

ARTICLE

LE DROIT SELON LE MODÈLE DE LA LOI DE LA LOI : LES LIMITES DE LA THÉORIE DE LA RECONNAISSANCE DE HONNETH ET DE L'INTERPRÉTATION ANTHROPOLOGIQUE DU DROIT DE SUPLOT

par Jacques LENOBLE*

Cet article montre les limites de la démarche épistémologique privilégiée par la théorie de la reconnaissance d'Axel Honneth. Pour interroger cette démarche, l'auteur s'intéresse à la conception anthropologique du droit d'Alain Supiot qui subordonne, tout comme la théorie de la reconnaissance, la possibilité du droit à une condition qui lui est extérieure, à une métarègle, une loi de la loi. En s'appuyant sur un principe extérieur qui en garantirait l'opérativité et l'effectivité, le droit ainsi pensé présuppose la capacité du social à s'auto-transformer en fonction des exigences de la raison. Chez Honneth, l'existence de l'opération d'apprentissage des sujets individuels et collectifs demeure supposée, tandis que chez Supiot, la loi de la loi est assurée par ce Tiers garant mis en position de condition transcendantale de tout ordre juridique. Tout en insistant sur le caractère problématique du modèle de la loi de la loi, le présent article propose un déplacement épistémologique prenant acte de la dimension pragmatique de l'indétermination. La finitude de la raison implique qu'il n'est pas possible, ni dans la perspective de la norme elle-même ni dans celle du juge au moment interprétatif, de formaliser les conditions de l'application. La possibilité du droit à se réaliser effectivement dépend plutôt à la fois de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer et de sa construction coopérative par tous les acteurs concernés

This article sets out the limits of the epistemological approach favored by the theory of recognition of Axel Honneth. In examining this approach, the writer looks at the anthropological conception of law by Alain Supiot, which points out, like the theory of recognition, the possibility of law being dependent upon an external condition, a meta-rule, a law of the law. By relying on an external principle which would ensure its operability and effectiveness, the law so conceived presupposes the capacity of social actors to transform themselves, based on the requirements of reason. For Honneth, the existence of the learning operation of individual and collective subjects is still supposed, while for Supiot, the law of the law is guaranteed by the "Other" put in a transcendental position of any legal order. While emphasizing the problematic nature of the model of the law of the law, this paper proposes an epistemological shift based on the pragmatic dimension of indeterminacy. Finitude of reason means that it is not possible, neither in the context of the norm itself nor in the perspective of the judge at the time of interpretation, to formalize the conditions of application. Rather, the possibility of the law becoming effective depends on both the use made of it by those responsible for its implementation as well as its cooperative construction by all stakeholders.

*. Professeur au Centre de philosophie du droit, UCL.

2 *Les limites de la théorie de la reconnaissance*
de Honneth et de (2014) 44 R.D.U.S.
l'interprétation anthropologique du droit de Supiot

SOMMAIRE

1.	Le droit et la théorie de la reconnaissance	3
2.	Dynamique du droit et contractualisation	8
3.	Le droit et les conditions de l'autonomie du sujet.....	11
4.	Un nécessaire déplacement épistémologique ou les limites du modèle de la loi de la loi	16

1. Le droit et la théorie de la reconnaissance

La théorie de A. Honneth peut être synthétisée à l'aide de trois idées simples. La première est celle d'une reconstruction du processus de transformation sociale comme un processus guidé par les « exigences normatives structurellement inscrites dans la relation de reconnaissance mutuelle »¹. En ce sens, A. Honneth entend prolonger Hegel qui « a inauguré un mouvement de pensée dans lequel les dissensions sociales sont rapportées, contre Machiavel et Hobbes, à l'expérience du rejet de certaines exigences morales »².

Ces exigences normatives – et c'est la seconde idée – se déploient sur les trois formes de reconnaissance par autrui (l'amour, le droit et l'estime sociale) qui conditionnent, pour toute personne, « la possibilité de relation harmonieuse à soi-même »³. Le droit moderne, pour se limiter à lui, répond à la question suivante : quels sont les droits et obligations qu'il y a lieu de reconnaître aux personnes alors que celles-ci se respectent comme des êtres égaux ? Dans le cadre postconventionnel du droit moderne, le système juridique ne peut être compris que comme l'expression d'intérêts universalisables, comme l'expression de droits et d'obligations adoptés par des personnes libres et égales. La relation de réciprocité qu'implique cette reconnaissance juridique de type universaliste signifie donc qu'une même autonomie juridique est reconnue à toute personne. Cette fondation universaliste de la reconnaissance juridique qui fonde dorénavant l'obligation d'obéissance à la loi implique cependant un travail de « concrétisation ». C'est que, en effet, si, dans le droit moderne, les sujets libres et égaux se reconnaissent comme mutuellement moralement responsables, il reste à définir les capacités – et donc les droits et les devoirs – qu'il y a lieu de reconnaître au titre de cette qualité de personne moralement responsable. Comme le dit A. Honneth, « l'indétermination essentielle de ce qui constitue le statut d'une personne responsable inscrit au cœur du droit moderne une ouverture structurelle à des précisions et des élargissements progressifs »⁴. Cet élargissement sera le fruit d'un processus historique orienté par la lutte pour le « respect de sa qualité de personne juridique » et des droits qu'il y a lieu de se faire

-
1. Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. française par P. Rusch, Paris, Cerf, 2008, p. 9
 2. *Id.*, p. 173.
 3. *Id.*, p. 8.
 4. *Id.*, p. 135.

reconnaître au nom de l'égalité des sujets de droit. Cette lutte pour le respect prend la forme de conflits qui sont à la base de la transformation de la normativité juridique et de l'extension des droits reconnus aux sujets de droit⁵.

Enfin – et c'est la troisième idée –, si « la lutte pour la reconnaissance constitue la force morale qui alimente le développement et le progrès de la société humaine »⁶, elle trouve son point d'ancrage motivationnel dans les trois formes de mépris (la violence physique, l'exclusion juridique et l'atteinte à la dignité humaine) qui peuvent affecter les trois formes de reconnaissance : « l'expérience du mépris est à l'origine d'une prise de conscience, affectivement marquée, d'où naissent les mouvements de résistance sociale et les soulèvements collectifs »⁷. L'idée est que les « réactions émotionnelles négatives » au mépris « constituent les symptômes psychiques à partir desquels un sujet peut prendre conscience qu'il est illégitimement privé de reconnaissance sociale »⁸. Et A. Honneth de s'appuyer sur la théorie des émotions développée par Dewey en rapport avec sa théorie de l'action : « les émotions, d'une manière générale, sont donc pour Dewey les réactions affectives au succès ou à l'insuccès de nos intentions »⁹. Par voie de conséquence, souligne A. Honneth, de telles « émotions négatives suscitées par l'expérience du mépris des exigences de reconnaissance », permet d'induire, chez le sujet, « un motif de résistance politique »¹⁰. Sans doute, une telle résistance ne se développera que là où cette prise de conscience peut s'appuyer sur un « mouvement social déjà constitué » ; mais, le développement de tels mouvements collectifs nécessite d'être explicité au départ de « la dynamique des expériences morales »¹¹.

5. « L'élargissement cumulatif des exigences juridiques individuelles, tel qu'il s'est produit dans les sociétés modernes, peut être compris comme un processus au cours duquel le champ des qualités universelles attribuées à une personne moralement responsable s'est progressivement étendu, parce qu'il a été nécessaire, sous la pression d'une lutte pour la reconnaissance, d'augmenter le nombre des conditions dont dépend la participation à la formation d'une volonté collective rationnelle. » (*Id.*, p. 140).
6. *Id.*, p. 171.
7. *Id.*
8. *Id.*, p. 166.
9. *Id.*, p. 167.
10. *Id.*, p. 169.
11. *Id.*, p. 170. Ceci conduit d'ailleurs A. Honneth à caractériser différemment l'enjeu des trois formes de reconnaissance du point de vue de la dynamique des conflits sociaux. « Ces trois sphères n'induisent certes pas toutes des tensions morales susceptibles de déclencher des conflits ou des confrontations sociales : car on ne peut qualifier une « lutte » de sociale

Ces trois idées traduisent l'opération épistémologique de A. Honneth. La société moderne repose sur un fondement d'exigence normative qu'exprime l'idée d'autonomie kantienne sous sa double forme de liberté et d'égalité universalistes. Cette idée d'autonomie ne s'exprime cependant qu'à travers un processus d'autoréalisation et qu'à travers l'effectuation historique progressive des exigences normatives portées par l'idée de reconnaissance. Cette autoréalisation du principe d'autonomie à travers les progrès du droit traduit ainsi un processus de rationalisation progressive du réel social, permettant, par les conflits sociaux, d'assurer un dépassement progressif des pathologies sociales de la liberté.

Enfin, et c'est ce qu'exprime la troisième idée, ce processus de rationalisation, comme chez J. Habermas, repose sur une opération d'apprentissage moral. Certes, à la différence de Habermas, cette opération d'apprentissage ne repose pas ici sur les compétences communicationnelles des acteurs et les exigences normatives qu'elles sont supposées impliquer. Chez A. Honneth, l'opération d'apprentissage repose sur la dynamique des affects liés à l'expérience « de l'offense liée à la violation des principes intuitifs de la justice »¹². Mais, cette opération d'apprentissage est conçue comme liée à une capacité supposée donnée, sans, par conséquent, qu'aucune attention ne soit apportée à l'opération qui consisterait à apprendre à apprendre. Le seul ressort de l'expérience affective du mépris est supposé enseigner le sujet de ses attentes normatives de reconnaissance et susciter le besoin ressenti de modifier ce qui cause leur non réalisation.

Ainsi, s'agissant du concept de droit, A. Honneth entend dépasser les approches habituelles du droit qui le réduisent au seul jeu formel de la normativité étatique. Il s'inscrit ici dans ce qu'il définit lui-même comme le geste théorique posé par Hegel dans sa *Philosophie du droit*. « Hegel a voulu entendre par « droit » quelque chose qui ne recouvre pas ce que ses contemporains en philosophie entendaient par là : contrairement à Kant ou à Fichte¹³ – qui

qu'au sens où ses objectifs sont généralisables par-delà l'horizon des intentions individuelles, pour servir de base à un mouvement collectif. L'amour, comme forme élémentaire de reconnaissance, n'implique pas d'expériences morales capables par elles-mêmes d'entraîner l'émergence de conflits sociaux » (*Id.*, p. 193).

12. Olivier VOIROL, Préface à Axel HONNETH, *La Société du mépris*, trad. française par O. VOIROL, P. RUSCH et A. DUPEYRIX, Paris, La Découverte, 2008, p. 17.

13. C'est à tort que A. Honneth cite ici Fichte. M. Maesschalck a bien montré combien Fichte aussi entendait, quoique de manière d'ailleurs plus

désignaient tous deux par le concept de « droit » l'ordre étatique de la vie collective régulée par la loi et qui, en conséquence, insistaient sur le moment de la contrainte étatique –, Hegel entend par le même concept l'ensemble des présuppositions sociales dont on peut montrer qu'elles sont indispensables à la réalisation de la « volonté libre » de chaque sujet singulier »¹⁴. Ce sont ces présuppositions sociales que Hegel vise par l'expression de « *Sittlichkeit* », cet ensemble éthique des conditions sociales de l'autoréalisation individuelle. C'est cette même idée que Honneth reprend à son compte et s'efforce de penser dans un cadre post-métaphysique. Le droit ne peut assurer sa finalité régulatoire (assurer la réalisation des exigences normatives du principe d'autonomie) qu'en s'appuyant sur une opération d'apprentissage moral garantissant l'intériorisation par les sujets des conditions motivationnelles requises pour le respect des exigences normatives de la reconnaissance. Mais, dans le même temps, comme on l'a vu, si le droit formel est ainsi subordonné à une condition qui lui est extérieure, cette condition est toujours supposée déjà réalisée. Sans doute, cette supposition n'empêche pas la dynamique historique. Le droit n'arrête pas de se transformer en parallèle à la dynamique des conflits sociaux par laquelle se construit historiquement l'autoréalisation des exigences de la reconnaissance intersubjective. Mais, cette dynamique est conçue en termes de règles. Elle est elle-même l'effet d'une opération dont les conditions de réussite sont supposées toujours déjà données. Ainsi, pourrait-on dire, le droit reste pensé en termes de règles : la capacité des règles légales à assurer le vivre-ensemble dépend d'une condition qui leur est externe et qui fonctionne comme une garantie externe. C'est le jeu d'une métarègle (celle qui garantit l'opération d'apprentissage exigée pour l'autoréalisation sociale des conditions de la reconnaissance) qui assure la capacité de la règle légale du droit à assurer sa fonction régulatoire et, dans ce cadre, à traduire la prise en compte progressive des exigences normatives portées par la liberté et l'égalité universalistes.

Pour interroger la démarche de A. Honneth et en montrer les conséquences problématiques, nous allons faire le détour par un

radicale et épistémologiquement plus conséquente, relier la capacité régulatoire du droit à une opération d'apprentissage moral que le seul jeu de la formalité juridique ne pouvait assurer par elle-même. Voir sur ceci, Marc MAESSCHALCK, *Droit et Création sociale chez Fichte*, Louvain-Paris, Éditions Peeters, 1996.

14. Axel HONNETH, *Les pathologies de la liberté. Une réactualisation de la Philosophie du droit de Hegel*, trad. française par F. FIESBACH, Paris, La Découverte, 2008, p. 42.

auteur qui aide à approfondir la conception du droit que cette démarche implique. Cet auteur est Alain Supiot, principalement dans les réflexions développées récemment dans son ouvrage *Homo Juridicus*¹⁵. Quels sont, en effet, les avantages de ce « détour » ? Tout d'abord, la réflexion de Supiot prend pour point de départ l'évolution actuelle du droit des démocraties avancées. Or, cette évolution – marquée par une diminution du rôle de la loi étatique et une extension du rôle du contrat dans un contexte dit de « mondialisation » et de valorisation d'une régulation par le mécanisme du marché –, loin de traduire la poursuite de l'autoréalisation croissante des exigences de reconnaissance sociale, semble, au contraire, constituer une menace pour les droits sociaux et les mécanismes de solidarité sociale qu'avaient promus nos démocraties sociales. La thèse de Supiot est que cette évolution, malheureuse donc au regard des exigences portées par une théorie de la reconnaissance sociale (pour reprendre l'expression de Honneth), repose sur une conception inadéquate du droit et une méconnaissance des conditions juridiques requises pour que le droit puisse assurer sa fonction anthropologique et régulateur. Déjà cette première observation permet d'interroger la thèse de A. Honneth. Le fait que le droit se transforme en un mode de normativité qui semble menacer le processus d'autoréalisation des conditions de la reconnaissance n'oblige-t-il pas à nuancer la thèse d'une dynamique auto-réalisatrice et de sa manifestation quasi automatique dans le droit ? Cela n'indique-t-il pas qu'à tout le moins, une des conditions d'une telle dynamique serait conditionnée par l'adoption, au sein d'un groupe social, d'une approche du droit qui respecte les conditions de ce que Supiot appelle la fonction anthropologique du droit, c'est-à-dire les conditions nécessaires à l'émergence d'une subjectivation des individus et, par conséquent, au maintien d'un lien social ? Mais, le caractère problématique de la thèse de A. Honneth est plus profond encore. En effet, l'avantage du détour par la thèse de Supiot est que celui-ci adopte, pour dégager ce que seraient, selon lui, les conditions nécessaires, une même démarche épistémologique que celle opérée par Honneth : le droit ne pourrait assurer sa finalité d'instauration d'un vivre-ensemble répondant à nos attentes normatives qu'en s'appuyant sur un principe extérieur qui en garantirait l'opérativité. L'avantage des réflexions de Supiot est cependant qu'elles déploient de façon plus explicite, sur le plan proprement juridique, les présupposés et la nature de ce renvoi à une métarègle qui garantirait la capacité de la norme juridique à réaliser sa fonction sociale, ce renvoi donc à une

15. Alain SUPIOT, *Homo Juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.

« loi de la loi ». Et, ce faisant, elles nous permettront aussi de montrer le caractère fortement problématique d'une telle démarche épistémologique.

Reprenons donc ces divers éléments. Nous esquisserons d'abord le phénomène dit de la contractualisation récente du droit (2); nous développerons ensuite la nature des éléments essentiels du concept de droit que l'idéologie sous-jacente à cette contractualisation méconnaîtrait et qui conditionneraient cependant, selon A. Supiot, la capacité du droit à assurer la réalisation effective des exigences portées par les principes de liberté et d'égalité universalistes (3); enfin, nous montrerons le caractère problématique de la démarche épistémologique mobilisée par une telle approche du concept de droit (4).

2. Dynamique du droit et contractualisation

La démarche d'A. Supiot consiste à dénoncer les effets dommageables de l'orientation actuelle du droit, à tout le moins là où elle s'appuie sur la représentation dominante qui en est donnée. Cette orientation est celle dite de la « contractualisation » et la représentation dominante – qui trouve évidemment sa formulation la plus explicite dans le mouvement *Law and Economics* – consiste à valoriser la substitution de la régulation par l'échange et le contrat à celle par la loi.

Le contrat « serait en train de devenir une catégorie universelle, témoignant par là que la manière occidentale de penser l'homme et la société aurait vocation à s'étendre au monde entier. Tel est du moins le credo de la « mondialisation » qui célèbre d'un même mouvement les vertus du libre-échange et celles du contrat, réputé flexible, égalitaire et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des États et aux tares de la loi réputée rigide, unilatérale et asservissante. On peut à bon droit parler à ce sujet de contractualisme, c'est-à-dire d'une idéologie, qu'il ne faut pas confondre avec la contractualisation. Le contractualisme, l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est une composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul d'intérêts. La contractualisation, elle, désigne l'extension objective du recours aux techniques contractuelles. Elle dévoile en s'opérant des effets souvent différents des promesses du

contractualisme »¹⁶. Cette différence d'effets se constate sur deux plans.

Sur le plan de la technique normative et de la technique contractuelle elle-même d'abord. « Loin de désigner la victoire du contrat sur la loi, la « contractualisation » de la société est bien plutôt le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social »¹⁷. Premièrement, « l'affaiblissement des États ne peut que s'accompagner d'un démembrement de la figure du Tiers gardien des pactes, d'où notamment la prolifération des Autorités indépendantes, chargées de la police contractuelle dans un ensemble régional (Commission européenne) ou dans un domaine d'activité déterminé (énergie, bourse, transports, télécommunications, audiovisuel, biotechnologies, informatique, sécurité alimentaire, hôpitaux, médicaments etc.) »¹⁸. Deuxièmement, le renvoi vers le contrat et la négociation des questions anciennement traitées par la loi « conduit à une diversification du régime juridique du contrat selon son objet, c'est-à-dire à un pullulement de « contrats spéciaux » qui nous ramène à la technique des « contrats nommés » du droit romain »¹⁹. Bien plus, des traits constitutifs du modèle contractuel conçu comme un échange librement consenti entre égaux font progressivement défaut. En témoignent la multiplication des entorses au principe de l'effet relatif des contrats²⁰, au principe d'égalité des parties²¹, ou encore l'usage de

16. *Id.* p. 142-143. Notons que l'auteur semble ranger le mouvement de procéduralisation du droit sous le chapeau du « contractualisme puisqu'il qualifie ce mouvement « d'avatar du paradigme du marché » (p.131). Mais l'appellation semble ailleurs, par contre, identifier un processus de transformation technique des dispositifs normatifs indépendamment de la lecture théorique et de sa légitimation (p.167).

17. Alain SUPIOT reprend ici une expression de Pierre LEGENDRE, « Remarques sur la reféodalisation de la France », dans les *Études offertes à Georges Dupuis*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 201 et ss.

18. *Id.*, p. 166.

19. *Id.*, p. 167-168.

20. « Le principe de l'effet relatif des conventions est mis en échec avec le développement d'accords qui, sur le modèle de la convention collective, ne lient pas seulement les personnes contractantes, mais qui engagent les collectivités représentées par elles. Le contrat s'hybride alors de règlement et étend ses effets à des groupes. » (*Id.*, p. 168-169).

21. « C'est aussi le principe d'égalité qui peut régresser, notamment dans le cadre des politiques de décentralisation des organisations (publiques ou privées), lorsque le contrat a pour objet de hiérarchiser les intérêts des parties ou de ceux qu'ils représentent, de fonder un pouvoir de contrôle des unes sur les autres, ou de mettre en œuvre des impératifs d'intérêt collectif non négociables dans leur principe. Du contrat d'insertion aux contrats de plan, des conventions de la Sécurité sociale aux contrats de

la technique contractuelle non pas pour échanger des biens ou conclure une alliance entre égaux mais pour « légitimer l'exercice d'un pouvoir »²².

Mais cette différence d'effets se constate aussi et même surtout sur le plan des conséquences sociales. L'optimisation de l'efficacité recherchée par l'extension du domaine du contrat débouche sur la destruction des anciennes politiques de solidarité et la diminution des protections sociales²³. Ensuite, et peut-être plus profondément, le fait que la contractualisation soit aujourd'hui principalement associée et réfléchi dans les termes de l'idéologie contractualiste débouche sur la menace d'une dissolution progressive du lien social. Même si la fonction de Tiers garant des

-
- sous-traitance, les exemples abondent de telles figures contractuelles, en Droit public, en Droit social, en droit international ou en Droit des affaires » (*Id.*, p. 169).
22. *Id.* Et A. SUPOT de noter qu'émergent ainsi deux nouveaux types de contrats qui répondent à cette vocation d'être un « instrument d'assujettissement » : les « contrats de dépendance » (telles les nouvelles formes d'organisation de la vie économique dans les secteurs de la distribution, de la sous-traitance, de l'intégration agricole qui « prennent à revers le Droit du travail et le Droit de la responsabilité et ouvrent la voie à des formes inédites de pouvoir sur les hommes », p. 170-171) et les « contrats dirigés » qui, sous la forme d'accords-cadres, « définissent des règles d'intérêt collectif auxquelles devront se plier les contrats entrant dans leur champ d'application » (ainsi, par exemple, « les contrats de plan, les conventions médicales ou les conventions légiférantes introduites dans le Droit social communautaire ») (p.171).
23. « Les États sont invités (par les organisations internationales) à démanteler toutes (les lois nationales) qui, organisant des solidarités « locales » (services publics, mutuelles, aides publiques), apparaissent comme un obstacle au libre-échange des produits, des services et des capitaux. Les organisations chargées du « social » (OIT, UNESCO, OMS, etc.) n'ont en revanche à distribuer ni argent ni certitudes et ne cessent de réviser leurs ambitions à la baisse. Hier il s'agissait de faire accéder tous les hommes au bien-être occidental; aujourd'hui on se replie sur les revendications minimales qui furent celles des premiers philanthropes sociaux du XIX^e siècle : cantonner les épidémies, interdire le travail forcé, limiter le travail des enfants... Cette tendance du contrat à déborder des cadres où l'enfermait l'État se manifeste par un recul de tout ce qui, dans la définition des personnes, des choses ou du temps, pourrait entraver le libre jeu de sa négociation. Sont ainsi remises en cause les constructions juridiques qui, sous l'égide des États, réunissaient les dimensions « économique » et « sociale » du travail. La déréglementation du Droit du travail, d'un côté, et la généralisation des minima sociaux, de l'autre, apparaissent ainsi comme les deux faces d'une même médaille où le travail figurerait comme chose débarrassée de la personne, libre à l'achat et à la vente, et où la personne n'apparaîtrait qu'en cas de « besoins » assez criants pour ne pas pouvoir être ignorés par la collectivité » (*Id.*, p. 164-165.).

pactes peut ne pas être indissolublement liée à l'État, le primat donné à la seule figure du contrat et la promotion d'un ordre social pensé au départ du calcul d'utilité individuelle rendent malaisée et oblitérée cette fonction de Tiers garant de la parole donnée et de la confiance. Or, cette fonction « structurale de gardien des pactes [...] ne pourrait rester vacante sans ruiner l'idée même d'ordre juridique car sans gardien de la parole donnée, seule la force compte. [...] La confiance, étant une valeur incalculable, ne compte ici plus pour rien. [...] Car un monde où chacun ne se trouve ainsi tenu par ses engagements que dans la mesure où cela l'arrange est un monde où la parole ne vaut plus rien. Une société fondée sur de telles prémisses ne peut que devenir de plus en plus violente et de plus en plus policière »²⁴.

3. Le droit et les conditions de l'autonomie du sujet

Cette menace de dissolution du lien social que génère l'idéologie contractualiste est liée à ce que Supiot appelle la fonction anthropologique du droit. C'est qu'en effet, cette référence à un Tiers garant traduirait, selon Supiot, une dimension constitutive de toute subjectivité. À ce titre, elle conditionnerait la possibilité d'identité d'un sujet, qu'il soit individuel ou collectif. À ce titre donc, un système juridique qui ne la respecterait pas se révélerait incapable de fonder le lien social, c'est-à-dire de rendre possible l'existence même d'une société avec ce qu'elle implique de sens partagé. Cette dimension révèle, note Supiot, ce que P. Legendre appelle la dimension « dogmatique » où s'enracine toute subjectivité, individuelle ou collective. « C'est à Pierre Legendre que l'on doit d'avoir remis ce concept de dogmatique au cœur de l'analyse de la modernité. [...] la dogmatique est aujourd'hui perçue comme l'antithèse de la raison. Et pourtant la raison humaine repose, aujourd'hui comme hier en Occident comme ailleurs, sur des fondements dogmatiques, c'est-à-dire sur l'existence d'un « lieu de la vérité légale, postulé et socialement mis en scène comme tel »²⁵. L'accès à la parole, qui est le propre de l'humanité, est aussi une porte ouverte à tous les délires. La dogmatique est là pour fermer cette porte. Cette dimension dogmatique de la raison humaine

24. *Id.*, p. 173-175.

25. *Id.*, p. 21. Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 78. En ce sens, dit SUPIOT, « l'homme ne naît pas rationnel, il le devient en accédant à un sens partagé avec les autres hommes. Chaque société humaine est ainsi à sa manière l'instituteur de la raison » (*Id.*, p. 9), dans le même moment où il nous faut constater que « tout être humain vient ainsi au monde avec une créance de sens, du sens d'un monde déjà là, qui confère une signification à son existence » (*Id.*, p. 7).

n'échappait pas aux pères fondateurs des sciences de l'Homme. Selon Tocqueville, « les croyances dogmatiques [...] peuvent changer de forme et d'objet; mais on ne saurait faire qu'il n'y ait pas de croyances dogmatiques, c'est-à-dire d'opinions que les hommes reçoivent de confiance et sans les discuter »²⁶ ²⁷. Cette dogmaticité du droit²⁸ ne serait d'ailleurs que l'expression de la dogmaticité de la langue : « la liberté de parole et la possibilité de communiquer n'y seraient pas possibles sans la dogmaticité de la langue » ²⁹. Comment, en effet, serait-il possible d'user du langage sans accepter ce déjà-là des règles de la sémantique et de la syntaxe? Cette antériorité qui s'impose à nous est révélatrice, relève Supiot, de cette dimension de la structure dogmatique et normative qui conditionnerait toute identité. La subjectivité, individuelle ou collective, ne serait possible qu'à la condition de reconnaître cette limitation constitutive de la loi qui s'impose. C'est bien là qu'apparaît, continue Supiot, le « délire fantasmatique » de l'idéologie contractualiste qui domine notre présent, l'idée que tout serait dorénavant l'effet de notre libre choix et de notre volonté³⁰. Une telle idéologie méconnaît le rapport constitutif que toute autonomie entretiendrait avec une dimension d'hétéronomie. Elle méconnaît la limite qui affecterait et conditionnerait toute subjectivité. L'identité, individuelle ou collective, serait ainsi à double face. La conception de l'être humain « qui est une part de l'histoire de l'Occident chrétien [et] dont nous sommes les héritiers, est celle de l'*imago Dei*, de l'homme conçu à l'image de Dieu et appelé comme tel à se rendre maître de la nature. Comme lui, c'est un être un et indivisible; comme lui, c'est un être souverain, doué de la puissance du Verbe; comme lui, enfin, c'est une personne, un esprit incarné. Mais, conçu à l'image de Dieu, l'homme n'est pas Dieu. Sa dignité particulière procède, non de lui-même, mais de son Créateur, et il la partage avec tous les autres hommes. D'où l'ambivalence de ces trois attributs de l'humanité que sont

26. Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t.2, Paris, Gallimard, 1961, p. 20.

27. A. SUPLOT, *Homo Juridicus: Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 15, p. 21.

28. « En fin de compte, aucun État, pas même ceux qui se proclament absolument laïcs, ne saurait se maintenir sans mobiliser un certain nombre de croyances fondatrices, qui échappent à toute démonstration expérimentale et déterminent sa manière d'être et d'agir » (*Id.*, p. 18).

29. *Id.*

30. « Mais, coupée de sa racine religieuse, la loi a aussi libéré le « désir de puissance qui habite l'homme et qui nie toute distance ». La place de la loi divine étant devenue vacante, l'Homme ne pouvait manquer de chercher à l'occuper, et de tenir lui-même le discours fondateur de toute loi » (*Id.*, p. 102).

l'individualité, la subjectivité et la personnalité. Individu, chaque homme est unique, mais aussi semblable à tous les autres; sujet, il est souverain mais aussi assujetti à la Loi commune, personne, il est esprit, mais aussi matière. Ce montage anthropologique a survécu à la sécularisation des institutions occidentales, et ces trois attributs de l'humanité se retrouvent, dans leur ambivalence, chez l'Homme des déclarations des droits. La référence à Dieu a disparu du Droit des personnes, sans que disparaisse la nécessité logique de référer tout être humain à une Instance garante de son identité... »³¹.

Dans un tel cadre de pensée, on comprend dès lors les conséquences qui s'en dégageraient pour le droit. Tout d'abord, la dénonciation d'une approche de type positiviste qui prétendrait pouvoir rendre compte des normes sans les inscrire dans la référence aux valeurs qui les nourrissent et leur servent d'arrière-plan fondateur. L'idée n'est pas ici qu'il y aurait soit un fondement divin, soit rationnel au sens du droit naturel; mais, qu'à défaut de

31. *Id.*, p. 48. « Ce montage anthropologique ne peut être fondé sur la science puisque la science elle-même résulte de ce montage lorsqu'elle postule que l'Homme est un sujet connaissant capable de s'observer lui-même comme objet de connaissance. Notre foi dans cette conception de l'Homme n'est pas une affaire privée, comme l'est devenue la foi religieuse aujourd'hui, mais une croyance partagée par tous. Elle suppose l'existence d'une Référence ultime qui symbolise et garantisse ce que la Déclaration d'indépendance des États-Unis appelle des « vérités évidentes en elles-mêmes » et leur confère une valeur dogmatique » (*Id.*, p. 67). C'est aussi pour cette même raison qu'à la suite de P. Legendre, A. Supiot considère que, dans notre cadre contemporain de l'idéologie contractualiste, « privé de la foi dans un Tiers garant des identités, le montage anthropologique occidental continue donc de se défaire sous nos yeux et des discours délirants prospèrent sous ses résidus. Dépourvus de leur socle institutionnel, de leur ancrage dans une loi commune qui s'impose à tous et ne dépend du bon plaisir de personne, les principes d'égalité et de liberté individuelle peuvent en effet servir à justifier l'abolition de toute différence et de toute limite, c'est-à-dire faire l'objet d'interprétations folles. Les revendications en vogue dans les pays occidentaux en offrent de nombreux témoignages, comme par exemple celle de l'abolition de la différence des sexes... » (*Id.*, p. 79-80). C'est d'ailleurs aussi cette dimension d'un lieu de la vérité légale inaccessible à l'humain, d'un Tiers garant du sens qui fait dire à Supiot que « l'Occident a fait de l'Histoire le moteur de la compréhension que l'on peut avoir de lui. De même que l'esprit de la personne se révèle dans son histoire individuelle, de même l'Histoire de l'humanité a toujours eu un sens aux yeux des Occidentaux, qu'il s'agisse de la marche vers le Salut, de la révélation de l'esprit humain à lui-même ou du progrès scientifique et technique. L'histoire a pour nous une dimension prophétique [...]. L'idéologie du progrès repose ainsi sur des présupposés théologiques qui nous ont été légués avec la conception chrétienne de la personne. » (p. 64).

prendre en compte ces valeurs « dogmatiques » qui seraient le socle dogmatique livré par notre tradition, on manquerait à nouveau la limite et la structure « ternaire » qui sert de garantie constitutive à toute subjectivité. « Le Droit n'est ni révélé par Dieu, ni découvert par la science, c'est une œuvre pleinement humaine, à laquelle participent ceux qui font profession de l'étudier, et qui ne peuvent l'interpréter sans prendre en considération les valeurs qu'il véhicule »³². Ces valeurs, qui se sont progressivement construites au cœur de notre Tradition, constitueraient le socle de la cohérence interne où le Droit se constitue comme système. C'est aussi là que se laisserait comprendre le travail de la sécularisation. Aux anciens fondements de type religieux se seraient progressivement substitués des fondements sécularisés, qu'il s'agisse de l'État ou, aujourd'hui, de la supposition que le Droit fait système. Quelle que soit cette substitution, subsiste cependant, dans une telle approche « dogmatique » du droit, la supposition d'un fondement qui en garantit l'unité dogmatique, même si, bien évidemment, cette unité est toujours à réinterpréter. La référence transcendante n'interdit pas, malgré son statut de postulat, qu'elle soit projetée dans un horizon que seul le travail de l'interprétation permet d'approcher et cela même si ce chemin est toujours inachevé. Dans une formule imagée, l'on pourrait ainsi dire que la dimension théologique s'est muée, sans perdre sa religiosité prophétique, en une herméneutique qui temporalise l'unité comme promesse d'une parousie à la fois espérée et garantie³³. C'est aussi dans ce même esprit qu'A. Supiot considère qu'en alternative à l'idéologie de la contractualisation, la stratégie à mener, pour faire pièce aux conséquences néfastes qu'elle entraîne et assurer ainsi une extension des exigences normatives des principes de liberté et d'égalité universalistes (c'est-à-dire dans le langage de A. Honneth, des exigences d'une théorie de la reconnaissance), consisterait à convoquer à nouveau le fondement dogmatique de notre Droit, c'est-à-dire les valeurs des droits de l'Homme et, sur cette base,

32. *Id.*, p. 24.

33. A. SUPIOT, de ce point de vue, n'a pas tort de souligner l'importance qu'a constitué le XII^e siècle dans cette lente mutation qu'a connue le sens de la Loi en Occident, dans cette relecture de la loi comme système qui a fait de notre société une société du texte et de l'interprétation. « La révolution de l'interprète a consisté non seulement à penser la Loi comme principe de causalité, mais aussi à inscrire l'ensemble des lois dans un corps systématique de textes. Le concept de *Corpus Iuris* est absent de la compilation de Justinien et a été introduit par les médiévaux. Était ainsi posée l'idée qu'aucune loi ne se suffit à elle-même, qu'une loi n'a de sens et de valeur que rapportée à un ensemble qui la dépasse. La notion de *relativité des lois* était donc déjà présente, de même que celle de *système de règles*, de matrice logique des lois » (*Id.*, p.110).

reprendre la dynamique de réalisation des exigences axiologiques qui les fondent³⁴.

Comme on le voit, par-delà évidemment leurs différences de contenu, les démarches de Supiot et de Honneth reposent sur une démarche épistémologique analogue et aboutit, par conséquent, à un résultat politique apparenté. Le résultat politique d'abord. La convocation par les acteurs sociaux du potentiel axiologique contenu dans les principes de liberté et d'égalité portés par l'exigence de reconnaissance intersubjective et le principe d'autonomie qui lui est lié, génère une dynamique juridique qui assure et garantit, à terme, la traduction juridique et l'autoréalisation de ces exigences normatives. Et cette assurance ou automaticité de l'autoréalisation à travers le droit est garantie – c'est ici qu'intervient le cadre épistémologique – par l'existence présumée d'une disposition du social à s'auto-transformer en fonction des exigences de la raison. Cette disposition est pensée chez A. Honneth dans les termes d'une garantie de réussite de l'opération d'apprentissage qui permet aux sujets individuels et collectifs d'auto-adapter leurs pratiques en vue de construire progressivement un social conforme aux exigences d'une reconnaissance intersubjective de leurs libertés et égalités réciproques. Pour le dire en termes plus rigoureux, on pourrait dire que A. Honneth suppose l'existence d'une loi de l'esprit garantissant le succès de l'opération d'apprentissage requise pour que les acteurs sociaux produisent et respectent la réalisation progressive par le droit des exigences de reconnaissance intersubjective. En ce sens, A. Honneth suppose une loi de la loi. Un modèle épistémologique analogue fonctionne chez A. Supiot. La loi de la loi est ici assurée par cette instance externe à toute norme positive, par ce Tiers garant mis en position de condition transcendante de tout ordre juridique. La reconnaissance de cette limite à la toute-puissance des sujets individuels ou collectifs garantit en même temps la réussite supposée de l'herméneutique juridique par laquelle se dégagent les significations en extension constante des

34. Bien entendu, A. SUPIOT souligne que ces Droits de l'Homme, comme ressource dogmatique, doivent être conçus comme source d'une interprétation ouverte à l'ensemble des cultures convoquées par la mondialisation. Dans cet esprit, il tente aussi de montrer que ces valeurs, tout en étant issues et portées par notre tradition occidentale, sont néanmoins aujourd'hui devenues une ressource universelle, ne fût-ce que par ce qu'on peut aujourd'hui prendre « acte de la diffusion objective du modèle de l'État et de la reconnaissance des droits de l'homme par la société internationale » (*Id.*, p. 301).

fondements anthropologiques et dogmatiques que sont les Droits de l'Homme.

4. Un nécessaire déplacement épistémologique ou les limites du modèle de la loi de la loi

La démarche de A. Supiot aide à en voir le caractère problématique. Sans doute est-ce à raison qu'il souligne l'erreur foncière et les conséquences néfastes d'une idéologie qui supposerait la toute-puissance des sujets. Nul doute que la reconnaissance de notre finitude ou d'une limite constitutive conditionne toute possibilité de subjectivation. La nécessaire reconnaissance de la différence et l'impasse de toute *mimésis* narcissique portée par l'image du semblable ne sont d'ailleurs que l'expression de cette exigence à la fois anthropologique et épistémologique. Mais c'est faire fi de bien des réflexions tant psychanalytiques que philosophiques que de supposer que la seule manière de penser la finitude de la raison ou, ce qui revient au même, la limite constitutive de toute subjectivité consiste à les réfléchir en termes de Tiers garant, en termes de loi de la loi. Bien au contraire, on peut considérer que cette manière de penser la finitude est contradictoire et restaure la position qu'elle s'efforçait de dépasser. Car si toute pensée est marquée par la finitude, d'où viendrait que l'on puisse même penser l'existence d'une instance qui échapperait à cette finitude? C'est d'ailleurs bien le geste posé par Fichte lorsqu'il exigeait de radicaliser Kant. Si effectivement toute objectivation de l'être méconnaît qu'elle est posée par un sujet connaissant, comment ne pas voir qu'en retour toute supposition d'un sujet, fût-il pensé comme sujet transcendantal (ou comme Tiers garant), consisterait à nouveau à succomber au mirage d'une objectivation possible de l'être? Disons-le en une autre forme : si effectivement l'être est radicalement divisé (dans le langage de Supiot, si tout sujet est radicalement limité) et ne peut donc être identique à lui-même, comment ne pas voir que poser l'existence d'un Tiers garant consiste à méconnaître cette « loi de l'être » qui le rend non identique à lui-même? C'est d'ailleurs cette restauration d'une possible identité de soi à soi – contradictoire donc – qui explique pourquoi la croyance en un tel lieu qui fait exception à la non-identité de soi à soi conduit à poser l'histoire comme prophétique, comme promesse d'une parousie.

C'est pour avoir pris acte de cette contradiction interne à toute approche en termes de Tiers garant ou de loi de la loi que, dans le champ de la psychanalyse, J. Lacan a reconnu, dès 1959 et

en opposition à ses premières positions, devoir abandonner sa théorie de la métaphore paternelle et reconnaître qu'il n'y a pas d'Autre de l'Autre, qu'il n'y a pas de Tiers garant de la loi, qu'il n'y a pas de loi de la loi³⁵. Ce n'est évidemment pas pour autant que Lacan succombe au phantasme de la supposée toute-puissance du sujet, mais cela va l'obliger à redéfinir la nature du phantasme, la fin de l'analyse et le statut du réel dans sa différence avec le symbolique et l'imaginaire. Ce n'est pas le lieu ici d'approfondir cette dynamique interne à la pensée lacanienne, mais il importait de signaler cette importante rupture interne à la théorie lacanienne car A. Supiot, en endossant la manière de penser de Pierre Legendre, laisse entendre, comme une vérité établie par la psychanalyse lacanienne, que la croyance au statut d'exception de ce Père freudien interdicteur, ce Tiers garant de l'interdit de l'inceste, est une condition de toute subjectivation.

La finitude est à penser de façon plus radicale que ne le fait A. Supiot. Comme on vient de le dire, celui-ci se rend incapable de voir qu'en définissant la finitude comme limite par rapport à un Tiers extérieur au sujet (individuel ou collectif), il laisse non interrogé l'acte même par lequel il se représente cette instance externe, ce Tiers supposé garant. Non seulement il transgresse cette loi de la non-identité de soi à soi, mais, ce qui revient au même, il méconnaît de façon radicale qu'en se représentant cette instance externe « limitante », il en fait un objet susceptible d'être représenté. Ce faisant, comme on l'a dit, il méconnaît cette vérité qu'a permis d'entrevoir déjà Kant, à savoir que toute représentation est l'effet d'une activité de conscience ou de pensée. Pour le dire correctement, toute représentation est un « voir » et, à ce titre, vous ne pouvez supposer que le « ce qui est vu » serait ce supposé objet « extérieur dans son objectivité » à la dimension de pensée qui est constitutive de toute représentation. C'est cette « externalisation » de la finitude qui vicie le raisonnement de Supiot (et de Legendre). La limitation est à réfléchir comme « autolimitation ». La finitude, dans cette perspective, doit être « internalisée ». Elle tient précisément dans ce fait que toute représentation n'est jamais qu'un voir; elle tient dans cette dimension du « voir du voir » comme dit Fichte. L'effectuation dans le « réel » de cette représentation reste une opération qui ne peut jamais être supposée résolue par les conditions internes à l'activité de représentation. Et cette finitude de l'être (qui n'est donc pas représentable) a des conséquences radicales qui génèrent

35. Jacques-Alain MILLER, « L'Autre sans Autre », (2013) *Mental – Revue Internationale de Psychanalyse* 30 (disponible aussi sur le site de la *New Lacanian School*, http://amp-nls.org/downloads/JAM_Athenes2013.pdf).

beaucoup de suspicion sur les propositions de A. Supiot et de A. Honneth.

Tout d'abord, cela permet de voir que vous ne pouvez jamais vous représenter les conditions de réussite de la rationalisation du réel. Et c'est une autre manière de dire qu'il n'y a pas de loi de la loi. On a vu qu'en supposant toujours déjà réussie l'opération d'apprentissage qui conditionne en dernier ressort l'autoréalisation par le droit des exigences de la lutte pour la reconnaissance, A. Honneth aboutissait à supposer une règle interne à l'esprit de chaque sujet qui garantit la réussite de cette opération d'auto-adaptation par laquelle chaque sujet est supposé capable d'apprendre des échecs de la réalité sociale à satisfaire aux conditions idéales d'une reconnaissance intersubjective. C'est cette « mentalisation » des conditions de réussite du processus de rationalisation du réel qui est rendue impossible par une compréhension plus adéquate des limites de la raison. La raison (donc par exemple l'effectuation dans le réel social des exigences normatives de la lutte pour la reconnaissance) ne peut trouver dans aucune règle l'assurance de sa réussite. S'il n'y a pas de supposition possible de la réussite de l'opération d'apprentissage requise pour assurer la possibilité d'une autoréalisation croissante des exigences de la lutte pour la reconnaissance, cela veut dire qu'il faut accorder une attention spécifique à créer les conditions possibles pour que les sujets puissent « apprendre à apprendre ». D'ailleurs, la psychanalyse ici peut à nouveau être utilement convoquée. Depuis la seconde topique de Freud et ce qu'il appelle la « pulsion de mort », n'est-on pas obligé d'observer que ce qui guide les sujets est moins une capacité spontanée à changer leur représentation du monde qu'au contraire une logique de répétition. Rompre avec le fantasme d'une possible identité de soi à soi est le résultat d'une opération spécifique appelée par Freud « cure analytique », dont la réussite (jamais assurée) ne peut être pensée sur le modèle comportementaliste d'une intervention externe garantie par la maîtrise d'une loi quelconque.

La même observation vaut pour A. Supiot. Celui-ci suppose que la seule reconnaissance de la dimension dogmatique du droit garantit l'opération d'obéissance à la loi et assure donc le succès de l'opération d'application des règles. Tout se passerait donc comme si la fonction régulatoire du droit se trouvait ainsi garantie. Les objectifs poursuivis par les normes trouveraient dans la seule formalité du dispositif juridique les conditions de satisfaction de leur effectuation dans le réel social. D'où le fait que Supiot suppose qu'il suffirait, dans le contexte de la mondialisation actuelle, aux

États en voie de développement de pouvoir avoir accès aux instances internationales du type OIT, UNESCO et d'invoquer (à l'instar de ce qu'auraient fait, selon Supiot, les acteurs syndicaux dans le cadre de nos États-providence) les droits de l'homme en vue d'exiger leur effectivité pour que, conformément aux injonctions normatives, le réel social se réaménage en fonction de ces nouvelles exigences normatives. La seule convocation du cœur dogmatique du droit et le travail d'interprétation auquel il se prêterait suffiraient à assurer la capacité d'effectuation des exigences normatives et la transformation consécutive du réel social. C'est là, à nouveau, une position qui risque d'être inattentive aux opérations qu'il y aurait lieu de penser pour s'assurer des transformations effectives dans la réalité. S'en remettre au seul jeu formel des procédures juridiques basées sur la convocation des droits fondamentaux risque de ne pas accorder attention aux usages qui seront effectivement faits des solutions normatives que le droit édictera. D'où viendrait cette capacité de la norme à anticiper les effets de son application et, par conséquent, à maîtriser les conditions requises pour l'adaptation du réel à la représentation qu'elle entend en donner? Déjà la philosophie contemporaine du langage oblige à interroger une telle capacité d'anticipation. N'indique-t-elle pas, en effet, que la signification est dans l'usage? Mais, l'enjeu n'est pas tant sémantique que pragmatique. C'est que la finitude de la raison implique qu'il est impossible de maîtriser par anticipation formelle les conditions de cet usage. Trois observations finales peuvent être utiles pour expliciter cette forme d'indétermination pragmatique.

Une première observation consiste à interroger la place d'où parle A. Supiot. Tout semble se passer, dans son raisonnement, comme si la représentation critique qu'il opère de la contractualisation suffisait, par sa vérité argumentative, à modifier la manière dont fonctionne le réel social et à substituer une représentation plus exacte à cette idéologie contractualiste jugée perverse et non conforme aux conditions de possibilité d'un système juridique. Indépendamment de l'exactitude ou non de cette dénonciation, ne faudrait-il pas aussi se demander si une attention spécifique ne devrait pas être portée à ce qui serait susceptible de modifier la représentation effective des acteurs de nos systèmes sociaux qui sont inscrits dans ce contexte aujourd'hui dominant de la contractualisation? Qu'est-ce qui rendrait possible cette transformation? Suffit-il d'une argumentation intellectuelle? Comment rendre possible cette transformation des représentations dominantes qui surdétermine la majorité des comportements des acteurs sociaux, y compris ceux qui semblent en être les victimes? Cette opération de transformation n'est en tout cas pas réglée par

le seul jeu de la représentation opérée par l'intellect. Oblitérer cette question de la transformation des acteurs est typique des positions intellectuelles de ceux qui, pour en rester au seul plan « représentationnel », n'accordent pas attention à la dimension génétique de la raison, c'est-à-dire de ce qui rend possible une transformation effective des représentations souvent peu conscientes que les acteurs n'arrêtent pas de répéter et qui guident leurs comportements effectifs.

Une seconde observation porte sur la manière dont A. Supiot analyse la mutation actuelle du droit qu'il qualifie de contractualisation du droit. Son erreur épistémologique l'amène, en effet, à méconnaître la nature et l'enjeu de la transformation actuelle du droit. Supiot s' imagine que la seule alternative à une vision « économiste » du droit ancrée dans la croyance en une puissance sans limite du sujet consiste dans la restauration d'une approche traditionnelle du droit où la loi est supposée trouver dans un fondement extérieur à la seule volonté de ses destinataires (Tiers garant, loi de la loi) la garantie de son application et de sa capacité à fonder un lien social ancré dans des valeurs communes. Pour cette raison, il ne peut voir que le développement de ce qu'il dénomme « contractualisation de la loi » s'est opéré en réponse aux difficultés que les formes traditionnelles de régulation centralisée semblaient inaptes à résoudre. Comme l'enseigne une observation attentive de cette mutation de nos formes de régulation sociale et juridique, principalement en droit américain où le phénomène a d'abord émergé dès la fin des années cinquante³⁶, c'est l'insuffisance des réponses mises en place par le *New Deal* à assurer la concrétisation effective des valeurs de liberté et d'égalité mises au frontispice de la démocratie américaine qui ont amené à tenter d'inventer de nouvelles formes de régulation. Et une des raisons invoquées pour expliquer ces insuffisances des réponses traditionnelles était que les régulations centralisées reposaient sur l'illusion d'un savoir substantiel disponible que les experts conseillers de l'État pourraient dispenser aux gouvernants. En définitive, un tel savoir « substantiel » – qui permettrait de « calculer » le contenu des mesures requises pour assurer l'optimum du bien-être collectif et l'effectivité des exigences normatives portées par les droits fondamentaux – s'avère déficient, voire inexistant, ne fût-ce que pour la raison que les effets d'une norme sont toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui

36. Voir sur ceci, Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2009, p. 15-42.

ont charge de l'appliquer. Et c'est dans ce nouveau contexte que vont émerger, après la Seconde Guerre mondiale, des tentatives d'invention de nouvelles formes de régulation, plus décentralisées, en ce y compris de nouvelles formes d'exercice de la fonction de juger³⁷. Ces tentatives et les transformations consécutives de nos modes de régulation répondent donc à un problème qu'il s'agit de résoudre pour assurer de façon plus effective les exigences portées par nos démocraties. Elles renvoient donc à l'obligation qui nous est faite d'identifier de façon adéquate l'insuffisance de nos approches traditionnelles de la démocratie et des formes de régulation qu'elles appellent. Cette question est au cœur à la fois d'une recherche en sciences sociales et économiques depuis le dernier tiers du XX^e siècle et, aussi, de la recherche philosophique parce qu'elle engage une compréhension adéquate de l'opération de la raison (théorie de la raison) et de l'opération normative (théorie de la norme). Malheureusement, la théorie du droit, européenne en tout cas, soit est restée fort éloignée d'une attention sérieuse à ces recherches, soit s'est concentrée sur les seules réponses proposées par la théorie économique. Sans doute, comme nous avons tenté de le montrer ailleurs³⁸, est-il exact que ces réponses que la théorie économique récente a cru pouvoir apporter sont inadéquates à raison même de leurs présupposés épistémologiques. Mais, il est tout aussi erroné soit de rester inattentif aux problèmes réels que ces recherches s'efforcent de réfléchir et de résoudre, soit de caricaturer ces recherches en les réduisant à n'être qu'un « avatar du marché »³⁹.

37. Songeons ainsi à cette innovation que constitue le « *public law litigation* » où le juge va tenter d'associer des délibérations entre tous les représentants des intérêts concernés pour définir ce que serait une politique publique conforme aux exigences normatives du principe d'égalité, par exemple dans le domaine des politiques scolaires, des politiques pénitentiaires ou des politiques de santé mentale. Voir pour une réflexion récente de grande qualité sur cette tentative d'innovation de la fonction de juger, Charles F. SABEL et William H. SIMON, « Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds », (2004) 117 *Harvard Law Review* 1015-1101.

38. Voir pour une reconstruction de ces débats et pour une critique des diverses réponses que la science économique a tenté d'apporter, Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Droit, Démocratie et Gouvernance*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2011, p. 131-373.

39. Quelles que soient, selon nous, les insuffisances des réponses inspirées de Habermas qui prennent le nom de « procéduralisation du droit », il est plus que réducteur, voire absurde, de dire, comme le fait A. SUPIOT que « le mouvement de procéduralisation du droit » ne serait « qu'un avatar du paradigme du marché » (*Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 15, p. 131, et pour la référence à Habermas, n°4, p. 123).

Une dernière observation vise à revenir quelque peu sur l'idée que l'effet d'une norme est toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer. Cette idée, on vient de le signaler, est au cœur de la transformation toujours en recherche de modèles d'organisation collective plus « efficaces » pour assurer les effets de la lutte pour la reconnaissance. Cette idée est aussi la traduction, au plan de la théorie de la norme, d'une compréhension adéquate de la finitude radicale de la raison. C'est ce qui est insuffisamment compris aussi bien par l'hégélianisme de A. Honneth que par l'épistémologie sous-jacente à l'approche juridique de P. Legendre et de A. Supiot. Mais cette idée doit être bien comprise.

À première vue, on pourrait croire qu'il y a déjà bien longtemps qu'une telle idée est reçue par les juristes. Dès la fin du XIX^e siècle, la critique sociologique et réaliste du positivisme a mis en évidence l'indétermination sémantique du droit et, par conséquent, l'importance du moment interprétatif du juge. Et l'accent mis sur cette dimension interprétative est devenu aujourd'hui un lieu commun de la pensée juridique. Il trouve aujourd'hui son expression la plus connue dans l'approche herméneutique du droit développée par R. Dworkin qui, d'ailleurs, par l'importance accordée à la cohérence narrative et au rôle fondateur des principes axiologiques, constitue une version théorisée de l'image du droit proposée par A. Supiot. Mais cette manière « sémantique » de comprendre l'irréductibilité de l'usage à la norme est bien insuffisante. En effet, cette approche herméneutique aboutit à définir les conditions de légalité par référence à une morale substantielle supposée partagée par le groupe social et à un juge idéalisé qui serait capable d'en assurer la réinterprétation constante au vu des exigences d'adaptation aux transformations du contexte social. Le juge est censé être capable de déduire la signification du droit des exigences internes à la « moralité institutionnelle » du groupe auquel il appartient. Son approche herméneutique présuppose donner des règles dans l'esprit du juge lui permettant de subsumer la variété des situations particulières sous les catégories générales de la moralité institutionnelle (les principes). En ce sens, R. Dworkin, pour ne prendre que cet exemple contemporain, mentalise l'approche du jugement normatif en inscrivant, dans les capacités mentales du juge, les règles permettant de déduire les significations normatives du droit des exigences de la morale institutionnelle et d'y traduire, pour reprendre l'expression de P. Ricoeur, les injonctions du réel historique.

Pour éviter cette mentalisation, l'idée que l'effet d'une norme est toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer doit être comprise, non pas sémantiquement, mais pragmatiquement. Et c'est à raison de cette incomplétude ou indétermination pragmatique qui vient limiter la capacité régulatoire du droit que l'on peut comprendre la limite de l'approche de A. Honneth et la nécessité qu'il y a d'adjoindre d'autres opérations que celles du droit formel pour assurer l'autoréalisation des exigences portées par la lutte pour la reconnaissance. Un exemple simple tiré de l'évolution actuelle du droit de la filiation aide à exemplifier, de façon évidemment purement allusive, une des dimensions portées par cette indétermination pragmatique.

On sait combien, sous l'influence heureuse de la Cour constitutionnelle, le principe d'égalité aboutit à ne plus pouvoir attribuer aux critères de la prescription et de la possession d'état le rôle catégorique et « absolu » que le législateur belge avait eu la tentation de leur attribuer⁴⁰. Bien sûr, cela donne au juge, appelé à statuer sur des questions de lien de paternité, un pouvoir d'interprétation particulièrement large, difficile et inconfortable. Mais c'est là un effet, sans doute incontournable, d'un contentieux où la pluralité des situations particulières rendrait contraire à l'intérêt prioritaire de l'enfant la volonté de fixer des critères absolus⁴¹. C'est bien pourquoi, placer le débat sur le plan de l'hypothétique gouvernement des juges est bien inadéquat, même si l'on peut dire avec Ch. Panier, s'exprimant dans une décision du tribunal civil de Namur, qu'en cette matière, vu l'absence des « principaux critères » et des « guides les plus déterminants », l'appréciation, « en conséquence, se fera en quelque sorte en équité et en bon sens et sera nécessairement tributaire, autant des représentations symboliques propres au magistrat en ce domaine

40. Comme le dit P. MARTENS, commentant un arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 août 2012, la jurisprudence de la « Cour confirme la conception plus pragmatique que dogmatique qui est la sienne en matière de filiation ainsi que son approche décontractée des questions sexuelles. Elle censure une fois de plus un législateur qui, depuis l'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme (13 juin 1979), s'efforce de mettre le droit de la filiation en harmonie avec une société où l'émancipation de l'individu l'emporte sur la paix des familles et sur le respect des symboles, mais qui, à en croire la jurisprudence de la Cour constitutionnelle [...] a souvent une longueur de retard » (Paul MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », (2012) 27 *J.L.M.B.* 1273, 1286-1287).

41. P. MARTENS le dit très bien, en citant CARBONNIER, « la jurisprudence a cette supériorité sur la loi : « elle écoute les mœurs » : on pourrait ajouter « et elle écoute les gens » » (*Id.*, 1287).

que des aléas de l'information et de la formation dont il dispose »⁴². Et cette dimension de « bon sens » ne rend nullement illégitime l'exercice d'une fonction de décision qui s'impose dans la vie sociale. Par contre, il est une dimension autre à laquelle il faut être sensible. Dans l'exercice de cette mission, le juge, dans les situations contentieuses qu'il aura le plus souvent à trancher, aura à tenter de définir le meilleur équilibre possible entre celui qui peut se prévaloir d'une paternité biologique et celui qui pourrait se prévaloir d'une forme de paternité sociologique. Ce ne sont pas les seules hypothèses envisageables, mais elles sont les plus révélatrices des formes de « balance d'intérêts » que le juge aura à effectuer. On peut légitimement supposer (et c'est d'ailleurs bien ce qui justifiait que le législateur ait voulu en faire des critères décisifs) que le juge s'efforcera de définir la filiation paternelle en dégageant les éléments qui permettent d'assurer la plus grande effectivité dans l'exercice de cette paternité, et donc à faire prévaloir la réalité biologique là où elle s'accompagne, même minimalement, d'un encadrement affectif, mais où ferait défaut une alternative plus effective, plus stable dans le chef des éventuels partenaires de la mère. À l'inverse, là où, face au « père biologique », s'attesterait un encadrement affectif de l'enfant plus effectif dans le chef de tel ou tel partenaire de la mère, on peut supposer, comme de bon sens, que la majorité des juges feront prévaloir le « père sociologique ». Et dans la réalité contentieuse, la difficulté vient de ce que les situations sont rarement « catégorisables et clairement identifiables ». Mais, c'est aussi là que se révèle la précarité de tels raisonnements, sans, il faut le répéter, que cela n'invalide en aucune manière l'exercice d'une telle fonction de juger. En effet, la validité du raisonnement reposera toujours sur une forme de généralisation pour l'avenir (la prévalence donnée à la réalité biologique au motif d'une instabilité potentielle des « partenaires » de la mère laisse indéterminée la question de l'exercice effectif dans le futur par le père biologique de cette fonction paternelle, et inversement). Tout se passe comme si le raisonnement anticipait sur un futur qu'il ne peut cependant anticiper formellement. Il s'agit ici d'un simple petit exemple pour exemplifier la fonction de la temporalité sur la question de l'application. Mais, généralisons. Cette impossibilité d'anticiper sur le comportement est la trace de ce que formellement il est impossible de définir ce que seraient les conditions d'exercice de la « fonction paternelle comme condition de la subjectivation ». Cela ne veut pas dire que le droit ne peut définir en bon sens ce qui serait le meilleur contexte possible d'encadrement affectif de l'enfant. Cela veut dire que ce que le Père freudien avait pour fonction d'assurer,

42. Civ. 4^e, 3 mai 1989, *JT*, 1989, p. 539.

c'est-à-dire cette limite garantissant l'intériorisation par l'enfant de l'impossible identité de soi à soi, de l'impossible jouissance, est une fonction qui ne peut être définie par aucun dispositif formel.

Mais, laissons là la psychanalyse pour revenir sur le dispositif juridique. Car ce qui est très symptomatique, c'est que l'évolution récente de nos systèmes juridiques, et notamment dans les récentes réformes du droit de la famille, semble traduire la perception de la nécessaire adjonction aux mécanismes traditionnels de la fonction de juger de dispositifs associant les destinataires des règles. N'est-ce pas là, en effet, ce qui est recherché à travers l'importance croissante accordée aux dispositifs de médiation? Bien sûr, dans la réalité, les médiations se développent aussi pour des raisons de coût de la justice. Mais, leur promotion a valeur de symptôme de la perception accrue que la « réussite » des objectifs poursuivis par le droit ne peut être assurée par la seule intervention des dispositifs formels. Ceux-ci sont évidemment indispensables, ne fût-ce que là où la collaboration des acteurs est peu avérée. Mais, la satisfaction effective des objectifs idéalement poursuivis (telle par exemple la visée de ce qu'on appelle l'intérêt de l'enfant entendu comme condition de sa possible subjectivation) appelle des dispositions subjectives dans le chef de tous les acteurs concernés que seule une forme de construction coopérative et d'attention aux transformations subjectives indispensables permet éventuellement d'assurer. Encore une fois, il faut noter le fait que les médiations se centrent souvent sur la seule obtention d'un consensus et, pour cette raison, risquent de ne pas porter attention aux transformations identitaires requises pour assurer une transformation effective des modes de comportement exigés par les objectifs normatifs poursuivis. Mais, cette valorisation de la médiation coopérative en rapport avec les formes traditionnelles d'exercice de la fonction normative est à pointer pour sa portée révélatrice des limites internes à ces formes traditionnelles.

C'est cette limite pragmatique de toute règle formelle à pouvoir assurer la réalisation de l'idéal qu'elle porte, qui oblige à dénoncer et à dépasser les approches tant herméneutiques que positivistes du concept de droit. Ce n'est pas le lieu de développer ce point⁴³. Mais c'est en même temps cette conception du droit qui est à l'arrière-plan des blocages de nos démocraties. Ce sont ces blocages que vise à dépasser la recherche de formes plus

43. Voir sur ceci, J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *Droit, Démocratie et Gouvernance*, préc., note 38, p. 27-130.

coopératives et plus décentralisées associant les acteurs privés aux dispositifs de régulation traditionnellement réduits aux seuls acteurs publics. Bien sûr, l'accent mis tant par Honneth que par Supiot sur les traditionnels acteurs collectifs des luttes sociales qui ont permis les avancées de nos États-providence participe de cette recherche. Mais, ces luttes ne peuvent être réfléchies, dans les conditions de possibilité de leur succès à générer des transformations sociales qui assurent la satisfaction d'une lutte pour la reconnaissance, comme l'expression d'un processus de rationalisation du réel social en auto-déploiement progressif. Ces conditions obligent au contraire à une attention spécifique visant à rendre capable les acteurs de transformer leurs identités, à faire donc l'expérience de leur « non-identité de soi à soi » et à adapter leurs représentations en fonction des contextes nouveaux⁴⁴. Une attention spécifique doit ainsi être apportée à leur capacité à « apprendre à apprendre », à défaut de quoi les pathologies de la liberté qu'une lutte pour la reconnaissance aurait pour enjeu de rencontrer et de dissoudre n'arrêteront pas de se répéter, à l'instar de ces formes de répétitions qui nourrissent les pathologies de la liberté sur le plan individuel.

44. Voir notamment sur ceci, dans le contexte des stratégies de développement que A. SUPIOT croit pouvoir rencontrer à l'aide de la seule herméneutique des droits de l'homme, Marc MAESSCHALCK, « L'éthique de l'aide publique au développement au prisme des réorientations stratégiques des partenariats institutionnels sur le terrain », (2013) 15 *Éthique Publique* 35.