

## PROCÉDURALISATION ET INDÉCIDABILITÉ

par

BENOÎT FRYDMAN

FNRS - Université Libre de Bruxelles

Compte rendu de Jacques Lenoble, *Droit et communication* (Paris: Editions du Cerf, Humanités, 1994), 116 pp.

Le projet moderne de reconstruire, sur les débris de la métaphysique et avec le secours de la seule raison, les modalités de notre vivre ensemble, s'incarne historiquement dans deux modèles successifs bien connus. L'état libéral d'abord, fondé sur la théorie du contrat et l'organisation du marché, fait confiance à l'initiative individuelle des sujets libres et égaux, rationnels et calculateurs, pour assurer la régulation optimale de la société. Ce modèle enveloppe le paradigme d'un *droit formel*, prohibant les discriminations, qui mesure la légitimité des normes à l'aune d'un critère principalement syntaxique: le commandement de la loi doit être rédigé en termes généraux et abstraits. Le quantificateur universel de la formule conditionne la validité de l'énoncé. La persistance, sinon l'aggravation, au-delà de l'affirmation de l'égalité formelle des individus, de la différence de leurs situations concrètes, remet toutefois en cause la pertinence du paradigme et nourrit la revendication d'une justice plus substantielle. La réduction effective des inégalités matérielles suppose une politique volontariste dont l'état endosse la responsabilité au nom de la collectivité. L'état providence assure cette nouvelle mission régulatrice par le moyen d'un *droit social*, somme de mesures, savamment calculées par les experts, pour rectifier les déséquilibres de fait résultant du libre jeu des interactions. Ces deux modèles, libéral et social, malgré leur antagonisme souvent virulent, appartiennent pourtant à un genre commun, explique Jacques Lenoble, en tant qu'ils participent d'une vision scientifique et calculatrice, donc déterministe, de la régulation sociale, même s'ils diffèrent dans la localisation, individuelle ou collective, de l'instance rationalisatrice.

Sans renier les acquis de ces modèles, en particulier les principes de

la démocratie moderne et des droits de l'homme, les mutations profondes de nos sociétés et de leurs normes, toujours plus fluides et flexibles, incertaines et insaisissables, rend aujourd'hui nécessaire le passage à une nouvelle phase — à vrai dire déjà entamée — et la formulation d'un nouveau paradigme permettant de penser les spécificités et les enjeux du droit contemporain. Le mouvement de "retour au droit" souvent observé de nos jours trahit une prise de conscience diffuse des transformations en cours, sans toujours en mesurer l'importance. Renvoyant dos-à-dos la tentative illusoire d'un retour à la rationalité calculatrice des tenants de l'analyse économique du droit (*Law & Economics*) et le scepticisme relativiste affiché par les mouvements déconstructionnistes, Jacques Lenoble avance l'hypothèse de l'émergence d'un nouveau paradigme, le *droit procédural*, dont la philosophie de la communication, en particulier dans la mouvance de Jürgen Habermas, fournit, en première instance, la meilleure approximation théorique. Lenoble, tandis qu'il se range sans ambiguïté dans le camp procédural, n'en exprime pas moins de sérieuses critiques, et par suite propose d'importants aménagements, aux développements consacrés par Habermas au droit, spécialement dans *Faktizität und Geltung*.<sup>1</sup> Son essai apparaît donc comme une discussion interne à la famille procédurale de la question du droit, un peu à l'image du débat intervenu depuis, dans un autre domaine, entre Habermas et Rawls, à l'occasion de la publication de *Political Liberalism*.<sup>2</sup>

Rappelons que, selon Habermas, les questions pratiques, en particulier celles qui touchent à la justice, ne peuvent être résolues ni par la formalisation des énoncés, ni lors d'une improbable confrontation de ceux-ci avec ce qu'ils sont censés dénoter. Syntactiquement et sémantiquement, elles sont indécidables, et la raison outrepassé ses droits quand elle prétend les résoudre sur ces plans. La rationalité pratique, de substantielle doit se faire procédurale, et, renonçant à désigner elle-même le juste, s'attacher pleinement mais exclusivement à édicter les règles d'une libre discussion de ces questions entre les personnes concernées. Le juste, autrement dit ce qui est également bon pour tous, sera idéalement défini par l'accord obtenu au terme d'un

<sup>1</sup> Frankfurt: Suhrkamp, 1992. Traduction anglaise: *Between Facts and Norms* (Cambridge, Polity Press, 1996).

<sup>2</sup> J. Habermas, "Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's *Political Liberalism*", *Journal of Philosophy* 42 (1995), 109-131; J. Rawls, "Reply to Habermas", *Journal of Philosophy* 42 (1995), 132-180.

débat transparent et contradictoire, mené sans violence, selon la loi du meilleur argument. La validité d'une proposition normative n'est garantie que par son acceptabilité en connaissance de cause par tous les membres de la communauté. Quoique les conditions de cette situation idéale de parole soient rarement réunies dans la pratique, où les acteurs poursuivent leurs desseins stratégiques, elle n'en exerce pas moins un rôle contrefactuel mais effectif, en contraignant celui qui propose une norme et doit donc convaincre ses interlocuteurs de son bien-fondé, à argumenter à l'horizon des contraintes rationnelles imposées par l'échange communicationnel. L'indécidabilité sémantique se trouve ainsi pragmatiquement résolue par la perspective idéale d'un accord obtenu au terme d'une procédure rationnelle.

C'est précisément sur ce dernier point que Lenoble soumet la logique communicationnelle de Habermas à une critique capitale et lourde de conséquences. S'il entérine la position heuristique privilégiée de l'échange langagier, il conteste que cet échange puisse jamais générer, même idéalement, les modalités d'un savoir univoque. Loin d'épuiser l'ambiguïté sémantique des propositions normatives, la communication redouble au contraire celle-ci d'une *indécidabilité pragmatique* irréductible. La communication n'a pas pour horizon, comme le pense Habermas, la possibilité, même idéale, d'aboutir à l'accord univoque des interlocuteurs mais, au contraire, elle s'alimente de l'indépassable incertitude de ceux-ci quant à leurs intentions réciproques. Cette impossible entente rend nécessaire la mise au point de *conventions de substitution* qui réalisent des accords toujours instables, précaires, créant eux-mêmes les conditions de leur dissolution potentielle. Ces conventions appellent par conséquent de perpétuels approfondissements, réinterprétations et remises en cause. Telle est en substance la thèse lourde de *Droit et communication*. Celle-ci s'appuie explicitement sur les travaux de Pierre Livet, dans le domaine de la pragmatique, qui montrent précisément comment la coopération sociale s'opère et se dynamise non pas grâce à l'entente parfaite des membres de la communauté mais, à l'inverse, toujours dans l'incertitude indépassable de chacun quant aux intentions d'autrui. On ne peut que renvoyer, à la suite de Jacques Lenoble et avec la même chaleur, à l'excellent ouvrage *La communauté virtuelle. Action et communication*, dans lequel Livet procède à une discussion approfondie et très informée de ces questions.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> P. Livet, *La communauté virtuelle. Action et communication* (Combas:

Il nous reste quant à nous à envisager l'incidence du modèle communicationnel, dans les deux variantes esquissées ci-dessus, sur l'analyse de l'appareil politico-juridique et de son fonctionnement. Pour Habermas, la raison procédurale impose surtout, et cette exigence apparaît clairement dès la *Théorie de l'agir communicationnel*,<sup>4</sup> un approfondissement des procédures démocratiques de délibération de nature à garantir la participation la plus large des citoyens à la discussion effective des normes. Il appartient en aval à l'administration et aux juges d'appliquer les règles dont les juges ont pu vérifier que leur élaboration a obéi aux règles de l'éthique de la discussion et qu'elles sont donc valides. Cette conception recoupe la distinction dworkinienne *policy/principle* et plus généralement la dichotomie fondamentale entre le moment de la justification de la règle et celui de son application, que la séparation des pouvoirs traduit au niveau institutionnel. Elle ouvre la voie à la recherche par le magistrat, saisi d'une contestation et amené à interpréter la loi, de la bonne réponse (*right answer theory*), univoque, dont l'idéal régulateur de l'entente offre la promesse. Dans *Faktizität und Geltung*, Habermas se borne en définitive, observe Lenoble, pour rendre compte du raisonnement judiciaire, à procéduraliser les thèses de Dworkin, sur les traces des travaux de Günter. Le grand philosophe allemand manque ainsi l'impact réel du modèle de la communication dans le domaine proprement juridique et ne prend pas la vraie mesure des réaménagements qu'annonce la procéduralisation du droit.

Pour Lenoble, l'erreur gît dans l'idéal d'un accord sur la norme non seulement obtenu mais finalisé dans le moment délibératif de son élaboration. La thèse de l'indécidabilité pragmatique permet de corriger cette image déformante et de concevoir la règle légale comme une convention imparfaite et provisoire, dont la validité peut être soumise non seulement à vérification mais à réévaluation au cours des débats judiciaires et, en tout cas, qui requiert une nouvelle délibération pour en approfondir la signification, elle-même non décidable rationnellement de manière univoque. Cette seconde perspective amène, contrairement à la première, à nuancer le dogme de la séparation des pouvoirs et à reconnaître, dans les délibérations politiques et judiciaires, l'intervention d'un raisonnement ou d'une

---

Editions de l'éclat, 1994).

<sup>4</sup> Traduction française: Paris, Fayard, 1987, 2 vols.

argumentation de nature similaire. Le phénomène bien observé de la "constitutionnalisation" du droit positif en fournit une illustration. Les justiciables remettent de plus en plus souvent en cause, à l'occasion des litiges dans lesquels ils sont impliqués, la validité de la norme qu'on prétend leur opposer, en tant que celle-ci porterait atteinte à un de leurs droits fondamentaux, et requièrent un contrôle de constitutionnalité, opéré tantôt à l'intervention d'une juridiction spécialisée (systèmes européens continentaux), éventuellement saisie d'une question préjudicielle, tantôt directement par les juridictions ordinaires (système américain). Ces contrôles mobilisent fréquemment un test de *proportionnalité* qui, nous apprend Lenoble, constitue la forme procédurale du principe d'égalité. Il ne s'agit plus seulement de vérifier que la disposition attaquée n'instaure pas en tant que telle une discrimination formelle entre les sujets de droit ("égalité en droits"). Dans le test de proportionnalité, le juge est saisi du choc entre deux droits fondamentaux — la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée par exemple — indécidables quant à leur contenu ultime, et apprécie dans quelle mesure la mise en oeuvre du premier peut prévaloir sur l'application du second ou limiter sa portée. La solution du litige particulier contraint le juge à une pesée relative des droits en cause et des valeurs qu'ils protègent laquelle, selon Lenoble, ne serait pas différente dans son principe de l'appréciation portée par le législateur (*matter of policy*) lors de l'adoption de la norme soumise au contrôle. Habermas critique pour sa part l'usage réitéré par les cours constitutionnelles de cette méthode qui s'identifie souvent à une pesée des intérêts en présence (*balance of interests*), caractéristique d'un raisonnement de type stratégique (maximisation des profits), incompatible avec la rationalité communicationnelle. Certaines décisions récentes de la Cour européenne de Strasbourg, en particulier les arrêts *Otto-Preminger Institut* (liberté d'expression vs liberté de culte) et *Jersild* (liberté d'expression vs répression des propos racistes) donne effectivement quelques inquiétudes quant aux dérives auxquelles peut conduire l'utilisation pernicieuse du mécanisme de la mise en balance des intérêts dans le domaine des droits de l'homme.<sup>5</sup>

Mais la thèse de l'indécidabilité pragmatique ne se borne pas à

<sup>5</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 20/9/94 (*Otto-Preminger-Institut c. l'Autriche*) et 23/9/94 (*Jersild c. le Danemark*), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, 456-467 et 469-485, ainsi que les analyses éclairées de Fr. Rigaux et Guy Haarscher, *idem*, 401-415 et 417-422.

bousculer la répartition des tâches entre le législatif et le judiciaire, elle impose en outre de penser à nouveau frais le rôle et le fonctionnement du judiciaire lui-même. En effet, si l'idéalisation de l'accord au niveau de la délibération ne garantit plus, fusse de manière simplement régulatrice, l'accessibilité du juge, par les voies de la raison, à la meilleure application des normes, alors le modèle du juge herculéen, sur les épaules de qui repose tout le poids de la décision juste, n'apparaît plus recevable. Dans le paradigme du droit procédural, le rôle du juge est appelé à se transformer considérablement. Il n'est plus, au premier chef, chargé de trancher le conflit sur la base de son autorité (décisionnisme) ou de sa science, mais doit avant tout engager les parties à collaborer pour arriver elles-mêmes à un règlement satisfaisant, tout en arbitrant les débats afin de garantir le bon déroulement du processus de délibération. Le droit procédural rend ainsi compte des fameux "modes alternatifs de règlement des conflits" (médiation, conciliation, négociation, etc.) qui prolifèrent avec une rapidité surprenante, notamment dans les secteurs du droit familial, pénal, du droit administratif et économique. Le magistrat n'a plus ici à définir le contenu des droits mais plutôt à vérifier que tous les intéressés peuvent prendre, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, une part active à la discussion qui prépare la décision, tout en veillant au respect par chacun des contraintes argumentatives afin de déjouer, dans la mesure du possible, les manipulations. Bien sûr, les questions à régler demeurent indécidables et les débats risquent de s'éterniser. Il faut donc mettre en place des mécanismes décisionnels mais ceux-ci doivent laisser tout l'espace disponible au débat ouvert et argumenté. Lenoble observe en pratique la multiplication de tels "lieux d'échange communicationnel" au sein des différentes zones de pouvoir. Les juges contribuent déjà activement à cette extension. Ainsi, le contrôle judiciaire marginal de la légalité des actes administratifs discrétionnaires, qui vérifie notamment le caractère sérieux de leur motivation, démontrant la prise en considération des points de vue des différents intéressés, stimule les progrès dans la voie de la procéduralisation de l'action administrative.

*Droit et communication* met clairement en évidence le nécessaire redoublement à l'échelon judiciaire de la délibération ouverte au niveau législatif. La raison juridique contemporaine redécouvre les mérites du procès et de la contradiction que la modernité avait refoulé, au nom d'une conception monologique et déterministe de la vérité, réduisant

la procédure judiciaire à l'acte qui la clôt, à savoir le jugement, et ce dernier à un calcul logique dérivé nécessairement de la loi. Dans le paradigme procédural, la distinction entre l'élaboration et l'application s'estompe et le droit se déformalise. Chacun des acteurs de la vie sociale, privé ou public (y compris l'état lui-même), se voit contraint en permanence de s'investir dans des procédures d'argumentation et de négociation afin de d'établir ou d'aménager, de manière provisoire, des conventions qui définissent les modalités normatives d'une coopération sociale, elle-même indécidable et soumise sans cesse à réinterprétation et à révision. Le changement de paradigme s'accompagne d'un recentrage de la théorie du droit. De même que le législateur avait dû, au cours du 20<sup>ème</sup> siècle, céder la vedette au juge, ce dernier s'efface à son tour pour laisser les parties elles-mêmes occuper la majeure partie de l'espace scénique.

Cet essai de qualité témoigne également de la diversité des points de vue développés au sein de la famille procédurale et donc de sa vitalité, de l'importance du paradigme procédural pour la compréhension du droit contemporain et du rapprochement de plus en plus étroit entre la philosophie pragmatique et le domaine juridique. A cet égard, il faut saluer, au-delà de l'ouvrage de Jacques Lenoble, l'ensemble de la collection dans laquelle il est publié. Cette collection *Humanités* éditée, sous la forme de courts essais philosophiques, toniques et accessibles, des travaux qui semblent partager le souci de concrétiser la pensée procédurale en la confrontant à des sphères d'application concrètes (politique, juridique, sociale, médiatique ...). On recommandera pour débiter la lecture de *Philosophie de la Communication* (1994, 2 vol.) par Jean-Marc Ferry, directeur de la collection, qui constitue une excellente introduction aux questions, débats et enjeux qui animent aujourd'hui la "galaxie" procédurale.