

**La justice**  
**Le droit et la société d'aujourd'hui**

**Simone Goyard-Fabre**

Philopsis : Revue numérique  
<https://philopsis.fr>

---

Les articles publiés sur Philopsis sont protégés par le droit d'auteur. Toute reproduction intégrale ou partielle doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès des éditeurs et des auteurs. Vous pouvez citer librement cet article en en mentionnant l'auteur et la provenance.

**Ceci est un extrait, retrouvez nos documents complets sur [philopsis.fr](https://philopsis.fr)**

Dans le thème qu'il m'a été demandé d'explorer —« le droit et la société d'aujourd'hui »—, il faut voir à coup sûr l'expression d'une préoccupation à la fois théorique et pratique de la pensée contemporaine. Depuis les années 1970, on s'accorde de manière quasi-unanime à diagnostiquer dans les sociétés actuelles le « malaise » ou la « crise », endémique et multiforme, du droit, de la loi et de l'État. Devant les symptômes de la pathologie juridique, se manifeste, dans une littérature philosophico-juridique foisonnante - dans le monde anglo-saxon et germanique plus qu'en France il est vrai -, la volonté de proposer une théorisation nouvelle du droit. Il ne s'agit pas d'une nouvelle « querelle des Anciens et des Modernes ». Mais, dans le monde « désenchanté » où nous vivons, le droit, privé d'assises sacrées — religieuses ou métaphysiques — puise encore son inspiration dans le rationalisme des philosophies modernes. Or, nombreux sont aujourd'hui les auteurs qui refusent de penser le droit comme un système normatif axiologiquement fondé — C. Schmitt, par exemple, parle de « la tyrannie des valeurs »

— et certains pensent que considérer le droit comme un ordre prescriptif relevant d'exigences rationnelles pures est une attitude obsolète. Il semble donc que, dans l'univers juridique actuel, il soit devenu urgent de renoncer, totalement ou partiellement, aux paradigmes de la rationalité moderne pour leur substituer des paradigmes nouveaux, plus congruents avec la situation des sociétés contemporaines.

Cette « thérapeutique » se veut radicale. Il ne faut donc pas la confondre avec les « métamorphoses du droit » dont, il y a un demi-siècle, on entrevoyait la nécessité. S'il est vrai que la pensée juridique, vidée de son caractère sacré, de ses fondations métaphysiques, de ses exigences axiologiques, de sa normativité rationnelle, a perdu toute dimension de transcendance et s'est rabattue au niveau de l'empiricité, cette « métamorphose » en quoi s'exprimait « la révolte du fait contre le droit » loin de clarifier le statut épistémologique et philosophique du monde juridique, n'avait pas la radicalité des entreprises qui, aujourd'hui, mettent en question dans le droit la rationalité moderne. A notre époque, la recherche des nouveaux paradigmes du droit s'inscrit délibérément dans le contexte d'une pensée dite « post-moderne. et « post-métaphysique. qui rejaillit sur la théorie du droit au point de prétendre en opérer la « re-construction » et la « re-fondation »

Nous avons choisi d'exposer ici comment, dans la postérité du « tournant linguistique » inauguré par Frege et dont K.O. Apel a déjà fait l'index d'un changement de paradigme en philosophie, un auteur comme Jürgen Habermas, après avoir dénoncé la raison pratique à l'œuvre dans le droit moderne, entend renouveler la rationalité juridique : la « raison instrumentale » qui travaille, estime-t-il, les systèmes de l'État libéral ou de l'État-Providence, n'a plus de pertinence ; dans notre monde vécu profane et pluraliste, « les conditions de l'intégration sociale. exigent d'être construites, déclare-t-il, selon une « rationalité procédurale ». Dès lors, selon cet auteur, le droit du temps présent trouverait dans « l'activité communicationnelle » un paradigme argumentatif à la faveur duquel pourrait dorénavant se préciser le concept normatif de la « politique délibérative » propre à ce qu'il appelle « l'État de droit démocratique ».

Je voudrais, devant les symptômes, multiples et inquiétants, de la crise du droit constatés dans les sociétés complexes de notre temps : (I), examiner le nouveau paradigme du droit qu'apporte J. Habermas dans sa théorie de « l'activité communicationnelle » en insistant sur le thème de « la discussion démocratique (II) et m'interroger sur sa pertinence, c'est-à-dire sur le point de savoir si, dès lors qu'il est soumis au tribunal de la critique, il est apte, par la « re-fondation » du droit, à surmonter le malaise qui s'est installé dans l'univers juridique (III).

## *Le constat de crise de l'univers juridique actuel*

Dans cette première partie, je ne m'étendrai pas longuement sur le malaise aujourd'hui ressenti devant la silhouette prise par le droit à raison des transformations dont il est le lieu. Ce malaise correspond à une crise objective du droit. Je ne retiendrai ici que quelques symptômes, souvent mentionnés d'ailleurs, depuis quelques années déjà, par les juristes eux-mêmes.

Dans tous les secteurs qu'il est appelé à régir — c'est-à-dire dans tous les domaines de l'existence humaine — le droit connaît des ébranlements qui se produisent au nom d'une volonté réformatrice explicite ; la finalité en serait de mieux assurer, dans les sociétés complexes de notre temps, la pertinence des normes, leur justice, leur effectivité, voire leur efficacité. En matière civile, pénale, fiscale, commerciale..., dans le domaine constitutionnel, dans le droit international, on assiste à des corrections répétées du tissu juridique. Rappelons quelques-unes des manifestations de ce réformisme impénitent.

1. Chaque législature apporte son lot de lois nouvelles qui, le plus souvent, s'ajoutent aux lois antérieures, lesquelles ne sont pas nécessairement abrogées. Il s'agit, dit-on, d'éviter le vieillissement de textes que guette ou l'obsolescence ou l'inadaptation aux circonstances du moment. Quoi qu'il en soit, s'alourdissent ainsi les appareils législatif et infra-législatif ou réglementaire qui, lors même qu'ils répondent aux conseils d'experts ou aux rapports de commissions *ad hoc*, tendent à devenir pléthoriques. On a parlé, non sans raison, d'une « orgie législative ». Il y a excès de droit.

Les conséquences de cette inflation juridique sont funestes.

Par delà le pointillisme de décisions législatives adoptées dans une hâte parlementaire hypersensible aux accès de fièvre socio-politiques, notons, par exemple, l'absence d'un programme rigoureux et d'un plan d'ensemble pour le travail législatif, l'insuffisance des études préparatoires, condamnées à l'inaboutissement, les carences d'une rédaction trop rapide et peu soignée qui laisse place aux équivoques et suscite des querelles d'interprétation, les inévitables contradictions entre la norme d'hier et celle d'aujourd'hui, le mépris des dispositions contenues dans les grands Codes, l'oubli des principes fondamentaux de l'ordre juridique...

Remarquons que la multiplication des lois dites « spéciales » ainsi que des lois « d'orientation » encore appelées « lois-cadres » ne se peut faire qu'à raison du déclin des tables de la loi : Christian Atias parle à ce sujet de « lois sans âme » qui prolifèrent allègrement et désespérément, surtout dans les domaines économique-financier et social .

En outre, le gonflement jurisprudentiel appartient à la logique de ce processus inflationniste dans lequel s'installe le laxisme d'un droit qui, souvent, n'est pas appliqué. Le pouvoir judiciaire, en insistant sur sa vocation empirico-casuistique, en vient à obscurcir la

clarté des textes émanant de l'autorité institutionnelle ou traduits, dans la rationalité des codes, par des termes généraux et abstraits. Le pouvoir des juges tend à accorder valeur de règle à une décision jurisprudentielle considérée comme un « précédent ». Or, s'il est vrai que la jurisprudence fait traditionnellement partie des sources du droit, on assiste aujourd'hui à une transformation de l'ordre juridique qui est non seulement quantitative parce que la jurisprudence ouvre un champ quasi-illimité de possibles, mais qualitative parce que le droit, en sa complexification, perd son architectonique fondamentale et son exécutoirété.

**Ceci est un extrait, retrouvez nos documents complets sur [philopsis.fr](http://philopsis.fr)**