesure de révéler les cohérences surprenantes qui existent au niveau métathéorique. C'est ainsi que

* Les notes sont rassemblées en fin de volume, p. 495.

les hypothèses fondamentales de la *Théorie de l'agir communicationnel* se ramifient pour s'ouvrir sur une diversité d'univers discursifs ; elles doivent y faire leurs preuves à l'intérieur des contextes d'argumentation existants.

Mon premier chapitre aborde brièvement quelques aspects du rapport entre factualité et validité, qui touche les fondements mêmes de la théorie de l'agir communicationnel. À vrai dire, ce problème annoncé dans le sous-titre de cet ouvrage suppose une élucidation philosophique plus approfondie que celle que je peux entreprendre dans le cadre de ce livre. Le deuxième chapitre présente l'esquisse d'une approche qui intègre l'écart existant entre les théories sociologiques du droit et les théories philosophiques de la justice. Les deux chapitres suivants reconstruisent ensuite quelques éléments du droit rationnel classique dans le cadre d'une théorie du droit fondée sur le principe de la discussion. J'y introduis certaines hypothèses fondamentales de l'éthique de la discussion que j'ai développées ailleurs⁴. Mais j'en arrive à une détermination du rapport complémentaire entre morale et droit, qui diffère de celle que je proposais encore dans mes récentes *Tanner Lectures*⁵. Aux chapitres cinq et six, la théorie de la discussion cherche à faire ses preuves en abordant certains sujets centraux de la théorie du droit. N'étant familiarisé qu'avec ces deux traditions juridiques, je me réfère ici aux débats actuellement menés en République fédérale et aux États-Unis. Aux chapitres sept et huit, j'élucide le concept normatif de politique délibérative, tout en examinant, d'un point de vue sociologique, certaines conditions permettant de réguler, au moyen de l'État de droit, le cycle du pouvoir tel qu'il est établi dans les sociétés complexes. Si j'y aborde la théorie de la démocratie, c'est principalement du point de vue de sa légitimation. Le dernier chapitre, enfin, rassemble, dans le concept d'un paradigme procédural du droit, des réflexions menées à la fois à partir de la théorie du droit et à partir de la théorie sociale.

En procédant de la sorte, j'aimerais par ailleurs infirmer de manière performative l'objection que la théorie de l'agir communicationnel serait aveugle quant à la réalité des institutions⁶ – ou même aurait des conséquences anarchistes⁷. Certes, un noyau d'anarchie est indissociable du potentiel de libertés déchaînées qui est propre à la *communication* et dont les institutions de l'État de droit démocratique doivent se nourrir, afin de garantir efficacement une égalité des libertés *subjectives*.

J'ai dû m'engager plus loin dans les débats entre juristes que

n'aurait aimé le faire le profane que je suis en matière de droit. Ce faisant, mon respect devant les performances constructives tout à fait impressionnantes de cette discipline n'a fait que grandir. Je considère mes propositions pour clarifier les paradigmes d'arrière-plan du droit et de la Constitution comme une pièce versée au débat, opposée au scepticisme croissant qui règne parmi mes collègues juristes, mais surtout opposée à ce réalisme, erroné à mon avis, qui sous-estime l'efficacité sociale des présuppositions normatives inhérentes aux pratiques juridiques existantes. Les controverses que nous menons continuellement, depuis le XVII^e siècle, au sujet de la constitution juridique de nos communautés politiques, articulent également une vision pratico-morale de la modernité dans son ensemble. Cette vision trouve son expression aussi bien par les témoignages d'une conscience morale universaliste que dans les institutions libérales de l'État de droit démocratique. La théorie de la discussion est une tentative pour reconstruire cette vision, de telle sorte qu'elle puisse affirmer son autonomie normative à la fois vis-à-vis des réductions scientistes⁸ et vis-à-vis de certaines assimilations esthétiques⁹. Les trois dimensions de validité au moyen desquelles se différencie la compréhension que la modernité a d'elle-même, ne doivent pas à nouveau se confondre. Au terme d'un siècle qui, comme peut-être d'autres, nous a fait connaître les affres de la déraison existante, aucune confiance dans une raison essentialiste n'a survécu. À plus forte raison, une modernité qui a pris conscience de ses contingences ne peut se passer d'une raison procédurale, ni, ce qui revient au même, d'une raison qui engage des procès à l'encontre d'elle-même. La critique de la raison est mise en œuvre par la raison elle-même ; c'est à cette ambiguïté des titres kantien que nous devons la découverte radicalement antiplatonicienne qu'il n'existe rien de supérieur ou d'inférieur à quoi nous puissions en appeler, nous qui nous trouvons engagés dans nos formes de vie structurées par le langage.

Il y a trente ans, j'ai critiqué la tentative marxienne de transformer la philosophie hégélienne du droit en une philosophie matérialiste de l'histoire, dans les termes suivants : « En critiquant l'idéologie de l'État constitutionnel bourgeois, [Marx] a discrédité de façon si durable pour le marxisme à la fois l'idée même de la légalité et, par sa dissolution sociologique de ce qui faisait la base des droits naturels, l'intention du droit naturel comme tel, que l'union entre droit naturel *et* Révolution s'est dissoute. Les partisans de l'internationalisation de la guerre civile se sont partagé

de façon nette et lourde de conséquences son héritage, les uns endossant l'héritage de la Révolution, et d'elle seule, les autres reprenant l'idéologie du droit naturel¹⁰. » Après l'effondrement du socialisme d'État et après la fin de la « guerre civile mondiale », l'erreur théorique du parti qui a désormais échoué est manifeste ; il a en effet confondu le projet socialiste avec la projection – et avec la réalisation au moyen de la force – d'une forme de vie concrète. Mais si on comprend le « socialisme » comme la quintessence des conditions nécessaires aux formes d'une vie émancipée, à propos desquelles les participants doivent *eux-mêmes* s'entendre, on voit que ce projet trouve lui-même son noyau normatif dans l'auto-organisation démocratique d'une communauté juridique. D'un autre côté, le parti qui se croit victorieux ne parvient pas à se réjouir de son triomphe. À l'instant où il pourrait prendre la succession *indivise* de la compréhension pratico-morale que la modernité a d'elle-même, il n'a pas le courage d'aborder énergiquement, à l'échelle effrayante de la société planétaire, la tâche de domestiquer le capitalisme par l'État providence et par l'écologie. Il s'empresse, certes, de respecter l'autonomie systémique d'une économie régulée au moyen des marchés ; et il est à tout le moins sur ses gardes pour éviter une extension excessive du pouvoir en tant que médium des bureaucraties étatiques. Ce qui fait cependant défaut, c'est une sensibilité non moins grande quant à la ressource *véritablement* menacée, celle d'une solidarité sociale certes garantie par les structures juridiques, mais qui doit constamment être régénérée.

Face aux défis primordiaux que constituent la limitation écologique de la croissance économique et la disparité croissante des conditions de vie du Nord et du Sud ; devant la tâche historiquement inédite d'introduire dans les sociétés naguère fondées sur le socialisme d'État, les mécanismes d'un système économique différencié ; sous la pression des flux migratoires venant des régions appauvries du Sud et aujourd'hui de l'Est ; compte tenu des risques que constituent les nouvelles guerres ethniques, nationales et religieuses, les chantages nucléaires et les luttes internationales pour le partage des richesses – devant cet arrière-plan effrayant, la politique des sociétés occidentales disposant de l'État de droit et de la démocratie perd, aujourd'hui, toute orientation et toute assurance. À l'abri des formules rhétoriques, c'est la pusillanimité qui règne. Dans les démocraties établies elles-mêmes, si les populations semblent aspirer plutôt à un accroissement qu'à une réduction de la démocratie, les institutions existantes de la liberté

n'échappent plus à la contestation. Il me semble toutefois que l'inquiétude tient encore à une raison plus profonde, à savoir le soupçon que, sous le signe d'une politique intégralement sécularisée, il n'est guère plus possible d'obtenir ou de maintenir l'État de droit sans démocratie radicale. Faire de ce soupçon une connaissance bien établie, tel est le but de cette étude. En dernière instance, les sujets juridiques privés ne peuvent pas jouir de libertés subjectives égales, à moins de se rendre compte *eux-mêmes*, en exerçant en commun leur autonomie politique, des intérêts et des critères qui sont légitimes, et à moins de déterminer d'un commun accord les aspects significatifs en fonction desquels il convient de traiter pareillement ce qui est pareil et différemment ce qui est différent.

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

*

Vers 1985-1986, le « programme Leibniz » de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* m'avait permis, à mon propre étonnement, de mettre en route un projet de recherche d'une durée de cinq ans sur un sujet de mon choix. Ce concours de circonstances fut l'occasion de fonder un groupe d'études sur la théorie du droit. Il a constitué un cadre extraordinairement stimulant et instructif dans lequel j'ai pu alors développer mes idées. Cette coopération, source, à côté de nombreuses autres publications, d'une série de monographies¹¹, m'a paru particulièrement heureuse. Sans l'aide d'un certain nombre de collaborateurs compétents, je n'aurais pas eu le courage d'entreprendre le projet d'écrire une philosophie du droit ; il m'aurait été impossible de m'approprier les arguments et les connaissances nécessaires pour la réaliser. Il me faut par ailleurs

* Ici, notre traduction omet trois phrases qui se rapportent à des textes publiés en grec, non repris par l'édition française de l'ouvrage (*N. d. T.*)

remercier les membres permanents du groupe d'études, Inge Maus, Rainer Forst, Günter Frankenberg, Klaus Günther, Bernhard Peters et Lutz Wingert, pour leurs commentaires utiles à propos des versions antérieures de mon manuscrit. Je remercie également Thomas A. McCarthy de ses conseils. À la compétence juridique de Klaus Günther je dois une quantité d'informations telle qu'il me faudrait presque hésiter à le décharger – lui comme les autres – de toute responsabilité pour mes erreurs ; je le fais néanmoins expressément.

J. H.

Francfort, juillet 1992