

Légalité et légitimité : réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus

Bjarne Melkevik

Volume 40, numéro 2, 1999

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043550ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043550ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Melkevik, B. (1999). Légalité et légitimité : réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus. *Les Cahiers de droit*, 40(2), 459–477.
<https://doi.org/10.7202/043550ar>

Résumé de l'article

Comment comprendre la relation entre « légalité » et « légitimité » ? Devant ce problème capital, l'auteur propose une analyse et une réflexion en matière de philosophie du droit sur l'ouvrage majeur de David Dyzenhaus intitulé *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Il analyse la proposition de Dyzenhaus selon laquelle les leçons que nous devons tirer de l'échec de la République de Weimar et de ses théoriciens du droit, Schmitt, Kelsen et Heller, consistent à opter pour une version moderne du jusnaturalisme insistant sur la justification démocratique et éthique du droit. À l'opposé de cette opinion, que l'auteur critique, il propose plutôt de voir la légitimité comme issue d'une perspective envisageant le citoyen à titre d'auteur du droit, ce qui lui permet de comparer Habermas et Dyzenhaus.

Légalité et légitimité : réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus

Bjarne MELKEVIK*

Comment comprendre la relation entre « légalité » et « légitimité » ? Devant ce problème capital, l'auteur propose une analyse et une réflexion en matière de philosophie du droit sur l'ouvrage majeur de David Dyzenhaus intitulé Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Il analyse la proposition de Dyzenhaus selon laquelle les leçons que nous devons tirer de l'échec de la République de Weimar et de ses théoriciens du droit, Schmitt, Kelsen et Heller, consistent à opter pour une version moderne du jusnaturalisme insistant sur la justification démocratique et éthique du droit. À l'opposé de cette opinion, que l'auteur critique, il propose plutôt de voir la légitimité comme issue d'une perspective envisageant le citoyen à titre d'auteur du droit, ce qui lui permet de comparer Habermas et Dyzenhaus.

How should one address the relationship between « legality » and « legitimacy » ? Faced with this fundamental issue, the author proposes an analysis and deliberation delving into the philosophy of law based on the major treatise of David Dyzenhaus entitled Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. He analyzes Dyzenhaus' proposal according to which the lessons to be drawn from

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

Dyzenhaus' proposal according to which the lessons to be drawn from the failure of the Weimar Republic and its legal theoreticians, consist in electing a modern version of « jusnaturalism » emphasizing the democratic and ethical justification of law. At odds with this view, that the author criticizes, he prefers seeing legitimacy as that which arises from a perspective of the citizen as the author of law, which enables him to compare Habermas and Dyzenhaus.

	<i>Pages</i>
1. La mise à mort d'une république démocratique	462
1.1 Le naufrage de la République de Weimar	462
1.2 Les théories de Schmitt, Kelsen et Heller sur Weimar	465
1.2.1 Carl Schmitt et l'autoritarisme constitutionnel	465
1.2.2 Hans Kelsen et la neutralité constitutionnelle	466
1.2.3 Hermann Heller et le constitutionnalisme politique	468
1.3 Les intermédiaires	469
2. Les leçons de Weimar	470
2.1 Dyzenhaus et le jusnaturalisme moderne	470
2.2 Une critique habermasienne de Dyzenhaus	472
Conclusion	476

Le questionnement entourant « légalité » et « légitimité » hante depuis fort longtemps la pensée juridique. Nous pouvons dire qu'il s'agit d'une problématique dont l'actualité s'accroît et s'accentue en raison de la crise et de l'insuffisance entourant la conception de la « légalité » issue des théories positivistes du droit. Cette insuffisance est d'ailleurs intensifiée par les changements politiques et sociaux intervenus dans les sociétés contemporaines. Quant à ce dernier point, nous n'avons qu'à penser au pluralisme culturel et factuel qui caractérise désormais irrémédiablement les sociétés contemporaines, et davantage encore au défi identitaire qui a propulsé l'exigence de droit et de légalité vers un renouvellement de la réflexion quant à la justification du droit et de la démocratie.

Utiliser, comme le fait le philosophe du droit torontois David Dyzenhaus, le naufrage de la République allemande de Weimar (1918-1933), qui a présidé et pavé le chemin de la prise de pouvoir par Adolf Hitler et les

et légitimité ainsi que pour y réfléchir est dans ce dessein très judicieux¹. Analyser les positions théoriques et philosophiques concernant la relation entre légalité et légitimité élaborée, dans ce contexte, par les constitutionnalistes Carl Schmitt (1888-1985), Hans Kelsen (1881-1973) et Hermann Heller (1891-1933) l'est encore davantage. Ce que nous proposons ici, par conséquent, est d'analyser les développements théoriques de Dyzenhaus et de réfléchir de façon critique sur ce sujet. Et, également, de pousser la réflexion sur les leçons que Dyzenhaus prétend pouvoir tirer de Weimar en ce qui concerne la relation entre légalité et légitimité.

Il faut dès maintenant souligner que les analyses de Dyzenhaus servent à propager une conception «éthique» du droit, soit une conception jusnaturaliste à mi-chemin entre le droit naturel éthique de Fuller² et l'éthique juridico-libérale de Ronald Dworkin³. N'ayant nous-même que peu d'affinités avec un tel droit éthique, aussi bien avec celui qui est proposé par Dyzenhaus que ceux de Fuller et de Dworkin, nous cherchons, par notre critique, à mobiliser certaines des idées avancées par Habermas concernant la «légalité» et la «légitimité» à l'opposé d'un tel projet⁴. Si nous pouvons affirmer que les intuitions qui guident Dyzenhaus sont fort intéressantes, il y a pourtant de bonnes raisons de réorganiser la relation entre légitimité et légalité, et ce, sans faire un retour vers le droit naturel, fût-il uniquement éthique. Ce qui nous amène, par contraste avec Dyzenhaus,

-
1. D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997. Notons que le titre initialement proposé était «Truth's Revenge» [«La vengeance de la vérité»]. D. DYZENHAUS, «Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?», *American Political Science Review*, vol. 91, 1997, p. 121. Cet article écrit par Dyzenhaus avant même son ouvrage, représente une bonne entrée en matière quant à la problématique du livre. Voir également D. DYZENHAUS, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1991, et le dossier critique sur ce livre dans *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 7, n° 7, 1994, pp. 41-94 (cela comprend des articles de Michael Hartney, Roger A. Shiner et Christine Sypnowich ainsi que la réponse de Dyzenhaus).
 2. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969; L. FULLER, *Anatomy of the Law*, New York, The New American Library, 1969; L. FULLER, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1982. Sur Fuller (1902-1978) voir R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, 1984.
 3. R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994; R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995; R. DWORKIN, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996. Sur Dworkin, voir A. HUNT (dir.), *Reading Dworkin Critically*, New York et Oxford, Berg, 1992.
 4. J. HABERMAS, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris, Gallimard; *Droit et morale: Tanner Lectures*, Paris, Seuil, 1997; J. HABERMAS et J. RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997. Sur Habermas, voir B. MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 91-150.

uniquement éthique. Ce qui nous amène, par contraste avec Dyzenhaus, vers la question d'une conception démocratique du droit pouvant assurer de façon plus appropriée le dialogue entre légalité et légitimité⁵.

1. La mise à mort d'une république démocratique

Un des aspects le plus fascinant de l'ouvrage de Dyzenhaus se révèle dans son « intrigue ». Il nous rappelle que les livres les plus captivants de philosophie du droit s'écrivent comme des romans policiers : il faut un « cadavre », des « meurtriers » et l'« appel lancé au lecteur » invitant au jugement en fait et en justice. La mise à mort de la République démocratique de Weimar en Allemagne le 20 juillet 1932 par un coup d'État constitutionnel n'échappe pas au genre. En conséquence, nous devons d'abord regarder de plus près les faits entourant le naufrage de la République de Weimar. Par après, nous pourrions aborder la critique qu'adresse Dyzenhaus à Schmitt et à Kelsen, de même que son éloge d'Heller.

1.1 Le naufrage de la République de Weimar

Le coup d'État du 20 juillet 1932 était un coup d'État constitutionnel mis en scène et orchestré par la droite conservatrice pour « liquider » un des derniers bastions de résistance démocratique, le gouvernement social-démocrate de la Prusse, avec le motif d'instaurer un régime autocratique pouvant sauver l'Allemagne⁶. Il s'agissait d'une « mise à mort » qui a scellé, en 1932, le destin de l'Allemagne démocratique par le fait qu'elle fut endossée par la Cour constitutionnelle de l'Allemagne et parce qu'elle ouvrait le chemin à la prise de pouvoir par les nazis en janvier 1933.

En fait, l'article 48 de la Constitution de Weimar était, en juillet 1932, utilisé par le président Hindenburg et le premier ministre von Papen pour évincer le gouvernement de la Prusse au profit d'une administration directe par le gouvernement central (fédéral). La Prusse, le plus grand, le plus peuplé et le plus fort économiquement des *Länder* allemands, était gouvernée par le Parti socialiste d'Allemagne (les sociaux-démocrates). Ce dernier et la Prusse représentaient un bastion démocratique contre les fossoyeurs autocratiques ayant conquis le gouvernement central (fédéral).

-
5. B. MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 371-387.
 6. Voir « Le coup d'État du 20 juillet », dans G. BADIA (dir.), *Histoire de l'Allemagne contemporaine*, Paris, Messidor et Éditions sociales, 1987, pp. 229-230, ou C. KLEIN, *Weimar*, Paris, Flammarion, 1968, p. 84.

Cependant, comment évincer cette résistance démocratique ? Hitler avait, dans un accord avec le gouvernement von Papen, fait légaliser les troupes paramilitaires nazies, les SS et les SA en 1932, de même qu'il avait obtenu une immunité fédérale contre toute interdiction par des *Länder*. Ces troupes opéraient désormais en toute « légalité » dans une véritable guerre rangée contre communistes, socialistes, syndicalistes, juifs, etc., dans les rues allemandes. La « gauche » ripostait selon ses moyens, ce qui plaçait le gouvernement social-démocrate prussien dans une position intenable : il ne pouvait pas s'attaquer aux troupes paramilitaires nazies, qui avaient obtenu un statut légal sur le plan fédéral (donc en dehors de leur compétence) et il ne pouvait pas s'en prendre non plus à la résistance civile organisée par les communistes, les syndicats, les sociaux-démocrates, etc., car cela aurait consacré la victoire des nazis.

Or, les « conservateurs » Hindenburg et von Papen, avec Hitler dans l'antichambre, voyaient dans ce piège, inventé par eux-mêmes, la possibilité de réduire considérablement et même d'évincer l'influence politique des sociaux-démocrates au profit d'une conception autocratique de l'État. Sous prétexte de désordre social, issu de leurs propres manigances, ils utilisèrent en juillet 1932 l'article 48 de la Constitution de Weimar pour écarter le gouvernement social-démocrate de la Prusse et ainsi mettre ce pays sous l'administration directe du premier ministre von Papen. La raison invoquée était précisément que le gouvernement de la Prusse n'arrivait pas à garantir la sécurité et l'ordre public et que, par conséquent, il fallait le remplacer par une administration directe. Le gouvernement social-démocrate, jouant la carte de la légalité, faisait appel à la Cour constitutionnelle (*Staatsgerichtshof*) de l'Allemagne en vue d'invalider, pour non-constitutionnalité, le décret présidentiel.

En fait, la lecture de l'article 48 de la Constitution allemande de Weimar démontre que plusieurs options interprétatives étaient à la portée de la Cour constitutionnelle en 1932 :

Article 48. – Si un *Länd* n'exécute pas les obligations qui lui incombent par la Constitution ou les lois, le président du *Reich* peut l'y obliger à l'aide de la force armée.

Au cas où, dans le *Reich* allemand, la sécurité ou l'ordre public [seraient] sensiblement menacés ou troublés, le président du *Reich* peut prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité et de l'ordre public, en employant le cas échéant la force armée. Dans ce but, il peut suspendre en tout ou en partie les droits fondamentaux reconnus dans les articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153.

Le *Reichstag* doit être informé sans tarder de toutes les mesures prises en vertu des alinéas 1 et 2 de cet article. Sur demande du *Reichstag*, ces mesures seront annulées.

En cas de danger imminent, le gouvernement d'un *Länd* peut appliquer les mesures prévues dans l'alinéa 2. Elles sont suspendues sur demande du *Reichstag* ou du président du *Reich*⁷.

Le problème de fond n'était pourtant pas de déterminer ce que cet article « voulait dire », mais ce que l'on voulait lui faire dire dans la situation concrète. Comme Dyzenhaus l'indique, la question en 1932 est tout simplement de savoir si la Cour constitutionnelle accepte de l'interpréter d'une manière excluant les institutions démocratiques au profit du coup d'État constitutionnel du président ou bien si elle préfère valoriser une interprétation en faveur des institutions démocratiques. Au-delà de toutes les réflexions sur les méthodes d'interprétation, le choix qui s'offre à la Cour constitutionnelle est de soutenir soit une conception autocratique du droit, soit une conception faisant référence à la légitimité « démocratique » du droit. Le choix de la Cour constitutionnelle en octobre 1932 consiste à soutenir une conception en faveur du coup d'État constitutionnel du président Hindenburg. Elle privilégie donc la conception autocratique du droit de Carl Schmitt, en insistant sur les normes de compétences à savoir que l'article 48 donne bien au président la « légalité » d'évincer le gouvernement démocratique de la Prusse.

La Cour constitutionnelle se met ainsi au service des forces antidémocratiques, au profit d'un président ayant suspendu le Parlement (*Reichstag*) et d'un premier ministre en train de construire un État autoritaire et entièrement non démocratique. De plus, la Cour constitutionnelle rend également son jugement au bénéfice d'Adolf Hitler. En fait, les nazis sont également débarrassés d'une source démocratique de résistance et n'ont devant eux, à la fin de 1932, que quelques politiciens autoritaires imbus d'eux-mêmes et de leur capacité de manigances partisans. La prise de pouvoir par Hitler, qui lui-même n'a jamais été élu ni démocratiquement ni par une procédure parlementaire à un quelconque poste gouvernemental, s'en trouvait en janvier 1933 considérablement facilitée. De cela il convient de souligner que la raison de sa prise de pouvoir tenait avant tout au fait que les forces démocratiques étaient largement mises en déroute.

C'est sur cette base que Dyzenhaus intervient en se demandant ce que les théoriciens du droit (et de la constitutionnalité) ont proposé à la Cour constitutionnelle. Bien qu'il soit toujours risqué de transformer l'histoire en tribunal de la « vérité », il n'en demeure pas moins que nous pouvons tirer des leçons de l'échec de Weimar sur le plan théorique. Certes, la décision de la Cour constitutionnelle n'est pas l'unique raison de la prise de

7. *Constitution de la République de Weimar* du 11 août 1919; reproduit par C. KLEIN, *op. cit.*, note 6 (nous avons légèrement modifié la traduction).

pouvoir par Hitler. Celle-ci s'explique davantage par l'affaiblissement et des institutions démocratiques et de la résistance démocratique au profit des forces autoritaires⁸. Cependant, la Cour constitutionnelle allemande, en interprétant l'article 48 contre la démocratie, n'a rien fait d'autre que de cautionner ce processus autocratique. Ce n'est donc pas pour rien, comme l'indique Dyzenhaus, que l'échec de la République allemande de Weimar a été décrit comme l'échec de sa constitution et des théories pouvant soutenir le projet constitutionnel d'un pays démocratique.

1.2 Les théories de Schmitt, Kelsen et Heller sur Weimar

L'interprétation de l'article 48 était, en fait, amplement inspiré par la conception que les juges de la Cour constitutionnelle, et plus encore la communauté juridique, se faisaient de la relation entre les concepts de légalité et de légitimité. Cette relation était largement fournie par des théoriciens du droit. C'est précisément dans ce dessein que Dyzenhaus fait intervenir les théories de Schmitt, Kelsen et Heller. Schmitt et Heller étaient réellement intervenus dans le procès devant la Cour constitutionnelle en 1932. Le premier était conseiller juridique du premier ministre von Papen, tandis que Heller l'était pour le parti social-démocrate prussien. Kelsen, pour sa part, était déjà l'un des constitutionnalistes les plus réputés de l'époque et écrivit à la fois sur la problématique de la Cour et plus tard sur le jugement. Alors, si le jugement de la Cour constitutionnelle du mois d'août 1932 était le résultat d'un choix entre trois conceptions concernant la relation entre légalité et légitimité, comment ces trois théories concevaient-elles cette relation ?

1.2.1 Carl Schmitt et l'autoritarisme constitutionnel

Carl Schmitt, constitutionnaliste et théoricien du droit, était d'accord avec le décret présidentiel de l'évincement et pour la confirmation de celui-ci par la Cour constitutionnelle⁹. Comme Dyzenhaus le souligne, Schmitt ne situait pas la question sur le plan de la norme mais sur le plan de la décision. Le souverain est celui qui en dernière instance décide quant à l'utilisation ou non de la Constitution. Ce qui veut dire que le président et

8. Voir H.A. TURNER, *Hitler, janvier 33. Les trente jours qui ébranlèrent le monde*, Paris, Calman-Lévy, 1997, qui insiste sur le manque de sens politique et la légèreté des acteurs politiques devant Hitler. Sa thèse est que l'ascension d'Adolf Hitler aurait pu être évitée.

9. C. SCHMITT, *Du politique « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseux, Pardès, 1990 ; *La notion de politique*, Paris, 1992 ; *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993 ; *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995. Voir, sur Schmitt, le numéro thématique qui lui est consacré dans *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 1, 1997, pp. 3-224.

son « droit » de décision représentent chez Schmitt l'incarnation même d'une « légalité » légitime. Il s'agit, aux yeux de Schmitt, d'une « légalité » simultanément juridique et politique, à tel point même que la question de constitutionnalité, ou encore de droit, n'est qu'une émanation de la politique du souverain. Le président, en tant que « gardien de la Constitution », incarne sur le plan décisionnel, selon Schmitt, la légitimité et la légalité du pouvoir constitutionnel.

Cette logique de « légalité » légitime est d'ailleurs radicalisée, chez Schmitt, quant à son sens. Si l'on aborde la théorie de Schmitt concernant la relation entre légalité et légitimité, il faut, et telles sont la force et l'intrigue mêmes de la position schmittienne, se rendre compte que celle-ci se compose de deux éléments : d'abord, une conception instrumentale du droit et, ensuite, une conception existentialiste de la société, de la politique et du droit. C'est sûrement ce dernier aspect qui a attiré le plus l'attention, car Schmitt concevait la politique et le droit selon des paramètres généalogiques quasi nietzschéens, à savoir une logique de l'ami et de l'ennemi. Il s'en suit, précisément, que la question de droit, de légalité et de légitimité est surpassée et soumise à une perspective entièrement partisane du droit. Il ne s'agit, suivant Schmitt, que de choisir existentiellement son camp : Voulez-vous être avec les « amis » ou avec l'« ennemi » ? Le choix est fait d'une façon instrumentale et partisane où choisir le camp « ami » signifie simplement appartenir à la « communauté allemande » telle qu'elle est alors conçue par les conservateurs allemands. D'où la « virilité allemande », comme vérité schmittienne de l'histoire et du droit, se résumant dans la défense contre un monde non allemand hostile et menaçant¹⁰.

Dyzenhaus souligne que la décision de la Cour constitutionnelle, en octobre 1932, représente une position schmittienne dans la mesure où le jugement montre le président (et son décret) comme le gardien de la Constitution. La solution schmittienne, comme il l'indique de façon subtile, est donc aussi le symbole de l'échec du positivisme légaliste, où les juges (et les communautés juridiques en général) s'inclinent devant l'autorité du Texte, le texte comme auto-interprété dans et par la pratique des autorités supposées compétentes et légitimes.

1.2.2 Hans Kelsen et la neutralité constitutionnelle

Il n'est pas étonnant que Dyzenhaus propose d'évaluer la théorie « pure » du droit de Kelsen en tant que théorie politique. Si nous pouvons sans difficulté constater que Kelsen évacue de sa théorie toute prise en

10. N. SOMBART, *Les mâles vertus des Allemands. Autour du syndrome Carl Schmitt*, coll. « Passages », Paris, Édition du Cerf, 1998.

considération de notions politique, sociale, morale, religieuse, etc., pour que la science de droit se présente comme « pure », il n'en demeure pas moins que le jugement que nous devons porter sur l'entreprise théorique même de Kelsen est que celle-ci était de caractère politique. En fait, vue à la lumière du réformisme social-démocrate, et précisément à travers le désir d'utiliser l'État comme instrument pour faire de profondes réformes économiques et sociales, cette politique législative nécessitait une sorte de neutralité de la « valeur » du droit pour escompter une coopération élargie avec des acteurs sociaux. Le rêve social-démocrate, qui conjugue l'État de droit classique et l'État-providence, symbolise effectivement pour Kelsen la nécessité d'assurer que la normativité de l'État peut avoir un effet immédiat sur la réalité. Le fait que la théorie de Kelsen est ainsi politique peut d'ailleurs être confirmé en relisant son ouvrage ayant pour titre *La démocratie. Sa nature – sa valeur*¹¹. La conception même de la politique de Kelsen consiste à combiner le socialisme démocratique (de Lasalle, Bernstein, Kautsky, etc.) et l'efficacité étatique¹².

En conséquence, Dyzenhaus se met sur la bonne piste dès le début en voulant évaluer la théorie pure du droit en tant que politique. Sa déception est cependant immédiate, car Kelsen, ayant écarté toute conception de politique (et donc de légitimité) à l'égard de la « pureté » du droit, se trouve à avoir rendu la politique autonome, et ce, en dehors de toute emprise du droit sur la politique. À l'intérieur du positivisme normativiste, par contre, les « normes de compétence », qui servent à tenir la pyramide kelsienne debout, n'aboutissent qu'au paradigme de l'auto-interprétation insistant sur ce que font les autorités (c'est-à-dire les paliers de l'État). Une fois les questions de politique, d'éthique, etc., évacuées, ou, autrement dit, dès que la pyramide normative de Kelsen se dresse, la légalité normativiste insistant sur ce que font les autorités représente la seule perspective autorisée, légale et donc « légitime ». C'est précisément l'architecture de la pyramide, constituée en « normes de compétence », qui permet de constater comment le paradigme d'une telle légalité est supposé révéler le « droit ». La question du droit se résume en fait chez Kelsen en ce que les paliers du gouvernement ont compétence pour faire, et donc aussi en la possibilité pour tous d'observer le « droit » (soit une normativité étatique) en tant que processus hiérarchique de légalité. C'est donc aussi la seule issue possible pour le juge, le fonctionnaire, le policier, etc., qui considèrent les normes de l'État normativiste comme illégitimes : il leur faut renoncer à leur poste.

11. H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, Paris, Economica, 1988.

12. Voir C.-M. HERRERA, « Kelsen et le libéralisme », dans C.-M. HERRERA (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 37-68, spécialement à la page 43.

Comme Dyzenhaus le souligne, le positivisme normativiste de Kelsen devient de cette façon un aveuglement à l'égard des enjeux réels des conflits constitutionnels (et juridiques). Voilà ce qui s'est révélé assez cruellement en 1932, quand Kelsen, prisonnier de ces « normes de compétence » et du texte de la Constitution, a été incapable de relever la question de légitimité. L'aveuglement l'avait empêché de voir, selon Dyzenhaus, que le politique était déjà, de par ses acteurs, à l'intérieur du droit. Le tout a entraîné son erreur fondamentale qui a été de prendre uniquement acte de la décision de la Cour constitutionnelle, y voyant, apparemment, une confirmation de la théorie « pure du droit », sans pouvoir se rendre compte de la perversité juridique de cette même décision.

1.2.3 Hermann Heller et le constitutionnalisme politique

Si Kelsen appartenait à l'aile très modérée du Parti social-démocrate, Heller était sûrement plus ancré dans celle de « gauche » et tout aussi certainement plus sensible à l'égard des enjeux politiques. Cela était sûrement inévitable vu qu'il agissait, rappelons-le, à titre de conseiller juridique dans cette affaire pour le Parti social-démocrate. Et, partant, c'est aussi lui qui représente pour Dyzenhaus la figure de proue, ou bien le tremplin des positions théoriques que ce dernier souhaite lui-même développer¹³.

Heller, comme le montre Dyzenhaus, jumelle en quelque sorte les théories de Schmitt et de Kelsen. Il croit, tout comme Schmitt, que le concept du droit est intimement lié au contexte politique et sociohistorique particulier et, à l'instar de Kelsen, que le droit présuppose une attache au concept de la démocratie et aux valeurs telles que l'égalité et la liberté. Toutefois, il ne s'agit point d'une synthèse, à part, peut-être, la nécessité de transformer l'État de droit formel (où se situe la défense de Kelsen, de même que le refus de Schmitt) en un État social de droit. C'est une pensée issue directement de la tradition sociale-démocrate, et qui se résume dans le projet de faire de l'État de droit un ordre démocratique et politique, en situation d'osmose avec la formalité du droit. La théorie d'Habermas, sur laquelle nous reviendrons sous peu, se rattache d'ailleurs directement à la même tradition.

Le programme théorique de Heller était, en conséquence, comme le rappelle Dyzenhaus, de défendre une conception de l'État de droit qui pouvait promouvoir des valeurs démocratiques et, en l'occurrence, affirmer ces

13. Voir H. HELLER, « The Nature and Structure of the State », (1996) 18 *Cardozo Law Review* 1139-1216, traduit de l'allemand par David Dyzenhaus avec une introduction : « Hermann Heller – An Introduction », (1996) 18 *Cardozo Law Review* 1129-1137. Cf. également, D. DYZENHAUS, « Hermann Heller and the Legitimacy of Legality », (1996) 16 *Oxford J. Legal Stud.* 641-666.

valeurs contre la montée des nazis et l'extrême droite. Il s'ensuit que nous ne pouvons donner du sens à l'idée de gouverner par le « droit » que si, au bout du fil positiviste, nous constatons une théorie et une assise de légitimité éthique et démocratique. Cette façon de concevoir le droit, souligne Dyzenhaus, ne se justifie nullement par l'enjeu démocratique lui-même, mais par une seconde lecture de la doctrine rationaliste du droit naturel durant laquelle nous devrions mettre l'accent sur des valeurs éthiques et démocratiques qui transcendent les enjeux politiques. C'est donc une conception qui voit le droit comme intimement relié aux principes éthiques et moraux fondamentaux. Et comme Dyzenhaus le souligne fortement, le concept de la conscience juridique et morale devient primordial pour Heller en tant que fondement du droit. Selon Heller, « pour être valide [...], une constitution, en tant que constitution, c'est-à-dire autre chose qu'une situation factuelle extrêmement fluctuante du pouvoir suprême, a besoin d'une justification par des principes éthiques fondamentaux du droit¹⁴ ». Comme nous désirons le démontrer dans les pages qui suivent, c'est cette idée de justification chez Heller que Dyzenhaus cherche à introduire au cœur de la question de la légitimité de l'entreprise juridique d'aujourd'hui.

En résumé, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi Heller pouvait s'opposer farouchement au coup d'État constitutionnel du 20 juillet 1932 et tout aussi violemment à la légitimation constitutionnelle de celui-ci par la Cour constitutionnelle. Sa théorie révèle clairement comment une utilisation aveugle du droit devient l'ennemi même de l'idée d'un État de droit. Ce qui explique pourquoi Heller était un partisan résolu de la revendication selon laquelle la Cour constitutionnelle aurait dû interpréter l'article 48 sur le fond du contexte actuel de l'époque et en vue de confirmer les principes fondamentaux du droit et de la démocratie.

1.3 Les intermédiaires

Dyzenhaus n'a pas, à ce stade de ses réflexions, de réels problèmes à nous convaincre que, parmi les trois théories en lice, seule celle de Heller représente, dans la situation extrême du coup d'État constitutionnel de 1932, une position défendable. Seule la conception de Heller aurait pu incarner une barrière contre les forces autocratiques et une valeur démocratique pouvant renforcer la résistance démocratique en Allemagne en 1932. Or, nous sommes justement là où Dyzenhaus veut nous amener. Pour reprendre notre analogie des « romans policiers », l'« appel au lecteur » ne propose-t-il pas de façon suggestive, sinon captivante, de faire accepter la solution de l'énigme comme la présente Dyzenhaus : à savoir que nous

14. H. HELLER, *op. cit.*, note 13, p. 1216 (notre traduction).

avons impérativement besoin d'une théorie jusnaturaliste moderne qui insiste sur la justification éthique et démocratique en tant que fondement du droit ? Nous allons maintenant regarder de plus près ce second aspect.

2. Les leçons de Weimar

Que propose en fait Dyzenhaus ? Quelles leçons veut-il nous voir tirer de l'expérience de Weimar en ce qui concerne le concept du droit ? Regardons d'abord la théorie pouvant résumer ces leçons selon Dyzenhaus, pour ensuite les critiquer en utilisant la conception démocratique du droit selon Habermas.

2.1 Dyzenhaus et le jusnaturalisme moderne

Dyzenhaus élabore une théorie du droit comme relevant de l'*accountability*¹⁵. Ce que nous pouvons traduire à la fois comme la « responsabilité » et comme le fait de « rendre compte ». L'idée de Dyzenhaus est que tout ordre juridique doit pouvoir « rendre compte » à la fois à une conception éthique du droit et aux citoyens d'un État de droit. Tout sujet de droit doit pouvoir remettre en question la « validité », ou simplement le bien-fondé, du droit. Ce moment de « rendre compte » devient pratiquement l'instance même de légitimité de droit, telle même que l'absence d'effectuer un tel test ou simplement l'échec en le faisant devra montrer que le droit s'engage sur des chemins qui ne mènent nulle part, sinon à la négation même du droit. La théorie jusnaturaliste de Dyzenhaus peut, en conséquence, être qualifiée de « justificatrice », comme relevant d'une philosophie de justification.

Nous pouvons davantage éclaircir cette conception en nous adressant au jusnaturaliste (et à la source philosophique de Dyzenhaus) Lon L. Fuller. Comme le confesse Fuller, une telle théorie doit, au bout du fil, se voir justifiée par les bienfaits supposés d'une justification éthique :

Je dois [dit-il] m'appuyer sur l'affirmation d'une croyance qui peut sembler naïve, à savoir que cohérence et bonté possèdent plus d'attrait que cohérence et mal. En acceptant cette croyance, je crois aussi que, quand une personne est interpellée pour expliquer et justifier sa décision, l'effet obtenu est généralement d'orienter ses explications vers le bien, en mobilisant l'un ou l'autre des standards existants de ce qui doit être considéré comme bon¹⁶.

15. D. DYZENHAUS, *op. cit.*, note 1, p. 250 et suiv.

16. L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », (1957-58) 71 *Harvard Law Review* 630, 636, cité par D. DYZENHAUS, « The Legitimacy of Legality », (1996) 46 *U.T.L.J.* 129 (Notre traduction : « I shall have to rest on an assertion of a belief that may seem naive, namely that coherence and goodness have more affinity than coherence and evil. Accepting this belief, I also believe that when men are compelled to explain and justify their decisions, the effect will generally be to pull those decisions towards goodness, by whatever standards of goodness there are. »)

Nous pouvons, par conséquent, envisager la conception «justificatrice» de Dyzenhaus de la façon suivante. Les principes fondamentaux du droit et de l'éthique, en tant que source de légitimation, doivent se faire valoir dans un raisonnement évaluant si une proposition juridique doit être considérée comme légitime. C'est en fait le propre de la démocratie, selon Dyzenhaus, que cet exercice d'évaluation soit le plus élargi possible et que personne n'en soit légitimement exclu.

Deux axes théoriques se croisent de la sorte chez Dyzenhaus. D'abord, il existe une conception du droit comme «bagage». Il faut, selon Dyzenhaus, que la légitimité et la légalité soient animées par des principes intangibles pouvant toujours, et surtout dans des circonstances de crise (comme le coup d'État contre la République de Weimar en 1932), assurer une base inébranlable au droit. Cette dernière n'est pourtant pas, d'après Dyzenhaus, donnée en soi, mais elle existe précisément comme le «bagage» qu'une tradition juridique du citoyen porte avec elle. L'idée de «bagage» nous informe sur le fait que ces principes ne sont pas donnés substantivement, comme essences, sinon ils devraient s'actualiser quant au contenu dans le processus de justification éthique et démocratique à partir de la perspective du citoyen. En somme, les principes d'égalité, de liberté, etc., si fondamentaux dans notre bagage juridique, doivent pratiquement trouver leur sens et leur contenu dans une culture juridique constituée par la justification même de ces principes.

Ensuite, un axe démocratique est symbolisé par le citoyen qui, comme instance ultime de toute légitimité et de toute légalité, doit pouvoir avoir en main tous les aspects de la justification du droit. Il revient concrètement aux citoyens de donner dans un processus de justification le contenu voulu à l'entreprise juridique, aux principes juridiques et à tout projet juridique. Cela nécessite sûrement la stabilisation de l'État de droit dans la légalité du droit positif, mais aussi une «éthique» permettant au droit d'être légitime.

Dyzenhaus donne en somme une conception du droit que nous pouvons maintenant mesurer, comme il le fait lui-même, à l'égard de l'expérience de Weimar et quant au libéralisme juridique dominant.

Avec une telle théorie, Dyzenhaus n'a pas de difficulté à condamner la décision de la Cour constitutionnelle en octobre 1932, car le décret rendu par Hindenburg et le coup d'État constitutionnel de juillet 1932 ne peuvent se justifier, se légitimer, à l'égard d'un quelconque «rendre compte» éthique et démocratique qui n'aurait visé qu'une mise à mort délibérée de la démocratie de Weimar. Toutes les discussions à savoir qui doit être le gardien de la Constitution ne sont dans ce sens rien d'autre qu'une idéologie trompeuse et une instrumentalisation du projet juridique. Dyzenhaus peut également indiquer que la Cour constitutionnelle n'a pas respecté

l'« éthique » (le bagage) interne du droit. Elle n'a pas su mobiliser une justification « éthique » du droit et n'a pas su respecter les exigences d'une culture démocratique. Au lieu d'une conception « saine » du droit, la Cour constitutionnelle allemande n'a donc fait qu'un droit perverti.

Dyzenhaus en profite également pour se distancier à l'égard du libéralisme juridique contemporain. D'abord, il souligne que les libéraux ne valorisent pas la démocratie *per se* : le droit et la démocratie ne sont que des moyens (outils, instruments, etc.) pour faire affirmer les valeurs libérales. Donc aussi, selon Dyzenhaus, on constate l'incapacité des libéraux de négocier, de dialoguer, avec le fait du pluralisme ou simplement les conflits concernant des valeurs fondamentales. Comme Dyzenhaus le souligne à l'égard de Rawls, la position du libéralisme politique qui consiste à s'autoproclamer « neutre » ou « indépendant » (*freestanding*), comme Ponce Pilate autrefois, est intenable¹⁷.

En fait, Dyzenhaus propose ceci : plutôt que de se croire « neutre », comme le prétend le libéralisme de Rawls, il faut mobiliser, en utilisant le dialogue, le bagage « éthique » que véhicule la société moderne. Le but chez Dyzenhaus est clairement d'éviter la tension entre une « neutralité » qui permet tout et une « neutralité » qui n'est qu'une honte, en favorisant les libéraux aux détriments d'autres conceptions de la politique¹⁸. Cela peut uniquement se produire, dans le sens où Dyzenhaus l'entend, en reconnaissant que la politique et le droit ne se font pas dans le vide, mais en s'appuyant sur un bagage de valeurs, de principes, etc., dont le lien de mobilisation est les mécanismes institutionnels de la démocratie.

2.2 Une critique habermasienne de Dyzenhaus

La relation entre légitimité et légalité résume largement le rôle même de la philosophie du droit chez Habermas. Nous allons, par conséquent, nous limiter ici à quelques idées clés chez Habermas que nous voulons opposer à la philosophie de justification du droit de Dyzenhaus¹⁹. En réalité, nous voulons voir comment la conception démocratique de Habermas peut être jugée supérieure à la conception renouvelée du droit naturel chez Dyzenhaus. Nous ne croyons pas en effet que le droit naturel, soit-il sans

17. Cf. J. RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

18. Nous trouvons la même idée chez Jürgen Habermas ; voir J. HABERMAS et J. RAWLS, *Débat sur la justice politique*, coll. « Humanités », Paris, Éditions du Cerf, 1997, pp. 948 et 143-187. Sur la relation entre Rawls et Habermas, voir B. MELKEVIK, « Du contrat à la communication : Habermas critique Rawls », *Philosophiques*, vol. 24, 1997, p. 59.

19. Voir, pour une critique d'Habermas, D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 16, 129-180 ; également reproduit dans D. DYZENHAUS, « The Legitimacy of Legality », (1996) 82 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 324.

contenu et ouvert aux enjeux démocratiques, puisse honorer entièrement les exigences contemporaines du droit. Nous insistons donc sur le fait que la conception du droit de Dyzenhaus est toujours, dans une perspective communicationnelle, déficitaire.

Habermas peut, tout compte fait, facilement et sans détour souscrire au message démocratique de Dyzenhaus. C'est l'essence même de son œuvre de philosophie du droit, à savoir son *Droit et démocratie. Entre faits et normes*²⁰, que la seule instance de légitimité que nous possédons après le naufrage de la métaphysique et la perte d'innocence du positivisme juridique, c'est précisément la démocratie. Or, l'essence de la démocratie, selon Habermas, n'est pas de pouvoir uniquement justifier, mais d'être auteur du droit. En fait, le point de départ de la conception communicationnelle du droit chez Habermas est simple, il se résume même dans une phrase en apparence toute simple : « que ceux qui sont soumis au droit en tant que destinataires se sentent aussi comme auteurs du droit²¹ ». Ou, plus concrètement encore, que les citoyens doivent pouvoir s'envisager réellement et réciproquement comme des auteurs et des destinataires du droit.

La différence par rapport à la pensée de Dyzenhaus se trouve en conséquence du côté de l'auteur, et plus précisément dans la problématique consistant à savoir si la conception justificatrice de Dyzenhaus peut respecter toutes les exigences modernes du processus réel de l'autolégislation démocratique. Or, en dépit de toute l'insistance que Dyzenhaus démontre quant au rôle de la démocratie, il est assez clair, à partir de ce qu'il écrit, qu'il ne s'agit que d'un rôle limité de « justification » : selon lui, le rôle des citoyens consiste simplement à justifier le droit, nullement à en être les auteurs ; le rôle des citoyens, c'est de donner du « contenu » à quelques exigences qui sont déjà par tradition et culture là (quoique non substantiellement) comme fondement du droit. Le dernier aspect nous laisse d'ailleurs plutôt songeur vu le « fondationalisme²² » traditionnel du jusnaturalisme. Le message éthico-juridique de Dyzenhaus se résorbe, par conséquent, à l'intérieur du raisonnement même de justification, là où la conception démocratique de Habermas prend son envol vers une réflexion sur les possibilités réelles d'une légitimation démocratique du droit.

Pour mesurer davantage la différence, regardons de plus près deux aspects importants : d'abord, la relation entre autonomie privée et publique, ensuite, la relation entre morale et droit.

20. J. HABERMAS, *op. cit.*, note 4.

21. *Id.*, p. 138.

22. Ce néologisme fait référence à un « discours de fondation ».

Dyzenhaus défend par sa conception justificatrice une relation entièrement classique de l'autonomie privée et l'autonomie publique. Pour lui, les deux notions doivent être soigneusement séparées, car seule une telle distinction peut assurer le rôle justificateur des citoyens. Bref, ces derniers possèdent déjà, en tant que tels, un ancrage quant aux conceptions de la justice, de l'égalité et de la liberté, de même qu'un sens de la cohérence et de la bonté, dont ils peuvent disposer en vue de « justifier » (ou non) l'ordre juridique. Ce qui est particulier avec cette forme de l'autonomie privée, comparée avec le libéralisme juridique, est bien que Dyzenhaus refuse (très judicieusement) de la définir dans des termes de « droits subjectifs ».

Or, la perspective de citoyens pouvant se voir comme auteurs du droit impose à Habermas une autre façon de concevoir la relation entre l'autonomie privée et l'autonomie publique. Sa position est la suivante : il existe une homologie entre les deux notions qui se concrétise dans la formation d'une volonté commune. Et c'est justement ici que se révèle proprement la distance entre Dyzenhaus et Habermas. Car là où le premier se repose sur le paradigme de ce que tout individu peut bien vouloir et mobiliser pour justifier le projet juridique, le second dit que cela n'est plus assez. Selon Habermas, il ne suffit pas que chaque personne s'engage de façon subjective dans un processus de justification, mais plutôt que tous les individus puissent réellement et « intersubjectivement » se constituer réellement comme des auteurs du droit. La différence quant à la formule de Dyzenhaus est précisément que l'intersubjectivité et l'espace public deviennent chez Habermas le seul lieu possible de légitimité du droit. Il n'est dès lors plus question des ressources morales de chaque personne, comme chez Dyzenhaus, à savoir notre inclinaison à préférer la justice, l'égalité et la liberté, mais plutôt, sur le plan politique, de notre capacité de sélectionner démocratiquement les normes que nous voulons honorer comme valides pour nous. La perspective qu'introduit donc Habermas, à l'opposé de Dyzenhaus, se résume en conséquence dans un « nous juridique », là où précisément la conception justificatrice de Dyzenhaus ne mobilise qu'un essaim de « je moral ».

Une des conséquences de cette façon de concevoir le projet du droit chez Habermas est que l'idée de l'autolégislation ne doit pas être associée, comme chez Dyzenhaus, avec l'autolégislation morale des personnes individuelles. Elle doit au contraire être conçue d'une façon plus universelle et plus politique. Donc c'est précisément l'apparition chez Habermas du principe de la discussion et de l'intersubjectivité langagière qui n'a aucune équivalence chez Dyzenhaus. Or, en faisant référence à ce principe, Habermas peut introduire l'exigence démocratique comme le cœur même d'un système juridique, tandis que celle-ci doit s'assurer que les citoyens peuvent

mettre en œuvre, en tant qu'auteurs, d'une façon politiquement autonome un système de droit. Le principe de la discussion et de l'intersubjectivité langagière doit ainsi assurer que le droit sera réellement l'œuvre de tous, car il ne suffit pas uniquement de justifier selon nos propres horizons moraux ni en tant qu'agrégat d'individus (ce qui est la position de Dyzenhaus), mais davantage, suivant Habermas, selon une compréhension pouvant être formée non en s'appuyant sur un quelconque axe moral, mais d'après la discussion démocratique dans l'espace public. D'une manière claire, la démocratie ne fonctionne que comme des processus en vue de sélectionner des normes que *nous* voulons honorer comme valides et celles-ci se déploient selon une multitude d'axes que nous ne pouvons pas présumer d'avance.

Par ailleurs, la différence entre Dyzenhaus et Habermas peut aussi être démontrée dans le cas de la relation entre morale et droit. Chez Dyzenhaus, cette relation demeure plutôt traditionnelle : les ressources éthiques des citoyens justifient le système juridique ou, en d'autres mots, le droit est soumis à la conception éthique des individus en vue d'une justification « démocratique ».

Chez Habermas, les choses se présentent tout autrement car il considère la validité des normes juridiques comme relevant de la politique, à savoir un processus où les citoyens peuvent se voir comme politiquement autonomes. Le danger est ici d'hypostasier l'éthique à l'égard du droit, comme incline à le faire l'éthique de justification de Dyzenhaus, avec comme risque d'hypothéquer le processus de validation des normes juridiques et de mettre la démocratie même en tutelle. Par conséquent, Habermas prend bien soin d'attribuer un rôle plus modeste à l'éthique que ne le fait Dyzenhaus. Il voit à vrai dire l'éthique et la morale comme des ressources complémentaires par rapport au projet juridique. Cela signifie que la morale comme le droit se partagent la tâche de « protéger équitablement l'autonomie de toutes les parties prenantes et les personnes concernées²³ ». Cela rejoint donc aussi notre première constatation, qui contraste singulièrement avec la théorie de Dyzenhaus, quand Habermas souligne que les droits subjectifs « ont pour objet de délier, de façon bien définie, les sujets de droit des préceptes moraux²⁴ ». Voilà qui permet à l'individu, se fondant sur de tels droits subjectifs, de se libérer de toute emprise éthique ou morale non justifiable.

23. J. HABERMAS, *Interrelations entre État de droit et démocratie*, « L'Actuel Marx », n° 21, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 21.

24. *Id.*, p. 20.

La raison de cette complémentarité est que le projet juridique a, chez Habermas, «recours à un réseau ramifié de discours et de négociations, et non pas seulement aux discours moraux²⁵». Au contraire donc de ce qui se passe avec Dyzenhaus, où un discours éthique et moral initial subordonne le projet juridique, la thèse de complémentarité chez Habermas met l'accent sur le fait que la législation moderne relève souvent d'un marchandage (*bargaining*), un compromis donnant-donnant, ou simplement des arrangements politiques ou institutionnels visant des compromis politiques. Ainsi, nous pouvons le constater en ce qui a trait aux revendications des nations amérindiennes nord-américaines où ce n'est nullement la magie morale de l'égalité ou de l'éthique qui est en jeu, mais un processus de reconnaissance identitaire pouvant, entre autres, servir à effacer les séquelles de l'histoire. Donc c'est précisément l'impossibilité de compter uniquement sur une quelconque «lecture éthique» comme chez Dyzenhaus, ou encore chez Dworkin, sinon, au contraire, de valoriser une prise en considération réelle des enjeux politiques, sociaux, historiques, économiques, etc., qui se déroulent dans une législation moderne et qui doivent par la suite, dans leur dynamique, nous servir pour produire de bons arguments.

Quoiqu'il existe beaucoup de points de rencontre entre la conception jusnaturaliste de la justification de Dyzenhaus et la conception démocratique du droit d'Habermas, il nous semble en somme que la position de ce dernier est plus réaliste et mieux adaptée pour répondre aux jeux démocratiques réels.

Conclusion

Le discours de Dyzenhaus sur le droit est ensorcelant. Là où un raisonnement froid et classique n'avait eu aucun effet, il arrive avec son «intrigue» à la fois à capter le lecteur et à subtilement l'amener à accepter sa version renouvelée du jusnaturalisme. Devant la crise de Weimar et avec la connaissance historique dont nous disposons aujourd'hui, qui n'aurait pas voulu lui donner raison ou, au moins, lui accorder le crédit qu'au bout du fil du droit se trouve le jusnaturalisme? Nous admettons d'ailleurs volontiers que le jusnaturalisme de justification de Dyzenhaus représente quelque chose de sympathique par son ouverture démocratique.

Or, la conclusion qui s'impose, à notre avis, est que, même si Dyzenhaus nous a livré une des réflexions sur le droit les plus captivantes qu'il nous ait été donné de lire, il n'en demeure pas moins que son

25. *Id.*, p. 21.

jusnaturalisme justificateur du droit est bien inférieur à la conception démocratique du droit d'Habermas. Nous devons admettre, comme preuve de lucidité, que nous n'avons plus d'autres ressources pour légitimer le droit que la démocratie réelle, celle qui se joue dans toutes ses imperfections dans les espaces publics. Seuls avec l'ivresse démocratique de la modernité et sans filet de protection, nous devons désormais, à titre d'« auteurs », légitimer démocratiquement le droit. Ce qui nous entraîne, comme en témoigne Habermas, vers une autre façon de concevoir l'État de droit et, surtout, l'autonomie des sujets de droit.