

Le Rapport Entre le Droit et la Morale Chez Jürgen Habermas

Khaldoun al-Nabwani

Professeur, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, France

Abstract

Dans cet article nous examinons le rapport entre le droit et la morale dans les œuvres de Jürgen Habermas. Pour commencer, il nous Paraît important de souligner l'importance de prendre en considération le contexte de l'histoire politique de l'Allemagne d'après-guerre qui laissa des traces visibles sur son approche de la philosophie du droit.

En fait, en scrutant *Droit et morale*, ouvrage qui regroupe deux conférences prononcées par le philosophe, on constate facilement que Habermas aborde la question du droit depuis l'extérieure, c'est-à-dire depuis la morale et la politique dans. Dans cet ouvrage, Habermas accorde à la morale une place privilégiée au sein du système du droit moderne en tant que contenu implicite et une sorte d'idée directrice qui le transcende.

Ensuite, nous examinerons l'œuvre majeure de Habermas : *Droit et démocratie* pour mettre en relief la réévaluation qu'il effectue lui-même quant à sa prise de position concernant ce sujet. Dans ce livre, la nature de la relation entre droit et morale change considérablement de celle exprimée dans *Droit et Morale*. Habermas y minimise la place de la morale et son rôle au sein du droit moderne. Ainsi, Habermas change de position à l'égard du positivisme et du normativisme. En d'autres termes, il se montre dans ce livre plus proche de l'idée de l'autonomisation du droit, idée qu'il avait critiquée.

Nous concluons par réévaluer cette nouvelle attitude de Habermas à l'égard du rapport entre droit et morale.

Le contexte historique et l'intérêt de Habermas pour La philosophie du droit

En dépit du processus d'autonomisation qu'a connu le droit au sein de la modernité européenne, l'histoire moderne de la philosophie pratique nous apprend que l'affinité et l'interpénétration entre la morale et le droit est une question qui est encore loin d'être tranchée². Parmi ceux qui insistent sur la séparation entre le droit et de la morale on cite notamment le nom du juriste austro-américain Hans Kelsen qui juge que les idéaux de l'éthique pourraient être dangereux pour la normativité rigoureuse du droit³.

Le rapport du droit à la morale est plus que cela dans les écrits du philosophe allemand Jürgen le sujet. Cette complexité serait due, en partie, au contexte politique de l'Allemagne d'après-guerre. En fait, nous avons donc tendance à croire que le rapport du droit à la morale, chez le philosophe le plus célèbre de la deuxième génération de l'École de Francfort, n'est simplement le fruit d'une pure réflexion philosophique sur le sujet, puisque ce rapport est également marqué aussi par l'histoire politique de l'Allemagne d'après-guerre. Il est convenu, qu'à la suite de l'époque nazie, les tendances morales et rationnelles dominaient l'esprit de la philosophie allemande dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. Il est pertinent, à nos yeux, de penser qu'en réaction aux crimes politiques commis par le Troisième Reich, un certain nombre de juristes, de théoriciens du droit, et des philosophes désormais avait alors décidé d'ouvrir pour de reconstruire le droit sur une base éthique et morale. Concernant l'effet indéniable du facteur politique sur les théories du droit en Allemagne d'après Hitler, le professeur de la philosophie du droit à La Sorbonne, Jean-François Kervégan souligne que :

L'expérience des crimes de masse commis par le régime hitlérien sous l'étendard de la légalité réveilla chez nombre de juristes la vieille idée, honnie par le positivisme, selon laquelle le droit peut être injuste et la légalité illégitime.⁴

À partir de ce fait historique, nous pouvons mieux comprendre pourquoi morale et politique se croisent, voire s'imbriquent constamment dans la philosophie pratique de Habermas.

En ce qui concerne la philosophie du droit, notons, d'abord aller au cœur du sujet, que l'intérêt pour celle-ci est relativement tardif et n'a vraiment pas été une préoccupation centrale dans les œuvres de Habermas avant les années 1980. Certes, on peut trouver dans deux ou trois de ses textes antérieurs à cette période où il aborde certaines questions de nature juridique comme par exemple la question de la légitimité dans *Raison et légitimité* (1973). Cependant, c'est durant les années 1980 que la question du droit devient chez lui une question centrale. À cette époque, la théorie habermassienne de l'activité communicationnelle s'étend progressivement d'une théorie sociale de la rationalité et de l'agir communicationnel à une théorie qui intègre dans son corpus le droit et la démocratie délibérative, en passant bien sûr par l'éthique

de la discussion⁵. Nous supposons donc que l'aspect social de la communication a logiquement conduit Habermas à la morale normative et à l'éthique de la discussion⁶, et que ces deux dernières ont dirigé ses pas vers le domaine du droit. En d'autres termes, nous estimons que Habermas aurait une théorie communicationnelle demeurerait incomplète, du point de vue de la philosophie pratique, s'il n'avait pas traité respectivement le complexe rapport entre morale et droit et entre le droit et la politique. Il est donc tout à fait logique qu'une théorie rationnelle de la communication exige une normativité morale et que celle-ci pose de nouveau la question classique concernant le rapport du droit à la morale.

Pour l'intégrer dans sa théorie de la communication, Habermas consacre deux ouvrages principaux au droit, à savoir *Droit et morale* (1986) et *Droit et démocratie* (1992). Entre celui-là et celui-ci Habermas a évolué et réévalué ses réflexions sur le rapport entre droit et morale comme nous allons le voir.

1- Tanner Lectures

Les *Tanner Lectures*, prononcées en 1986 à Harvard et publiées sous le titre *Recht und Moral (Droit et morale)*, représentent le passage que a mené Habermas de la question morale, qu'il a traitée en 1983 dans *Morale et communication*, au rapport entre le droit, la morale et la politique qu'il a abordée en 1992 dans *Droit et démocratie*.

Cet ouvrage se compose de quatre conférences ; dans la première, il étudie et discute la théorie de Max Weber sur le rapport complexe entre la légalité et sur le que, dans la deuxième, il adresse dans la deuxième des critiques à l'égard de la théorie du système de Niklas Luhmann au sujet de l'État du droit.

Première conférence où la morale demeure un contenu implicite dans le droit

Dans cette conférence, dont le titre est formulé sous forme de question, «Comment la légitimité est possible sur la base de la légalité ?», Habermas ouvre la discussion relative au rapport complexe entre la morale et le droit en évoquant la question de la légitimité de l'État occidental chez Weber. S'appuyant sur les écrits de ce dernier Habermas résume le schéma de cette conférence et souligne deux points qui nous intéressent en particulier ;

Rappeler l'analyse de Weber sur la déformalisation du droit afin de dégager certaines de ses hypothèses implicites concernant la théorie morale. [...] et [développer], au moins dans ses grandes lignes, la thèse selon laquelle la légalité ne peut puiser sa légitimité que dans une rationalité procédurale ayant portée mo

La thèse principale de Weber examinée ici par Habermas discute ici et vis-à-vis de laquelle il définit sa position à l'égard du rapport droit/morale est la suivante ; «c'est la rationalité inhérente à la forme juridique elle-même qui engendre la légitimité du

pouvoir exercé dans des formes légales». ⁸. Habermas explique, qu'en faisant de la rationalité la seule garantie de la légitimité, Weber déclare la nécessaire séparation entre la morale et le droit :

Partant de cette prémisse, la forme juridique ne peut tirer sa force de légitimation d'une affinité du droit avec la morale. Le droit moderne doit donc être capable de ne légitimer la domination exercée sous les auspices de la forme juridique que sur la base de ses propres qualités formelles.⁹

En effet, Weber ne se contente pas d'insister sur l'autonomie du droit moderne et, en conséquence, sur son indépendance vis-à-vis de la morale puisqu'il va même jusqu'à considérer celle-ci comme une menace potentielle pour le droit moderne si elle se mêlerait de à nouveau avec lui. À ses yeux, cette *liaison dangereuse* menace la rationalité du droit, voire la légitimité demoderne.

Orermas ne voit pas les choses de cette manière. il explique son avis sur le sujet tout en confirmant que, «la domination exercée sous les formes d'un droit positif en quête de justification doit constmment sa légitimité à un contenu moral implicite présent dans les qualités formelles du droit.» ¹⁰ Il est clair qu'en évoquant le contenu moral implicite du droit, Habermas fait allusion à l'éthique de la discussion qu'il avait élaborée ailleurs.¹¹ S'il insiste sur le contenu moral implicite dans le droit en affirmant que droit et morale s'interpénètrent¹², Habermas ne cherche pas pour autant à effacer les limites entre ces deux *domaines*. Il souligne que e fas, à vrai dire, brouiller les frontières entre droit et morale.¹³ Mais cela ne signifie veut pas dire non plus, selon *Tanner Lectures*, qu'il y a une distinction décisive entre les deux *types* ; car si les procédures juridiques du droit moderne se détachent de plus en plus des exigences de l'éthique, sans celle-ci, l'id justice sera que droit positif et des lois injustes parfois dans certaines circonstances ou, en si nous empruntons ant les terme de Jacques Derrida, nous dirons qu'il y aura du droit conditionnel, mais pas de justice inconditionnelle.

Donc, contrairement à Max Weber, mais aussi à Hans Kelsen, Habermas (dans *Tanner Lectures*) n'est pas pour désolidariser le droit de la morale et, de la sorte, il fait partie des philosophes qui insistent sur l'affinié et l'interdépendance des deux nes. À l'exemple de Weber, Habermas est persuadé que le droit, à l'épreuvede la moi européenne, a étéa éé 'objet des processus d'autonomisation. Mais contrairement à Weber, il déclare,juge , dans cette conférence,, que le droit n'est pas complètement autonome et que son indépendance demeure partielle puisque la morale l'habite de l'intérieure en tant que contenu implicite.

Pensant avec Weber contre Weber, Habermas conçoit sa théorie du droit dans *Tanner La base morale et (II) en rapport avec la politique démocratique*, tout en s'appuyant sur et tout cela au moyen de sa théorie de la communicatiant celle-ci, élaborée par Karl-Otto Apel et lui-même, à la théorie contractuelle de John Rawls et à

celle la théorie de la réciprocité universelle de Lawrence Kohlberg, Habermas donne l'avantage à la première. Il explique qu'il suffit d'avoir des candidats sérieux dans un contexte bien établi pour qu'ils produisent, au moyen de l'éthique de la discussion, une théorie procédurale de la justice. Selon lui, c'est de la sorte que le droit *procéduralisé* et la fondation morale renvoient l'un à l'autre¹⁴. Il justifie cette idée dans les termes suivants :

la légalité ne peut produire de la légitimité que dans la mesure où l'ordre juridique réagit de manière réflexive au besoin de fondation qui s'est développé avec le passage au droit positif, et ce d'une manière telle que des procédures de sion iques se sont institutionnalisées qui sont *perméables* aux discussions morales.¹⁵

Toutefois, en défendant la une place pour de la morale communicative dans le système du droit positif, Habermas est conscient du fait que l'institutionnalisation juridique moderne limite, sinon interdit, l'intégration des accords issus des argumentations morales et des délibérations juridiques. Pour cea, il anticipe sur une idée qu'il va reprendre et élaborer dans *Droit et Démocratierale* délibérative, formelle et procéduralisée qui, dans *Tanner Lectures*, c'est la morocéduralisée qui instaure le droit et le transcende en même temps¹⁶. C'est ainsi en tout cas que nous comprenons ce qu'il veut dire parinterprétons son usage de «idéalisation» et de «nécessité transcendantale» dans la citation suivante :

Aucune de ces procédures ne peut aller à son terme sans idéalisation même s'il est possible de montrer que celles-ci – telles les présuppositions communicationnelles de la pratique argumentative – sont, dans le sens d'une nécessité transcendantale faible, incontournables ou sans solution dplacement.¹⁷

Ainsi, selon *Droit et Morale*, l'idéalisation éthique¹⁸ du droit est indispensable, même si elle risquerait de perturber ait la décision rigoureuse et la normativité du jugement.

Deuxième conférence où la morale joue le rôle d'intermédiaire entre droit et politique

À partir d'une reconstruction pratico-morale, Habermas retrace l'évolution du droit en Europe depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours. Au terme de cette révision, il constate qu'au cours de son évolution, le droit a engendré des forces politiques dominantes qui ont fini par l'utiliser pour leurs propres fins. De la sorte, un nouveau rapport de force est né, mais cette fois entre la politique dominante et le droit. Habermas expose ce problème dans les termes suivan :

Il semble que le développement archaïque du droit ait permis l'apparition d'une force de domination politique où le pouvoir étatique et le droit étatique se constituaient réciproquement. Mais, compte tenue d'une telle constellation, on imagine mal que le droit puisse être jamais ni

totalemment absorbé par la politique ni totalement dissocié d'elle. ¹⁹

Cette citation nous n laquelle Habermas relie ici le droit à la politique de la même façon qu'il avait relié le droit à la morale, c'est-à-dire selon un rapport de dépendance et à la politique. Il reste à remarquer que la morale demeure inhérente au droit «son contenu implicite», tandis que la politique est extérieure à lui, autrement dit un contexte dans lequel s'est développé et s'est constitué le droit moderne.

Par ailleurs, dDans la e conférence encore, Habermas continue à contester l'idée de l'autonomie du oit moderne ou saon dépendance entière de la politique de la morae où il soulignante :

On parviendrait à la même conclusion [abandonner à la fois nos concepts du droit et nos concepts du politique] pour la conception opposée selon laquelle le droit positif pourrait maintenir son caractère normatif par ses propres forces, autrement dit grâce aux efforts théoriques d'une justice fidèle à la loi mais devenu indépendante de la politique et de la morale. ²⁰

De la sorte, Habermas s'oppose sans détour à la positivité juridique qui exige l'indépendance du droit vis-à-vis de la morale, mais aussi de la politique. Contrairement au positivisme, Habermas affirme que la conscience morale avait joué un rôle de conciliateur entre le droit et la politique. Selon lui ce rôle intermédiaire avait libéré le droit de la domination politique exercée p l'État. À ce propos il déclare ;

De plus, on peut montrer que certaines structures de la conscience morale ont dû jouer un rôle important dans la réalisation de la symbiose entre droit et pouvoir étatique. La conscience morale joue d'ailleurs un rôle analogue dans le passage du droit traditionnel au droit positif profane, garanti par le monopole étatique de la force et mis à la disposition du législateur politique. Le lien de la politique et du droit avec la morale génère l'aspect de l'indisponibilité qui, jusque dans le droit moderne, constitue un contrepois indispensable à l'instrumentalisation politiqueu médium juridique.²¹

Il est évident que Habermas va confier le rôle du médium qui règle la tension entre droit et politique à la morale cognitive de la communication ; c'est-à-dire à sa théorie des prétentions à la validité. Selon lui, sa théorie de la communication est apte à régler le problème de la légitimité politique au moyen des argumentations délibératives autant procédurales que consensuelles en confirmant :

Le mode de validité du droit renvoie, d'une part, au fait, politiquement exigé, que l'on obéisse aussi bien à la décision qu'à la contrainte et, de l'autre, à l'attente morale que l'on parvienne à la reconnaissance rationnelle motivée d'une prétention à la validité normative qui ne peut être honorée que par l'argumentation.²²

Habermas va jusqu'à préte morale communicationnelle, basée sur le libre accord, est la solution unique solution qui permet de surmonter la tension entre droit et politique. Sur ce point il indique : «sur cette voie, seules les églementations qui

bénéficient du libre accord de tous peuvent se réaliser.»²³ ; ou encore “ce n’est que sur cet arrière-plan que l’on peut faire une analyse critique la fois du sens normatif et de la pratique effective de telles procédures.».²⁴

C’est ainsi que Habermas présente sa théorie de communication procédurale comme une alternative au positivisme juridique.

Conclusion du *Droit et morale*

Après avoir étudié cet ouvrage de Habermas, nous pouvons en tirer deux remarques concernant le rapport entre le droit et la morale. La première, c’est qu’il aborde la question du droit depuis l’extérieure, (1) à partir d’une problématique morale (dans la première conférence et (2) à partir de la politique la deuxième). Par ailleurs, il nous paraît important de voudrions signaler ici à ce propos que Habermas ne propose pas dans *Tanner Lectures* «une théorie pure du droit» puisqu’il relie le droit à la morale et à la politique dans des sociétés modernes démocratisées et sécularisées²⁵. Ainsi, le Habermas de 1986 (nous insistons sur la date parce que certains points seront modifiés dans *Droit et démocratie* par rapport à *Droit et Morale*, comme nous allons voir) fait appel à l’éthique de la discussion et à la politique démocratique pour reconstruire la philosophie du droit. Le deuxième point, c’est que la politique demeure un contexte *externe* au droit, tandis que la morale y demeure *interne*²⁶.

2- *Faktizität und Geltung*: la reconstruction du rapport entre droit et politique démocratisée.

Dans *Droit et Démocratie*²⁷(1992), Habermas reprend, en vue de les ’élaborer, les problématiques qu’il avait déjà abordées dans leurs grandes lignes dans *Droit et morale*, à savoir les rapports du droit à la morale et à la démocratie dans une ère européenne post-métaphysique et sécularisée. Il est convenu que l’œuvre majeure qu’est *Droit et démocratie* cristallise la pensée de Jürgen Habermas concernant la tu droit ; et si on peut considérer *Te Lectures* comme une longue introduction à cette œuvre, nous devons alors signaler que la place qu’y occupait la morale dans cet ouvrage sera par la suite réévaluée, voire considérablement changée dans *Droit et démocratie* comme nous allons le voir.

En dépit de la taille imposante de cet ouvrage (704 pages dans sa version originale allemande) et les divers thèmes qu’elle aborde, la place du rapport entre morale et droit est curieusement minimale par rapport à celui entre le droit et la démocratie, l’axe principal de ce livre. Ce que nous abordons dans cet article est le rapport entre droit et morale, nous nous limitons à l’étudier cet aspect de l’œuvre et d’examiner les changements qu’il subit dans cette gr**Le rapport entre droit et morale dans *Faktizität*.**

Dès la deuxième page de la préface de cette œuvre, Habermas nous expose sa pensée concernant le rapport du droit à la morale. C’est ainsi qu’il écrit.

jj'y introduis certaines hypothèses fondamentales de l'éthique de la discussion que j'ai développées ailleurs. Mais j'en arrive à une détermination du rapport complémentaire entre morale et droit, qui diffère de celle que je proposais dans mes récentes *Tanner Lectures*.²⁸

De quelle nouvelle détermination entre ces deux *domaines* Habermas parle-t-il ici ? Quelle nouveauté *Droit et démocratie* apporte-t-il à ce sujet par rapport au *Droit et morale* ? Afin de répondre à ces deux questions, nous allons suivre de près les arguments que développe Habermas dans ce livre imposant.

Bien plus loin de cette allusion faite dans la préface, et plus précisément dans la deuxième partie du troisième chapitre intitulé «Reconstruction du droit»²⁹, Habermas tente de «clarifier la relation du droit et de la morale» en partant de l'hypothèse selon laquelle les deux domaines sont «deux types de normes pratiques distincts mais complémentaires.»³⁰ Cette distinction et cette complémentarité allongent de la position de la morale, *dans* le système du droit, par rapport à celle déjà théorisée par ce que Habermas a théorisé dans *Tanner Lectures*.

Habermas développe ses arguments en expliquant que l'éthique de la loi et le droit traditionnel étaient imbriqués l'une dans l'autre au sein des sociétés globales, mais droit et morale ont commencé à se différencier lorsque les fondements sacrés du droit – dans lesquels s'imbriquaient droit, morale et moralité sociale – ont été remis en question lors de la modernité européenne. Celle-ci a donné naissance à des sociétés complexes dans lesquelles «la morale ne parvient bel et bien à une effectivité qui excède la sphère de la proximité que dès l'instant où elle peut être traduite dans les termes du code juridique.»³¹ C'est ainsi que, le droit est devenu autonome.

Nous remarquons donc que dans *Droit et démocratie* Habermas opte pour l'autonomie du droit moderne, tendance qu'il avait contestée dans *Droit et Morale*. En d'autres termes, la hiérarchie selon laquelle la morale transcende le droit disparaît et cède la place à un nouveau rapport de complémentarité co-originaire entre les deux domaines. Repérons ce déplacement de force entre droit et morale dans la citation suivante :

Mais cette référence morale ne doit pas nous conduire à placer la morale au-dessus du droit comme s'il existait une hiérarchie normative. L'idée d'une hiérarchie des lois appartient au monde du droit prémoderne. La morale autonome et le droit positif qui demande à être fondé en raison entretiennent bien plutôt une *relation de complémentarité*.³²

On voit donc clairement que l'éthique, qui transcendait le *Droit et Morale*, n'a plus de place «au-dessus du droit» dans *Droit et démocratie*.

De même, ce que ce texte apporte de nouveau également à propos du rapport entre le droit et la morale, c'est que la morale cesse d'être un contenu implicite dans le droit. Désormais, elle est complètement extériorisée au droit et n'a plus de lien interne avec lui. Habermas différencie la sphère de la morale qui, selon lui, se limite, dans la

modernité, à représenter le savoir culturel de la sphère du droit qui y est entièrement institutionnalisée.

En dépit de leur référence commune, morale et droit se distinguent en premier lieu par le fait que la morale post-traditionnelle ne représente qu'une forme de savoir culturel alors que le droit acquiert en même temps, au plan institutionnel, une force d'obligation. Le droit est non seulement un système symbolique mais encore un système d'action.³³

Or, contrairement aux *Tanner Lectures* où le droit s'inspire de la morale, il est, dans *Droit et démocratie*, séparé de sa base morale normative. La raison de cette séparation est due, d'après J-F Kervégan, à la tension entre factualité et validité, sur laquelle Habermas insiste dans cet ouvrage, et qui interdit «de prendre la normativité éthique ou morale pour modèle du droit, comme ce fut la tentation du courant dominant du jusnaturalisme moderne.»³⁴

Karl-Otto Apel, quant à lui, déplore le fait que la normativité morale sur laquelle se fonde *Droit et morale* cède la place dans *Droit et démocratie* à une normativité juridique se constituant d'une manière procédurale dans un contexte politique de la démocratie moderne. Apel, souligne sur ce point que, dans ce livre,

Habermas ne conteste pas seulement la fondation pragmatique-transcendantale ultime de l'éthique, mais, de manière générale, l'implication immédiate du principe moral dans le principe de la discussion ; celui-ci, désormais, doit même être 'moralement neutre'. De la sorte, l'éthique de la discussion cesse, chez Habermas, d'être la discipline de base de la philosophie pratique.³⁵

Et en conséquence,

C'est le concept originaire de la 'pragmatique universelle' qu'Habermas abandonne. Mais ce que l'on perd ainsi, selon moi, c'est avant toute chose la possibilité même d'une fondation pragmatique-transcendantale de l'éthique grâce à une réflexion sur les présuppositions incontestables de l'argumentation.³⁶

Entre la tension qui marque le rapport entre factualité et normativité et en vue d'établir la relation qui existe entre une morale et un droit devenus distincts l'un de l'autre, Habermas propose la théorie de l'activité communicationnelle comme un médium qui ne règle pas seulement, selon lui, la tension entre factualité et validité, mais aussi entre les conceptions sociologiques – dont la réalité devient cynique et le droit devient marginal – et les conceptions philosophiques qui s'éloignent «de la réalité des sociétés contemporaines qu'elles ont du mal à spécifier les conditions qui permettraient de réaliser ces principes.»³⁷ Là encore, s'interpose donc la théorie de la communication habermassienne en tant qu'intermédiaire où la co-originalité se traduit par le principe de discussion le «principe D» qui se représente, dans, la procédure qui produit les normes d'action. Par ailleurs, ce principe D demeure neutre à l'égard de

la distinction entre le principe moral «principe U» (bâti sur la base de l'universalisme moral kantien) et le principe juridique de l'institutionnalisation démocratique. Ainsi, selon Habermas, la discussion produit des normes «moralement neutres», comme le montre la notion de la «bifurcation» dans *Droit et démocratie*.

En détachant le droit de son origine morale et de l'éthique, Habermas souligne que, au moyen de la théorie de la discussion, la conception du droit «navigate entre les écueils du positivisme juridique et du droit naturel»³⁸.

Conclusion

À vrai dire l'évolution de la pensée de Habermas à propos du rapport morale/droit entre *Droit et morale* et *Droit et démocratie* est analogue, en quelque sorte, à celle de Kant entre l'«Introduction» à la *Métaphysique des mœurs* et la *Doctrine du droit*. Rappelons que Kant dans la *Métaphysique des mœurs* accède au droit à partir de la loi morale, tandis qu'il limite, dans *Doctrine du droit*, le rôle des concepts moraux fondamentaux et accorde plus d'autonomie aux lois juridiques. En termes moins précis, on pourrait dire que le primat de la morale sur le droit se renverse entre les deux textes kantien. En effet, si on fait abstraction de l'arsenal conceptuel moderne qu'emploie Habermas, on constate qu'il emprunte le même cheminement entre *Droit et morale* et *Droit et démocratie*.

Malgré les multiples approches sociales, culturelles et institutionnelles et les distinctions qu'il fait entre morale, moralité, droit, validité juridique, etc., Habermas ne justifie pas pleinement, à nos yeux, la raison pour laquelle il prive l'éthique de sa transcendance qui sert à idéaliser le système du droit et à guider ses orientations.

Étant considéré comme l'une des œuvres les plus marquantes, non seulement parmi les écrits de Habermas, mais également dans l'histoire intellectuelle de la Théorie Critique, *Droit et démocratie* conserve, d'après nous, une tendance conciliatrice avec l'état actuel des choses et représente une pensée conservatrice. En limitant la place de l'éthique au sein du système du droit et en s'approchant du positivisme juridique, Habermas – malgré sa proposition originale du paradigme procédural de la démocratie selon lequel tous «participeraient à l'interprétation de la Constitution»³⁹ – ne fait que livrer le droit aux structures écrasement institutionnalisées dans les sociétés modernes.

En fait, et sans partager son positivisme *soft*, nous souscrivons à l'avis de J-F Kervégan qui conclut, à propos de ce travail de Habermas, par cette remarque lucide,

[il] n'a d'autre effet que la légitimation de l'état de chose existant, en l'espèce, 'l'État social de droit' que la RFA se donne pour norme constitutionnelle d'être, et qu'elle abandonne ainsi le potentiel critique et l'orientation émancipatoire de la théorie critique, pourtant soulignés par ses premiers travaux.⁴⁰

Nous avons déjà essayé de démontrer ailleurs⁴¹ qu'en défendant le projet de la

modernité, Habers a produit un discours philosophique antimoderne, vorice conservateur. Là, aussi, et en ce qui concerne la philosophie du droit, et au nom de la rigueur du normativisme, l'éthique cède la place à la morale, la justice au droit et l'idéalisation à la densité étouffante du réel.

Endnotes

- 1 On distingue d'une manière générale entre «la philosophie du droit» et «la théorie du droit». Celle-là doit son nom et sa fondation aux *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, tandis que celle-ci provient principalement de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen qui insiste sur cette distinction. La première, ayant un caractère spéculatif, elle étudie les principes et les concepts qui consistent le droit. Cependant la deuxième s'intéresse à la structure rationnelle ou à la hiérarchie des normes du droit, c'est-à-dire au droit *tel qu'il est*. Or, cette distinction ne fait pas l'unanimité des juristes, des philosophes ou des théoriciens du droit. Entre, d'une part, une philosophie du droit qui a une portée idéale, et, d'autre part, une théorie du droit qui veut faire de celui-ci une science *exacte* et autonome, nous pourrions qualifier le traitement de Habermas pour le droit dans *Tanner Lectures* de philosophie du droit, tandis que son approche comme elle se manifeste dans *Droit et démocratie* de théorie du droit. Ce choix sera justifié au cours de cette recherche.
- 2 Dans leur *Introduction générale au droit*, Sophie Druffin-Bricca et Laurence-Caroline Henry recourent à l'image de deux cercles afin d'expliquer le rapport complexe entre la morale et le droit en notant : «chez certains, ces deux cercles sont concentriques, car ils considèrent que le droit est entièrement absorbé par la morale. D'autres prétendent que ces cercles sont sécants. Il y aurait alors trois catégories de règles : les règles morales sans dimension juridique, les règles juridiques sans dimension morale, et à l'intersection, on, les règles morales ayant une application juridique. Enfin, certains avancent l'hypothèse que ces cercles sont strictement séparés. Cependant, cette dernière thèse admet trop d'exceptions pour être valide. On peut donc dire que le droit et la morale ont des domaines d'application distincts, et qu'ils sont séparés, mais ils ont aussi des points de contact : on ne peut par conséquent parler ni de séparation, ni de confusion. Enfin, si la morale peut être le fruit d'une seule personne, et ne s'appliquer qu'à elle, le droit, en revanche, n'apparaît que dans une société.» voir : Sophie Druffin-Bricca, Laurence-Caroline Henry, *Introduction générale au droit*, Paris, Gualino Editeur, 2009, p. 8-10.
- 3 On peut déduire l'intention de filtrer le droit de tout ce qui pourrait le contaminer ou se mêler à lui ou entacher sa pureté dès le titre de son fameux ouvrage *Théorie pure du droit* dont le mot «pure» employé dans le titre laisse penser à cette filtration. Celle-ci est confirmée dès les premières pages de ce livre où il distingue le droit de la morale, d'un côté, et des sciences de la nature de l'autre côté. Il revient pour affiner la distinction entre morale, éthique, droit et science du droit dans le chapitre intitulé «Law and Morals» (*Droit et morale*), p. 59-69 dans Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, translation : Max Knight, California, University of California Press. 1967.

- 4 Jean-François Kervégan, «Quelques réflexions critiques sur Dworkin et Habermas», dans H. Benthouami, N. Grangé, A. Kupiec, J. Saada (dir.), *Le souci du droit : où en est la théorie critique?*, Paris, Sens & Tonka, 2010, p. 109-116
- 5 Habermas fait allusion à l'évolution de sa pensée dans la préface qu'il a consacrée à l'édition française de la *Théorie de l'agir communicationnel* en déclarant «avec la publication des *Christian Gauss lectures*, j'ai entre-temps mis à profit quelques éléments philosophiques susceptibles de fonder le changement de paradigme qu'à l'exemple de la voie menant de Husserl à Wittgenstein, j'indiquais à propos du passage de la théorie de la conscience à la théorie de la communication. [...] Actuellement, je réfléchis sur le rapport complexe entre droit, morale, et éthicité (*Sittlichkeit*), et je vérifie mes thèses sur l'extension du droit, peut être peut-être trop tranchées. Enfin dans le contexte du discours philosophique de la modernité, j'ai à nouveau traité du concept du Moderne, ici introduit dans le cadre d'une théorie de la société.» Voir : J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome I, trad : J. M. Ferry, Paris, Fayard, 1987, p. 9-10.
- 6 L'évolution de la pensée éthique de Habermas l'a mené à distinguer entre morale et éthique comme le résume Bouchindhomme ainsi, «la *morale* en effet est concernée par l'élaboration et l'examen critique des *normes*, c'est-à-dire des règles d'action qui sont susceptibles d'être acceptées universellement en vertu d'une réversibilité réciproque des rôles et des positions – en tant que telles, elles répondent avant tout aux critères d'une vie *juste* ; l'*éthique* est quant à elle concernée par l'élaboration et l'examen des *valeurs*, c'est-à-dire des règles permettant de fixer les conditions d'une vie bonne pour soi ou pour le groupe auquel on s'identifie. La morale ne propose pas de mode de vie, et elle est universalisable ; l'éthique propose un mode de vie et renvoie essentiellement à une identité.» Christian Bouchindhomme, *Le Vocabulaire de Habermas*, Paris, Ellipses, 2002, p. 46.
- 7 Jürgen Habermas, *Droit et Morale*, trad : Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, Paris, Cerf, 1988. p. 16-17.
- 8 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Cologne, chap. III, § 2, p. 160 sq ; cité dans Habermas, *Droit et Morale*, *op.cit.*, p. 15.
- 9 Habermas, *Droit et Morale*, *op. cit.*, p. 15-16.
- 10 *Ibid.*, p. 44.
- 11 Notamment dans *Morale et communication* (1983) et *De l'éthique de la discussion* (1991).
- 12 Habermas, *Droit et Morale*, *op. cit.*, p. 50.
- 13 *Ibid.*, p. 47.
- 14 *Droit et Morale*, p. 46. Habermas attribue cette procéduralité non seulement au droit, mais aussi à la morale formelle qui demeure, selon lui, un contenu implicite dans le droit. Il confirme que «la morale formelle, qui non seulement fait pendant au droit mais encore se fixe en lui, est d'une nature purement procédurale ; elle s'est dépouillée de tous les contenus

- normatifs définis et s'est sublimé en une procédure de fondation et d'application des contenus normatifs possibles. Ainsi, le droit procédural et la morale procéduralisée sont-ils à même de se contrôler *réciroquement*» dans Habermas, *Droit et Morale, op. cit.*, p. 50-51.
- 15 Habermas, *Droit et Morale, op. cit.*, p. 46-47.
- 16 Selon la distinction que fait Habermas entre morale et éthique nous trouvons pertinent d'envoyer la transcendance à l'éthique, qui demeure dans le sens habermassien comme l'idée directrice chez Kant, et le contenu implicite à la morale, qui instaure les normes et les règles d'action.
- 17 Habermas, *Droit et Morale, op. cit.*, p. 47.
- 18 L'idéalisation éthique du droit est comprise ici dans le cadre de l'éthique de la discussion, c'est-à-dire comme consensus issu des présuppositions pragmatiques de la communication. Cette idéalisation s'explique dans ce que Habermas appelle les actes de parole à propos desquels il indique : «La situation idéale de parole n'est ni un phénomène empirique ni une construction pure et simple, mais une supposition inévitable que nous faisons réciproquement dans des discussions. Cette supposition peut être contrefactuelle, mais ne l'est pas nécessairement ; pourtant, même si elle est contrefactuelle, c'est une fiction qui est opératoire au cours du processus de communication. C'est pourquoi je préfère parler d'anticipation d'une situation idéale de parole. [...] Nous réalisons nos actes de parole, de manière contrefactuelle, comme si la situation idéale de parole n'était pas simplement fictive, mais réelle ; c'est précisément ce que nous appelons une supposition. Le fondement normatif de l'intercompréhension langagière est donc à la fois anticipé et efficace, en tant que fondement anticipé.» voir : J. Habermas, *Logique des sciences sociales et autres essais*, trad : Rainer Rochlitz, Paris, PUF, 2005 chapitre «Théories relatives à la vérité».
- 19 Habermas, *Droit et Morale, op. cit.*, p. 74.
- 20 *Ibid.*, 78.
- 21 *Ibid.*, p. 74.
- 22 *Ibid.*, p. 91.
- 23 *Ibid.*, p. 80.
- 24 *Ibid.*, p. 89.
- 25 D'une certaine manière Habermas s'oppose ici à ce qu'il reproche à Max Weber, à savoir adopter «le point de vue interne de l'évolution du droit». Habermas, *Droit et Morale, op.cit.*, p. 57.
- 26 Notons ici qu'à l'instar de Kant qui développe, selon les propos de Habermas, «dès le départ sa théorie du droit dans le cadre d'une théorie morale», celui-ci constitue sa théorie du droit sur une base morale et éthique. D'après nous, comme chez Kant, le droit positif conserve dans *Tanner Lectures* «un caractère essentiellement moral.» dans Habermas, *Droit et Morale, op.cit.*, p. 81.
- 27 Dans la préface de ce livre, Habermas évoque les circonstances qui ont permis la

parution de ce grand ouvrage en expliquant : «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.» voir : J. Habermas, *Droit et démocrate : . entre faits et normes*, trad : Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 13.

- 28 Habermas, *Droit et démocratie*, *op.cit.*, p. 10.
- 29 «Normes morales et normes juridiques : à propos de la complémentarité entre morale rationnelle et droit positif», dans *Droit et démocratie*, *op.cit.*, p. 120- 135.
- 30 Habermas, *Droit et démocratie*, *op.cit.*, p. 121.
- 31 *Ibid.*, p. 126.
- 32 *Ibid.*, p. 122.
- 33 *Ibid.*, p. 123.
- 34 Jean-François Kervégan, «Quel est le sens de l'autonomie du droit ? A propos du débat Habermas/Luhmann» in E. Renault et Y. Sintomer, *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, p. 135-152.
- 35 Karl-Otto Appel, «La relation entre morale, droit et démocratie. La philosophie du droit de Jürgen Habermas jugée du point de vue d'une pragmatique transcendantale», trad : Jean-François Kervégan, *Les études philosophiques*, no 1, 2001, p, 67-80.
- 36 *Ibid.*
- 37 Habermas, *Droit et démocratie*, *op.cit.*, p. 57.
- 38 *Ibid.*, p. 483.
- 39 *Ibid.*, p. 475.
- 40 J.F. Kervégan, « Quel est le sens de 'l'autonomie du droit' ? A propos du débat Habermas / Luhmann», *Où en est la théorie critique*, *op. cit.*
- 41 Je me permets de renvoyer ici à mon livre, Khaldoun Nabwani, *L'ambivalence de la modernité- Habermas vis-à-vis de Derrida*, Paris : L'Harmattan, 2017.

مجلة فصلية أكاديمية

محكمة تعنى بنشر البحوث

والدراسات القانونية والأشريعة

تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت



مجلة الآتية وقتاً

رئيس التحرير

الدكتور فيصل عبدالله الكندري



الاقتراكات

الاقتراكات	في الكويت	في الدول العربية	في الدول الأجنبية
الأفراد	٣ دنانير	٤ دنانير	١٥ دولاراً
المؤسسات	١٥ ديناراً	١٥ ديناراً	٦٠ دولاراً

المراسلات

توجه جميع المراسلات إلى رئيس التحرير على العنوان الآتي:
مجلة الحقوق - جامعة الكويت ص.ب: ٢٤٩٨٥ الشويخ - ب 70460 الكويت
تلفون: ٢٤٨٣٥٧٨٩ - ٢٤٨٣٧٨١٤ فاكس: ٢٤٨٤٧٨١٤ - ٢٤٨٣١١٤٣
E.mail: jol@ku.edu.kw

عنوان المجلة في شبكة الإنترنت <http://www.pubcouncil.kuniiv.edu.kw/jol>

ISSN 1029 - 6069