

Sur la théorie du droit et de l'État de Habermas * *Faktizität und Geltung* de Habermas marque-t-il un tournant de la théorie critique ? ¹

Otfried HÖFFE

Professeur à l'Université de Tübingen

RÉSUMÉ.— La « Théorie critique » de Marcuse, Horkheimer et Marcuse présente un grave déficit en théorie du droit : celui de n'accepter aucune prétention politique au pouvoir, même pas celle de la démocratie. Dans son second *opus magnum*, *Faktizität und Geltung* (1992), Jürgen Habermas tente de combler cette lacune en acceptant l'importance du pouvoir politique. Sans lui, les lois ne peuvent pas avoir force de loi. Cependant, les concepts essentiels de Habermas, l'« intégration », la « surcharge » (*Überforderung*) et la « différenciation » (*Ausdifferenzierung*) n'atteignent pas leur but : ils ne caractérisent pas la fonction du droit dans les sociétés modernes de façon suffisante. On peut également objecter à ce livre l'abandon théorique des droits de l'homme, la confusion entre éthique obligatoire et surrogatoire et la présentation faussée des théories modernes du droit naturel.

I. — UN NOUVEAU THÈME

Onze ans après sa monumentale *Théorie de l'agir communicationnel* ², Jürgen Habermas présente à nouveau un *opus magnum*. À la théorie de la société et à l'éthique du discours qui la complète ³ succède la philosophie du droit et de l'État. Cette nouvelle œuvre se bâtit sur les concepts fondamentaux bien connus que sont l'agir communicationnel et le discours. Elle poursuit le vaste dialogue entamé avec les classiques, engage la discussion avec de nouveaux partenaires et recense une partie considérable de la discussion intervenue dans cette discipline. Elle cherche à rester fidèle à l'intention

* Traduit de l'allemand par Jean-Christophe Merle.

¹ Nous remercions le *Rechtshistorisches Journal* de son aimable autorisation de traduire et reproduire ce texte, paru à l'origine dans son numéro 12/1993. La présente traduction française, qui modifie le titre de cet article, ainsi que des points mineurs de son contenu, selon le souhait de son auteur, a été donnée en conférence à l'École Normale Supérieure de Fontenay aux Roses le 3 juin 1994.

² Trad. J.-M. Ferry, Paris, Fayard, 1987, 2 vol.

³ Cf. J. Habermas, *Morale et communication : conscience, morale et activité communicationnelle*, trad. Ch. Bouchindhomme, Paris, Cerf « Passages », 1991.

directrice de Habermas : livrer une théorie de la modernité qui s'avoue ses pathologies, mais elle marque une profonde rupture malgré cette continuité.

La tradition que continue à développer Habermas, la théorie critique, s'est occupée jusqu'à présent de théorie de la société et de philosophie de l'histoire, de critique de la connaissance, de la science et de la technique, de littérature, de musique, ainsi que – dans le cas de Habermas et sous l'influence de Karl-Otto Apel – de philosophie du langage et d'éthique. Ni le droit ni l'État n'apparaît dans cette liste thématique. Il existe assurément *The governance of the rule of law* (1936) de Franz Neumann, mais cet ouvrage n'a pas trouvé sa place dans le courant principal de la théorie critique. Il est révélateur que la version anglaise en soit restée inédite. La traduction allemande (*Die Herrschaft des Gesetzes*) n'en est parue qu'en 1980, et *Faktizität und Geltung* ne la mentionne pas, bien qu'on puisse la compter au nombre des travaux préparatoires – peu nombreux – que le cercle de l'Institut de Recherche Sociale (*Institut für Sozialforschung*) de Francfort ait fait paraître sur la théorie du droit et de l'État.

Qui est attentif aux racines marxistes de la théorie critique accueille ce déficit en théorie du droit et de l'État avec compréhension. Mais en substance il est étonnant, car une théorie de la modernité doit accorder une place à la forme d'auto-organisation de la société qui s'impose définitivement chez les Modernes : le droit et l'État. En outre, une théorie de la société doit rendre compréhensible la raison pour laquelle l'État n'est pas condamné au dépérissement comme Marx l'a pronostiqué, mais jouit au contraire d'un écrasant consensus. Même si l'on se dispute sur les tâches exactes d'une communauté moderne, depuis longtemps on s'accorde sans controverse sur les éléments fondamentaux de l'État, qui est une de ses dimensions : l'État de droit et la démocratie, la séparation des pouvoirs, l'État social et – certes depuis peu – la responsabilité en matière d'environnement. De nos jours, il n'existe véritablement de dissensions plus que marginales, de dissensions principielles, qu'au sujet de la manière de poursuivre la tâche à l'intérieur de ce cadre. C'est précisément parce que le droit et l'État constituent une forme d'auto-organisation de la société par ailleurs si incontestée que l'on devrait également organiser les relations entre les différents États, puisqu'il en existe plus qu'un, sous la forme d'un droit et d'un État. Non pas qu'il s'agisse de remplacer ces différents États. Contre cette option du « cosmopolitisme exalté » plaident des raisons tout à fait valables. Cependant, pour compléter ces États, il faut bien une communauté juridique internationale.

Mais il y a encore une autre raison pour laquelle le déficit en théorie du droit et de l'État qui règne dans la théorie critique est étonnant, à savoir la biographie des intellectuels qui en furent les porte-parole. Tandis que Adorno, Horkheimer et Marcuse durent quitter un État qui enfreignait ses devoirs juridiques les plus élémentaires, ils trouvèrent droit de cité dans une communauté dans laquelle se manifestent plus que nettement certaines des pathologies qu'ils incriminent, par exemple l'ordre économique capitaliste et une flagrante inégalité des chances. Mais cette communauté garantit ce qui aurait rendu leur exil superflu : le droit de disposer de son propre corps, le droit à la vie et à ses particularités culturelles.

La nouvelle œuvre de Habermas est impressionnante ne serait-ce que parce qu'elle comble ce déficit thématique. La théorie critique découvre le droit et l'État comme un moment essentiel de la modernité sociale. De plus, on trouve déjà l'esquisse de cette découverte dans ses écrits antérieurs.

II. — UNE DRAMATURGIE HÉGÉLIENNE

Naturellement, la question s'impose de savoir comment une théorie qui se conçoit comme l'avant-garde intellectuelle a pu omettre ce moment (la même question se pose à Heidegger, avec qui la théorie critique partage son déficit thématique). Habermas explique le désintérêt qui a existé jusqu'à maintenant par l'évolution de l'histoire de la théorie. De la philosophie morale écossaise d'un Adam Ferguson et d'un John Millar à la critique de l'économie politique par Marx, en passant par l'économie politique de Adam Smith et de Ricardo, le droit connaît une perte d'importance croissante. À la fin de ce processus de « désenchantement du droit causé par les sciences sociales », cette catégorie-clé d'autrefois serait devenue un épiphénomène de lois anonymes.

De fait, cette évolution existe. Mais on devrait en rechercher les raisons d'une manière encore plus précise, car il s'agit en partie, par exemple chez Adam Smith, d'une pure différenciation et d'une spécialisation thématiques. Surtout, le résultat, la dépossession subie par le droit et l'État de leur importance scientifico-philosophique, n'est pas sans rencontrer de démenti. On sait que Hegel prend les idées de l'économie politique comme occasion de modifier la doctrine du droit de Kant. Mais ces idées ne lui fournissent pas de raison d'abandonner la philosophie du droit et de l'État en tant que telle. John Stuart Mill, contemporain de Marx, ne voit aucune difficulté à continuer à développer en même temps l'économie politique et la pensée du droit et de l'État. *Last but not least*, les penseurs dont se réclamera Habermas, Durkheim, Max Weber et Parsons, associent leur perspective des sciences sociales à une ouverture aux apports du droit et de l'État.

Le déficit en théorie du droit et de l'État a d'autres raisons. Il manquait à la forme de théorie critique jusqu'alors dominante, disons à la théorie critique traditionnelle, l'estime pour l'État de droit démocratique duquel aurait pu résulter ce que Durkheim a entrepris dès la fin du siècle précédent, c'est-à-dire longtemps avant les textes classiques de la théorie critique : une théorie de la démocratie. Pour une telle théorie, deux éléments sont en effet nécessaires, dont la théorie critique traditionnelle s'est interdit l'accès et qui sont liés l'un à l'autre. L'élément qui appartient aux concepts fondamentaux d'une théorie de la société retentit sur l'autre élément, à savoir l'intérêt cognitif de cette théorie.

D'une part, la théorie de l'État de droit démocratique a besoin d'un concept de la domination (*Herrschaft*) sociale qui ne soit pas uniquement marqué négativement. Puisque l'État pré-démocratique n'est pas le seul à revêtir le caractère de la domination, mais que toute entité juridique et politique le revêt, l'idéal de la théorie sociale ne peut consister que dans l'absence de domination à partir du moment où le concept de domination en tant que tel est connoté négativement, et il n'existe alors pas de lieu théorique pour l'idéal politique duquel s'approche l'État de droit démocratique. Là où fait défaut tout concept neutre de la domination, l'utopie authentiquement politique, celle de la domination juste, est évincée d'une manière immanente au système, et donc nécessaire, par ce que signifie littéralement l'absence de domination : l'utopie apolitique de l'anarchie.

D'autre part, si cette intuition se vérifie et si une démocratie qui prend la forme d'un État de droit s'approche réellement de l'idéal d'une domination juste, une théorie de cette démocratie recèle une intention cognitive élargie par rapport à la théorie critique traditionnelle, et même une intention cognitive véritablement nouvelle. En effet, dans les États démocratiques, toute théorie de la démocratie qui aboutit à sa justification contient

un haut degré d'affirmation de ce qui existe, ce qui est par principe défendu à une critique qui s'intéresse surtout au manque d'émancipation qui demeure.

Or le nouvel ouvrage de Habermas est impressionnant pour cette double raison. Il délie la théorie critique aussi bien de sa fixation sur un concept de la domination radicalement négatif que sur une critique de la société tout aussi radicalement négative. Cela signifie cependant également que l'intention originelle est sinon abandonnée, du moins atténuée. La critique radicalement négative est remplacée par une reconstruction de l'État de droit démocratique qui plaide certes, ici ou là, pour des améliorations, mais qui est pour l'essentiel affirmative.

Avant de développer sa propre position, Habermas traite d'une seconde direction de la discussion sur le sujet, du « retour du droit rationnel ». Il vise par là la théorie de la justice de Rawls, y compris la discussion internationale qu'elle a déterminée. Habermas la comprend comme une « réaction au travail de sape que les sciences sociales exercent sur le normativisme du droit rationnel ». Cette interprétation autorise une dramaturgie qui rappelle la dialectique hégélienne. Habermas construit sa propre théorie comme une synthèse qui élimine les points faibles de deux évolutions de l'histoire des théories politiques et associe leurs points forts. Habermas veut réassumer la perspective des sciences sociales de l'une des lignes d'évolution – dont il sous-estime par ailleurs la partie économique, ainsi que la partie morale, surtout chez Adam Smith –, sans toutefois enlever de son importance au concept du droit. En même temps, il reprend de l'autre ligne d'évolution la reconnaissance du point de vue moral, et plus exactement celle de la justice, à l'exclusion toutefois de son déficit en sciences sociales.

Autant un philosophe apprécie par principe la dramaturgie hégélienne, autant il reste sceptique dans le cas présent (et il se demande si, à la base d'une reconstruction de la théorie de l'histoire qui diverge si nettement de l'histoire réelle, ne se trouve pas également un intérêt stratégique). En effet, tandis que, comme on l'a indiqué, l'intérêt cognitif de l'économie politique et des sciences sociales fait tout à fait bon ménage avec celui d'une théorie du droit et de l'État, l'influence exceptionnelle de Rawls n'est pas tant due à un déficit en théorie du droit normative ou morale qu'à trois autres facteurs.

1) Si le déficit normatif était l'élément décisif, Rawls devrait s'expliquer avec la position correspondante, c'est-à-dire le positivisme juridique. Or on constate en réalité l'absence d'une telle discussion et l'on trouve à la place la critique d'une position certes normative, mais qui souffre, de l'avis de Rawls, d'une insuffisance normative : l'utilitarisme. Là réside la première raison de l'exceptionnelle influence de Rawls. Dans l'éthique anglophone, il ne réussit rien de moins que détrôner la position longtemps dominante, l'utilitarisme, et à introduire l'éthique kantienne comme paradigme alternatif.

2) Si la théorie de Rawls se distinguait par un déficit en perspectives appartenant aux sciences économiques et sociales, sa portée interdisciplinaire ne serait guère compréhensible. De fait, la théorie rawlsienne est l'objet d'intenses discussions aussi bien en économie politique qu'en sciences sociales, et il y a de bonnes raisons à cela. Rawls est tout indiqué pour le dialogue interdisciplinaire parce qu'il parle la langue dominante depuis peu en sciences économiques et sociales, celui de la théorie de la décision et de la théorie des jeux, ce que Habermas ne tente malheureusement pas. En outre, le théorème des biens sociaux primaires offre un bon départ pour une théorie substantielle de l'économie et de la société.

L'opinion selon laquelle le droit rationnel déplace le regard des sciences sociales vers le droit n'est pas non plus convaincante dans le cas de Kant, qui distingue bien la perspective rationnelle, c'est-à-dire morale, de la perspective empirique, et les tient toutes deux pour également légitimes, au lieu d'affirmer l'existence d'un « ou bien, ou bien ». On n'en vient à une concurrence que là où l'on surestime ce que sa propre perspective est capable d'apporter et où l'on croit par exemple pouvoir décoder à l'aide de concepts empiriques la prétention morale du droit, ou, à l'inverse, comprendre la fonction sociale du droit et son organisation historique au moyen des seuls concepts moraux. Mais adresser un reproche de ce genre à Kant est injustifié.

3) Un troisième facteur de l'importance de Rawls est qu'il recueille une attention de nature maintenant politique, parce que, dans le cadre de la discussion américaine autour de l'État, il s'oppose à une stricte libérale et défend à la place l'État social.

Le fait que parmi ces trois facteurs deux sont spécifiques de l'espace linguistique propre de Rawls aide d'ailleurs à expliquer son influence inégale sur le débat international. Plus on attache d'importance à la référence intellectuelle que constitue le débat anglophone – ce qui est notamment le cas pour la discussion allemande –, plus la théorie de Rawls exerce une vaste et prompte influence, même lorsque deux des facteurs susmentionnés font totalement défaut, à savoir lorsque, d'une part, l'éthique critiquée par Rawls, l'utilitarisme, ne joue guère de rôle, et que, d'autre part, la politique soutenue par Rawls, celle de l'État social, est déjà reconnue depuis longtemps dans son principe. Cependant la conséquence inévitable en est alors qu'à l'inverse de ce qui se passe aux États-Unis, le débat autour de Rawls demeure limité aux enceintes académiques et que, comme c'est facilement compréhensible, il ne peut rencontrer d'écho politique notable.

Le scepticisme à l'égard de la manière dont Habermas reconstruit l'histoire des théories est également requis lorsque Habermas réitère contre le droit rationnel le célèbre reproche de Hegel relatif à « l'impuissance du devoir ». Le modèle du droit rationnel de Kant traite en effet précisément dans sa *Doctrine du droit*, du pouvoir du devoir, à savoir aussi bien de l'autorisation de contrainte qui fait partie du droit et du concept même de celui-ci, que de la protection publique, c'est-à-dire assurée par l'État, puisque le droit ne serait sinon valable que provisoirement. Mais le devoir ne possède assurément les pouvoirs en question que pour un domaine bien délimité, pour la morale de ce dont les hommes sont mutuellement redevables, donc pour la morale juridique, et non pas pour la morale relative à un supplément qui ne concerne que le mérite.

III. — DROIT ET MORALE

On aime à traiter de l'une des tâches fondamentales de toute théorie juridique qu'est la délimitation de son objet par rapport aux phénomènes voisins sous l'expression-clé « droit et morale ». Cette expression a l'air d'un titre homogène, mais désigne en réalité divers champs de problèmes dont les thèmes relatifs à la théorie juridique recouvrent plus de la moitié de l'ensemble, et en plus une grande part de la théorie de la société et de l'éthique.

À les considérer sous le seul angle de l'analyse sémantique, ces champs de problèmes apparaissent tout simplement hétérogènes. Mais, du point de vue de l'histoire

sociale, il se peut qu'il y ait eu à l'origine un lien entre eux, une unité à laquelle Nietzsche fait allusion dans ses « Pensées sur les préjugés moraux » : « originellement, toute l'éducation et l'hygiène du corps, le mariage, la médecine, l'agriculture, la guerre, la parole ou la réserve du silence, les relations des hommes entre eux et avec les dieux étaient du domaine de la moralité »⁴. Si l'on remplace « moralité » par « droit et morale », ces paroles d'*Aurore*, nous fournissent un point de départ. « Droit et morale » forment d'abord une certaine unité qui se dissout ultérieurement de plus en plus sous la forme de différenciations. Je vois cinq formes de différenciation, mais n'aborderai de plus près que trois d'entre elles.

a) À une époque très précoce de l'histoire de l'humanité, le droit se détache de tout le complexe que forment les règles du comportement pour en constituer une partie – relativement – autonome, et se démarque de la morale dans son acception empirique ou descriptive, entendue comme coutume, mœurs, communauté éthique, bref de la morale positive. Deux questions se posent alors à une théorie qui veut déchiffrer la fonction sociale du droit. La première question, celle de la délimitation conceptuelle, n'a certes que l'importance d'une question préalable. Mais sans elle, on ne peut apporter de réponse concluante à la question principale de savoir quels domaines ou aspects de la vie il est judicieux que la société régie par le droit positif, et lesquels il est judicieux qu'elle régie par la morale positive.

Cette délimitation devrait commencer par l'élément commun au droit et à la morale, l'autorisation de contrainte. La différence ne réside que dans le genre de contrainte – par exemple, seul le droit est exigible – et cette contrainte prend diverses formes à l'intérieur même du droit. En effet, il n'existe pas seulement la forme de contrainte à laquelle celui qui n'est pas juriste pense en premier, les normes prohibitives accompagnées de menace de peines comminatoires. Au moins aussi importantes sont les prescriptions de forme et de procédure dont le non-respect n'entraîne aucune sanction, mais bien la nullité de l'acte juridique recherché. Enfin, le droit confère des pouvoirs.

Habermas ne place pas la délimitation conceptuelle au centre de ce dont il s'occupe. Déterminant la fonction du droit, il opère au chapitre II. III directement au moyen des concepts « d'intégration sociale » et de « surcharge ». C'est à l'aide de ces derniers que la victoire du droit moderne doit devenir compréhensible. Le premier concept explique pourquoi il faut une régulation sociale en général, et le second pourquoi les régulations pré-juridique et extra-juridique, telles que la coutume et les mœurs, ne suffisent pas. Le droit moderne, dit Habermas, intervient là où les ordres sociaux sont surchargés par leur tâche d'intégration. Selon lui, la morale rationnelle porte une responsabilité particulière en la matière, car c'est à cause d'elle que les institutions naturelles se délabrent et car l'instance qui demeure alors, les sujets moraux, ne peut assurer à elle seule aucune intégration fiable.

Contre une telle « reconstruction » au moins quatre objections s'imposent. À cela s'ajoute le soupçon que, par une habile stratégie, Habermas veut détourner l'esprit du fait qu'on a coutume d'adresser à la théorie critique le reproche de délabrer les choses. Au lieu d'affronter ce reproche, au risque de devoir donner au moins un peu raison à ses cri-

⁴ F. Nietzsche, *Aurore*, trad. J. Hervier, L. I, aph. 9.

tiques, il détourne la critique sur quelque chose de plutôt innocent, du moins par rapport à la théorie critique ; à savoir le droit rationnel.

Les objections suivantes seraient vraisemblablement devenues caduques si Habermas avait accordé une plus grande importance aux prolégomènes de la détermination fonctionnelle, à la clarification conceptuelle, et avait alors formé un concept du droit plus précis.

Premièrement, Habermas omet la question de savoir dans quelle sphère le droit pré-moderne déploie son activité, et par là la question de savoir quelle est en général la sphère d'activité du droit. Un rapide regard sur l'histoire montre que les phénomènes sociaux dont s'occupe le droit témoignent depuis longtemps d'une impressionnante constance. Il y a plus de trois millénaires et demi déjà, des lois qui furent gravées sur un bloc de diorite noir, donc un droit « écrit », régissaient les domaines de la vie qui constituent également une part essentielle de l'ordre juridique actuel. Dans le *Codex Hammurabia*, nous trouvons des dispositions relatives à la protection du corps et de la vie, au droit matrimonial et familial, au droit contractuel, au droit de propriété et même à la protection des animaux. Si nous choisissons au hasard dans le droit pénal, nous trouvons même pour ainsi dire dans toutes les cultures les classes de délits que nous connaissons aujourd'hui : outre l'homicide et l'atteinte à la propriété, l'atteinte à l'honneur, les délits sexuels, l'incendie volontaire, la tromperie sur les poids et mesures ; et même les délits à l'égard de l'environnement ne sont pas quelque chose de nouveau, si l'on songe à l'interdiction d'empoisonner les puits. Nous pouvons généraliser et dire que, même si le besoin de réglementation juridique s'est accru à l'époque moderne, et même si des tâches d'un nouveau genre se présentent, surtout dans le domaine du droit social et économique (y compris en droit du travail), le droit est cependant depuis toujours actif dans la plupart des domaines de la vie, et il y a une profusion de domaines juridiques qui présentent une continuité, aussi bien en droit civil qu'en droit pénal.

Deuxièmement, en vertu du concept de « surcharge », le droit intervient là où des ordres sociaux autrefois stables sont déstabilisés. Pourtant, même des sociétés soudées fermement, connaissant des conditions matrimoniales et familiales stables et pourvues d'institutions d'échange qui le sont tout autant, connaissent un droit matrimonial et familial, un droit contractuel et un droit commercial, etc. De plus, ce n'est pas seulement lorsque les institutions se délabrent que l'on a besoin de protéger la vie et la propriété. Le concept de « surcharge » est, à la rigueur, adéquat si, à l'opposé de Habermas, on ne le comprend pas sous l'angle de l'histoire sociale, mais de l'anthropologie. Que l'on définisse la condition humaine comme détachement de l'instinct ou ouverture au monde, ou qu'on préfère la définir comme capacité du langage (les controverses en question sont ici d'une importance secondaire), elle expose les individus à une richesse d'options avec lesquelles, en tant qu'individus, ils ne sont pas toujours de taille à se mesurer. Ce n'est pas seulement le sujet des temps modernes qui a tendance à être surchargé, mais l'homme en tant qu'homme. Or on peut expliquer par là pourquoi le droit est depuis toujours actif dans les domaines en question. Tant le droit civil que le droit pénal règlent des problèmes qui portent toujours déjà l'empreinte de la condition humaine. Quant à ce qui concerne la critique de la morale rationnelle, on peut dire que cette dernière ne porte guère de responsabilité principale dans le délabrement des institutions naturelles. La morale rationnelle contribue au contraire à leur stabilisation si elle entreprend ce que nous trouvons dans le modèle du droit rationnel qu'est la

philosophie du droit de Kant, mais pas chez Adorno ou Marcuse, si elle fournit une légitimation morale à des institutions aussi élémentaires que le mariage, la famille et la propriété, ainsi, de toute façon, qu'à l'État.

Troisièmement, celui qui contracte un mariage, celui qui fonde une famille et celui qui effectue des échanges accomplissent une intégration sociale. Ce sont donc les partenaires sociaux eux-mêmes qui sont compétents en la matière. Le droit civil qui y est relatif ne fixe que la forme que cela doit obligatoirement prendre et n'a par conséquent pas une portée principale, mais secondaire. Il n'opère pas l'intégration, mais, à supposer qu'elle ait lieu, la dirige vers des voies qui stabilisent autant les attentes qu'elles régissent les comportements. Il en va autrement en droit pénal, par exemple en matière de protection de la vie et de la propriété. En règle générale, le droit y aplanit uniquement les obstacles à l'intégration sociale, mais ne contribue pas de manière constructive à celle-ci. Qui ne se tient strictement aux interdictions en question qu'avec peine et ne tue, ni ne vole, ni ne trompe, mais suit pour le reste son propre chemin, se soustrait entièrement à l'intégration sociale.

Last but not least, on regrette chez Habermas l'absence de distinctions internes au droit. Là où le droit définit les formes et les procédures de l'intégration sociale, il exerce une fonction fondamentalement différente de celle qu'il remplit là où il surmonte les obstacles à la coexistence. Dans un cas, le droit est valable hypothétiquement (« Si l'on contracte un mariage, si l'on veut laisser un testament, etc., alors on doit faire X ») ; dans l'autre cas, il est valable catégoriquement (« Quel que soit ce qu'on veut, tuer, voler et tromper est interdit »).

Dressons un bilan intermédiaire. Si ces objections sont justifiées, les concepts « d'intégration » et de « surcharge » définissent la fonction du droit moderne de manière partiellement trop large et partiellement trop étroite. Ces concepts conviennent à une détermination fonctionnelle provisoire, et à elle seule. Une théorie qui se satisfait de ces concepts manque en partie la complexité de la chose.

b) Pour les philosophes sociaux, cette première opposition entre le droit et la morale joue déjà un rôle, tandis que, pour celui qui s'occupe d'éthique juridique, c'est seulement une seconde opposition qui joue un rôle. Celle-ci résulte d'une seconde différenciation dont nous pouvons laisser les causes de côté, car seul importe le résultat : c'est en face de règlements réellement en vigueur que se déclenche la question de la validité et de la légitimité. À côté des concepts positifs du droit et de la morale apparaissent des concepts normatifs, et la « morale morale », ce qu'on appelle le point de vue moral, s'introduit dans la vie.

À cause de l'unité originelle de ce qui est positivement en vigueur et de la validité morale, il n'est pas facile de répondre à la question de savoir comment l'on doit appeler le point de vue moral, dans la mesure où on se rapporte au droit. L'expression de « justice », aujourd'hui dominante, est loin de ne pas poser de problèmes. Les expressions grecques et latines correspondantes – *dikaion* et *justum* – ne séparent, en effet, pas assez nettement de ce qui est en vigueur, de ce qui est valide, ce qui demeure encore présent de nos jours lorsqu'on désigne le système judiciaire par « la justice ». Il vaut la peine d'explorer une fois la question de savoir quand et pourquoi cet usage langagier a changé. Chez Kant encore, la justice du droit ne signifie pas le point de vue moral relatif au droit, mais la conformité au droit et le soin apporté – par le tribunal – à celle-ci (cf.

Doctrine du droit, § 36 : « la personne morale qui préside à la justice est la *cour de justice (forum)* », il en va cependant autrement dans le 2ème article définitif du *Projet de paix perpétuelle*).

Pour mettre en lumière ce qui ne se passe pas dans les expressions *ethos*, *dikaion* sans éveiller de doutes, pour désigner le point de vue authentiquement moral au sens où on l'entend aujourd'hui, on a besoin de quelque chose de plus pour le qualifier. On éprouve un certain embarras à remonter, à cette fin, aux instances qu'on connaît déjà pour être manifestement soustraites à la libre disposition de l'homme. Les sociétés antérieures aux Lumières parlent du divin, de la sainteté ou du sacré, tandis qu'après les Lumières, on se réfère à la nature (*physis*). Aussi étrange que puisse nous sembler aujourd'hui cette référence, il est parfaitement évident jusqu'à Kant et Hegel que le droit naturel ne doit être régi ni, comme Habermas semble le suggérer (p. 42), par le christianisme, ni par l'Église. La philosophie du droit et de l'État n'entend par droit naturel ni plus ni moins que « ce qui ne dépend pas du statut », le droit qui n'est pas simplement positif (pour Kant : *Doctrine du droit* § A et § 36).

Selon moi, il résulte deux choses de ces indications. D'une part, les « garanties méta-sociales apportées par la sainteté », pour reprendre les termes de Habermas, se désagrègent bien antérieurement à l'époque moderne, tout autant que la « couverture fournie par les images religieuses du monde » (p. 127). En Grèce antique, cela a lieu au plus tard à l'époque des sophistes. À l'époque moderne, Hobbes déjà remplit la condition de Habermas. Depuis les *Elements of law, natural and politic*, donc dès le début, Hobbes part de ce que réclame Habermas, à savoir d'une « science devenue largement profane » (p. 42). D'autre part, il y a de bonnes raisons d'éviter cette façon de se définir soi-même. Puisqu'entretemps les malentendus sont devenus trop grands, j'ai esquissé dans mon étude intitulée *La justice politique*⁵ l'idée d'un droit naturel critique, mais ai tout de même préféré l'expression de « justice ». Néanmoins, dans la mesure où la théorie du discours pose des questions de légitimation et discute les exigences de justice dans leur acception actuelle, elle poursuit la tradition d'une théorie du droit non positiviste et en même temps post-religieuse, donc celle du droit naturel. L'étiquette que K. Günther emploie en sous-titre d'un essai critique⁶ convient par conséquent aussi pour *Faktizität und Geltung*. La théorie du discours relative au droit peut également s'appeler « néo-droit naturel », quoique à contre-cœur.

En ce qui concerne le point de vue moral, selon Habermas on ne doit pas « succomber à la suggestion d'un préjugé endurci selon lequel la morale ne s'étendrait qu'aux relations sociales qui relèvent d'une responsabilité personnelle, et le droit et la justice politique à des domaines d'interaction dont la médiation est opérée par les institutions » (p. 141). Je laisse à mes collègues le soin de répondre à la question de savoir si Wellmer succombe à ce préjugé, mais il m'est tout simplement incompréhensible qu'on cite également mon étude en exemple, car comme le montre ne serait-ce que l'intitulé du chapitre qui y est relatif, j'entends par justice politique « un point de vue moral à l'égard du droit et de l'État »⁷.

⁵ Trad. J.-C. Merle, Paris, PUF, 1991.

⁶ Cf. « Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren ? », in *Rechtshistorisches Journal*, n°10/1991, pp. 233-267.

⁷ O. Höffe, *Justice politique*, trad. J.-C. Merle, Paris, PUF, 1991, p. 40 et s.

Dans une réplique à Habermas, j'avais parlé de « querelles de famille » qui existent à l'intérieur du groupe des éthiques à la fois universalistes et inspirées par Kant⁸. J'y vois toujours le point de départ herméneutiquement le meilleur, car au lieu de simples préjugés, il y a bien plutôt de subtiles différences. Les propos substantiels sur la justice politique, c'est-à-dire sur le thème des « droits de l'homme et des droits fondamentaux », en offrent un exemple, et la question de savoir dans quelle mesure Habermas présente réellement une théorie du discours sur le droit en offre un second. Mais j'aborderai d'abord un troisième exemple, une autre forme de différenciation.

c) En ce qui concerne l'interaction sociale, le point de vue de la morale permet deux sortes d'obligations. Le droit n'est compétent que pour une sorte, à savoir pour ce dont les hommes sont mutuellement redevables, et non pas pour le domaine du surrogatoire, c'est-à-dire pour les prestations supplémentaires méritoires que la tradition range sous la morale de la vertu (orientée socialement). Pour ce nouveau champ de problèmes du droit et de la morale, le troisième, celui de la justice et de ce qui excède la justice, il s'agit d'une question de modalité : pour le droit, où un règlement est-il a) obligatoire, b) interdit, et c) permis ? Le modèle de réponse est le suivant : ce qui est dû lui est obligatoire, ce qui est uniquement méritoire lui est interdit, et ce qui est permis est pour lui seulement la partie qui se soustrait à l'alternative simple « soit dû, soit méritoire ».

Dans *Faktizität und Geltung*, je trouve, en ce qui concerne le droit, deux sortes de ressources morales, la solidarité sociale (p. 12, cf. 51 *et al.*) et la justice. Je n'ai pu entièrement élucider la question de savoir quel rapport ces deux ressources entretiennent entre elles. D'après l'avant-propos, la « tâche d'accélérer énergiquement la domestication du capitalisme par l'État social et l'écologie » incombe à la solidarité sociale. Intuitivement, il est évident pour nous depuis longtemps que cette tâche mérite la toute première priorité aussi bien sur l'agenda de la politique intérieure que sur celui de la politique internationale. Mais une théorie du droit qui se confronte aux problèmes actuels ne répète pas seulement l'intuition, mais cherche à la fonder, et je me demande alors si le principe de solidarité convient pour cela. Ce n'est pas seulement qu'il existe le danger de confondre une intuition avec une argumentation détaillée et menée à son terme. Je crains aussi qu'on n'efface une différence conceptuelle. Ce que la solidarité exige appartient en effet soit au domaine du surplus méritoire, et une institution dotée du pouvoir de contrainte comme une entité juridique et politique ne saurait être compétente en la matière, soit il s'agit de ce qui est dû, et il vaut mieux parler de justice. De toute façon, une éventuelle controverse ne commence qu'à cet endroit, et non pas au sujet du « préjugé endurci »⁹.

d) Des cinq formes de différenciation mentionnées, citons encore au moins les deux formes qui manquent. D'une part, la morale non positive se différencie en deux options : les questions du bien ou de la vie réussie, celles d'une morale eudémoniste, et les questions de la volonté libre, celles d'une morale autonome. La première option, celle d'une éthique du savoir-faire, remonte à l'Antiquité et subit au Moyen Âge des mo-

⁸ Cf. O. Höffe, *Principes du droit*, trad. J.-C. Merle, Paris, Cerf, 1993, chap. XIII, 3, pp. 270-277.

⁹ Sur la justice écologique, cf. O. Höffe, *Moral als Preis der Moderne*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1993, chap. 11. Une traduction française en paraîtra prochainement.

difications dues aux idées chrétiennes. La seconde option, celle d'une éthique du devoir, a certes une préhistoire chrétienne, mais n'est pleinement développée qu'à l'époque moderne. Sous l'influence de Kant, qui sert de référence en la matière, ces deux options passent depuis longtemps pour constituer un « ou bien, ou bien ». Mais aujourd'hui s'amorce la prise de conscience d'un rapport de complémentarité. L'idée que les questions de la vie réussie appartiennent elles aussi à une éthique globale, et même à une théorie de la société, pourrait rencontrer sur ces entrefaites de plus en plus d'approbation. Cependant on est loin d'avoir élucidé le problème de savoir quelle est la place exacte de ces questions, car une simple juxtaposition des questions de savoir-faire et de devoir est impensable, du fait du principe d'autonomie. Mais une théorie du droit peut s'en remettre au débat éthique sur les fondements pour éclaircir cette question » tandis qu'elle-même ne s'occupe que de la question de savoir dans quelle mesure une morale juridique est ouverte à des compléments eudémonistes. Mais le fait qu'une autorisation de contrainte fait partie de la morale juridique de par son concept même nous exhorte au scepticisme.

D'un autre côté, il existe, du point de vue idéal-typique, deux conceptions différentes de ce que le point de vue moral signifie pour le droit et l'État. Soit l'on satisfait à ce qui nous est commandé « de notre plein gré », c'est-à-dire simplement au nom de la justice, soit on le fait parce qu'on ne veut pas se faire remarquer, parce qu'on ne voit aucune solution alternative, voire par peur de la peine. On aborde ainsi la cinquième différenciation, la séparation des sentiments juridiques et de la légalité juridique, pour laquelle se pose la difficile question de savoir sur quelle attitude de ses citoyens compte l'État de droit démocratique. Lorsque les citoyens s'occupent des actes juridiques privés, la légalité suffit. Mais qu'en est-il du citoyen lorsqu'il participe – directement ou indirectement – au processus législatif ? Une démocratie de partis et d'associations peut-elle « garantir », fût-ce approximativement, ce qui serait requis de la législation, un sentiment juridique qui se distancie des intérêts seulement privés et s'astreint au bien général ?

IV. — DROITS DE L'HOMME OU SEULEMENT DROITS FONDAMENTAUX ?

a) La modernisation du droit contient un élément avec lequel les théoriciens du droit juristes (par exemple Kelsen) ou issus des sciences sociales (tel Luhmann) ont certes des difficultés, mais pas les éthiques universalistes. Aussi l'idée de Bourdieu est-elle juste qui veut que rien ne soit aussi stimulant, et en définitive aussi fructueux, que de constater de subtiles différences. L'existence de droits élémentaires en général est incontestée à l'intérieur de la famille des éthiques universalistes. Des différences subtiles n'apparaissent qu'avec la question de savoir quels droits sont donc considérés comme élémentaires, et avec une autre question, celle de savoir à quel point ces droits sont élémentaires, c'est-à-dire avec les énoncés substantiels sur la justice politique, et là débute une seconde controverse avec Habermas.

La réponse de Habermas à la première question est singulièrement vague. Les droits depuis longtemps sans controverses que sont les droits à la liberté et à la coopération, ainsi que l'exigibilité de ces droits, sont certes mentionnés. Néanmoins, en ce qui

concerne le domaine pas aussi incontesté que constituent les droits sociaux, les droits culturels, et surtout les éventuels droits écologiques, la section sur la « fondation dans la théorie du discours » se contente d'une indication globalisante. De plus, le chapitre sur les « paradigmes du droit » s'occupe certes des dysfonctionnements qui sont les effets secondaires de l'État social, mais ne poursuit pas la fondation des droits élémentaires. On aurait souhaité voir ici – et, peut-on ajouter, on aurait également souhaité voir ailleurs – les prolégomènes d'histoire de la théorie abrégés au profit de réflexions détaillées et systématiques.

À la seconde question, Habermas apporte une réponse modeste. Il s'occupe certes également des droits de l'homme, mais seuls sont objets de fondation des droits qui revendiquent une élémentarité plus restreinte : les droits fondamentaux. Entendus comme droits « que les citoyens doivent se concéder mutuellement s'ils veulent régir légitimement leur vie en commun avec les moyens du droit positif » (p. 151), les droits fondamentaux ne sont valables qu'à l'intérieur d'une communauté politique, alors qu'en revanche les droits de l'homme le sont déjà antérieurement, au sens de la théorie de la légitimation. C'est pourquoi se pose ici une question dont une théorie des droits fondamentaux suppose qu'elle a déjà trouvé sa réponse et que de fait Habermas écarte (p. 143) : pourquoi la vie en commun doit-elle prendre la forme du droit en général, c'est-à-dire être régie par la contrainte formelle, la contrainte pénale et l'autorisation d'exercer des pouvoirs ?

La réponse de la justice est que contracter une communauté juridique en général appartient à ce que les hommes se doivent mutuellement. De plus, puisqu'il existe une pluralité de communautés juridiques, on ne doit pas oublier la tâche, mentionnée en introduction, d'opérer la jonction entre elles. Il est étonnant que cette tâche, la seconde tâche de la justice, ne soit pas prise en charge par Rawls ¹⁰, par exemple, et par beaucoup de classiques de la philosophie du droit, de Platon et Aristote jusqu'à nos jours, en passant par Hobbes, Locke et Rousseau ¹¹. Ce que les hommes se doivent mutuellement comporte aussi l'organisation de cette pluralité de communautés juridiques sous une forme également juridique. Du reste, c'est seulement à ce moment-là qu'on peut s'attendre à ce que les problèmes sociaux ontologiques actuels soient résolus à l'échelle globale qui est décisive en la matière. Kant, le théoricien de la raison, connaissait cette signification plus élémentaire, et a par conséquent soumis les droits de l'homme – comme on sait, au singulier chez lui – aux réflexions par lesquelles commence le chapitre de Habermas en question (chap. III), c'est-à-dire au thème « autonomie privée et publique ». Les premières déclarations des droits de l'homme voyaient clairement, elles aussi, la signification la plus élémentaire. Le « Virginia Bill of Rights » a une construction que suivra la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » française. Les deux textes commencent par les droits qui appartiennent non seulement à l'homme en tant qu'il est citoyen, mais également à l'homme tout court.

Ce n'est pas par hasard que Habermas ne part pas des droits de l'homme. Il y a à cela aussi bien une raison relative à la théorie de la légitimation qu'une raison politique. Du point de vue de la théorie de la légitimation, il faut, une fois de plus, ce qui manque à

¹⁰ Cf. cependant son récent *The Law of Peoples*, Oxford, Amnesty International Lectures, 1993.

¹¹ Il accuse certes réception de Saint-Pierre (*Projet de paix perpétuelle*), mais ne reprend pas son thème, un ordre international pacifique, dans le *Contrat social*.

Habermas : une anthropologie. Certes, de nos jours on se montre généralement sceptique quant à sa possibilité. Mais les contre-arguments connus depuis longtemps – par exemple la difficulté de délimiter mutuellement et sélectivement « nature » et « culture » en l'homme – n'ont encore convaincu personne d'abandonner l'idée des droits de l'homme.

Le sceptique à l'égard de l'anthropologie tend à surestimer le poids de ses objections. D'une part, elles ne portent guère atteinte à la protection dont sont dignes le corps et la vie, à la liberté d'opinion et de conscience, à la propriété, etc. D'autre part, toute anthropologie, et particulièrement une anthropologie partielle dont se contente une théorie des droits de l'homme reste tout à fait ouverte aux variations historiques et culturelles. Le moment est par conséquent venu de sonder une nouvelle fois les possibilités d'une anthropologie philosophique à partir d'une institution juridique aussi peu controversée que les droits de l'homme¹². À tout le moins s'offre ainsi à nous la chance de donner un sens précis au concept souvent utilisé « d'intérêts universalisables ». Par ailleurs, je crois que, même là où l'on se contente des droits fondamentaux, certaines hypothèses anthropologiques sont nécessaires. Car comment veut-on donc fonder ne serait-ce que, par exemple, des droits substantiels à la liberté à partir de ce qui devrait suffire selon Habermas, à savoir des « procédures de discours éthiques pour s'entendre par soi-même ». Je me permets d'évoquer Rawls pour « saper » le scepticisme notoire qui règne depuis trois décennies à l'égard de toute anthropologie. Les biens sociaux primaires sans lesquels il ne peut pas démontrer ses principes de justice ont, au moins partiellement, le rang d'une anthropologie sociale. On peut en outre rappeler les remarques de Habermas que nous pouvons lire dans *De l'éthique à la discussion*¹³ susmentionnées. De toute façon, toute théorie des droits de l'homme, et plus généralement toute théorie substantielle de la justice politique, a besoin de réflexions anthropologiques.

b) Habermas appelle sa position une théorie du discours. Depuis sa contribution aux mélanges en l'honneur de Walter Schulz (*Festschrift für Walter Schulz*), il entend par discours les processus d'argumentation qui, découplés des contraintes de l'action, examinent les prétentions à la vérité et à valoir effectivement de chacun de ces processus. Peut-on attribuer au discours ainsi défini une portée fondamentale pour le droit et l'État de droit démocratique ? Bien entendu, il en va du droit en lui-même, et non pas de la réflexion philosophique, car le découplage de celle-ci et des contraintes de l'action fait partie des éléments de définition de la philosophie depuis le début.

Du point de vue de la théorie de ce qui est effectivement en vigueur, le droit élève deux prétentions radicalement différentes, celle d'être positivement en vigueur et celle d'être valide moralement, d'être juste. Une théorie du discours relative au droit pourrait se contenter de reconstruire la prétention à la justice. Ce qu'on obtiendrait ainsi ne serait pas insignifiant, car tout compte fait on serait parvenu à une philosophie morale du droit, ou éthique juridique. Mais on peut laisser ici en suspens la question de savoir dans quelle mesure l'élément discursif joue un rôle spécifique dès ce moment. Puisqu'une simple éthique négligerait selon lui la perspective des sciences sociales, Habermas

¹² Cf. O. Höffe, « Sieben Thesen zur Anthropologie der Menschenrechte », in O. Höffe (éd.), *Der Mensch – ein politisches Tier ?*, Stuttgart, Reclam, 1992, pp. 188-211.

¹³ J. Habermas, *De l'éthique à la discussion*, trad. M. Hunyadi, Paris, Cerf, 1992..

cherche en effet à déchiffrer également à partir de l'éthique du discours l'autre prétention, celle d'être positivement en vigueur. Il entre en cela en conflit avec un élément de définition du discours, le découplage par rapport aux contraintes de l'action. Tant que le discours est réellement déchargé du poids de l'action, il n'a aucune conséquence juridique du point de vue du droit positif. Le droit en vigueur reste en vigueur. Si on doit le transformer le cas échéant, on doit interrompre le discours après un certain temps pour le faire passer à un processus de décision. C'est pour cette raison que la discussion en question n'est pas déchargée du poids de l'action et n'est donc pas réellement un discours, mais un débat ordinaire.

Cet état de faits met en question la thèse directrice de Habermas. Comme le dit Durkheim dans ses célèbres *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*¹⁴, la démocratie est tout à fait « le régime de la réflexion », parce qu'une communication constante a lieu entre les citoyens et l'État ». Mais c'est pour une bonne raison qu'elle n'est pas la forme de domination qui est celle du discours, de la communication déchargée du poids de l'action. Car on a beau débattre dans les démocraties, les débats politiques se distinguent des débats scientifico-philosophiques par le fait qu'ils s'orientent vers la pratique et discutent à cette fin de décisions que l'on doit bien finir par prendre. Habermas se fait ainsi quelque peu obstacle à lui-même. Son intérêt thématique, une théorie du droit et de l'État, entre en collision avec son concept éthique fondamental. Dans la mesure où il s'engage pour le discours, il réhabilite l'idéal apolitique de l'absence de domination.

Habermas parle fréquemment de « démocratie radicale », de « démocratie fondamentale » et de « l'association de membres d'une communauté juridique libres et égaux en droit ». De telles expressions semblent être plus nettement définies et marquées qu'elles ne le sont à y regarder de plus près. En effet, radicalement démocrate, c'est-à-dire démocratique à la racine, l'État moderne l'est du fait d'un élément qui est reconnu depuis longtemps du point de vue de la théorie de la légitimation, par le principe qui veut que le pouvoir de l'État vienne du peuple. Tout aussi peu contesté est le fait que tous les citoyens peuvent participer librement et à égalité de droits à la vie politique. En outre, on ne conteste guère le fait que le « système politique » a besoin d'agences d'intermédiaires : de partis, d'associations et surtout de représentants du peuple élus. N'est sujette à controverse que la question de savoir s'il doit y avoir des compléments, des éléments de démocratie directe, des initiatives populaires et des « éléments de démocratie de base », voire un mandat impératif.

Les avantages de la démocratie directe sont évidents ; ce sont une cogestion directe et une identification plus grande. Cependant on en connaît également les inconvénients : le danger de majorités négatives, celui du populisme, et celui d'une aristocratie cachée, en cas de démocratie de base et dans la mesure où, à la différence des grands partis populaires, elles représentent souvent seulement des groupes plus petits. Le bilan détaillé des avantages et inconvénients dépend des circonstances environnantes respectives. À cela s'ajoute la question décisive : peut-on porter un quelconque jugement quasiment *a priori* en la matière, comme cela en a l'air chez Habermas ?

Peut-être y a-t-il encore un autre objet de controverse, je veux dire la question de savoir dans quelle mesure le pouvoir de l'État démocratique est lié à des contraintes

¹⁴ E. Durkheim, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, 1950, rééd. Paris, PUF « Quadrige » 1990, 8ème leçon, p. 125.

(« constraints ») qui lui sont imposées et qui ne peuvent être enfreintes qu'au prix d'une perte de légitimité. Une fois de plus, la différence qui existe entre droits de l'homme et droits fondamentaux est d'importance. En même temps, apparaît un motif politique pour ne prendre son point de départ que dans les droits de l'homme. D'après l'idée des droits de l'homme comme d'après les premières déclarations des droits de l'homme, il existe réellement de telles contraintes imposées à la volonté populaire, tandis que d'après Habermas il n'y en a pas vraiment, dans la mesure où il se satisfait des droits fondamentaux. Pour autant qu'il place les droits fondamentaux et la souveraineté populaire sur le même plan, l'élément démocratique s'en trouve certes renforcé, mais aux dépens de l'État de droit et de l'État constitutionnel. Le renforcement du moment de la participation s'accompagne d'un blanc-seing accordé à la démocratie.

Le droit et l'État ne sont pas simplement des phénomènes sociaux parmi d'autres. Ils forment un univers propre constitué d'une pratique et d'une théorie qui lui correspond. Le nouvel ouvrage de Habermas n'est pas impressionnant seulement parce qu'il décerne un rang au droit et à l'État dans la théorie de la société et ouvre ainsi la théorie critique à une philosophie du droit et de l'État. Il l'est aussi par le luxe de détails avec lequel Habermas s'est initié à un matériau très ramifié et hautement spécialisé, à savoir non moins aux textes des grands classiques des temps modernes qu'à une profusion d'auteurs contemporains. Mérite également le respect une désillusion implicitement accomplie : Habermas surmonte l'idéal certes mélodieux, mais apolitique de l'absence de domination au profit de l'idéal politique, mais traditionnel de la domination juste. On doit cependant compléter en disant qu'il surmonte certes largement cet idéal, mais qu'à cause du principe du discours il ne le fait pas d'une manière suffisamment conséquente. *Last but not least*, dans la mesure où il surmonte cet idéal, il donne raison aux critiques qui, opposés à une critique simplement émancipatrice, avaient depuis toujours réclamé comme complément une critique qui consente à apprécier positivement chaque émancipation réalisée. Habermas ne le formule certes pas ainsi, mais le pratique bel et bien. Il adopte pour l'essentiel une attitude toute affirmative à l'égard des institutions fondamentales de l'État de droit démocratique. De plus, lorsqu'il parle de certains prolongements à leur donner, tels qu'une politique de délibération ou la désobéissance civile, il entre dans des débats connus ¹⁵, tandis qu'on doit malheureusement également constater dans *Faktizität und Geltung* l'absence de la perspective des rapports entre États, d'exigence de communauté juridique internationale.

¹⁵ Sur la désobéissance civile, cf. J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1987, § 53-59, et, antérieur à lui, H. A. Bedau (éd.), *Civil disobedience, Theory and practise*, New York, Indianapolis, 1969. Sur la politique délibérative, cf. O. Höffe, *Strategien der Humanität*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1975.