

Du procéduralisme à l'expérimentalisme. Jürgen Habermas,
Frank Michelman et Charles Sabel : trois perspectives sur le
principe de séparation des pouvoirs, le rôle de la justice
constitutionnelle et son fondement de légitimité

Mémoire réalisé par
Oscar Enrique Torres Rodríguez

Promoteur(s)
Jacques Lenoble

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

DU PROCÉDURALISME À L'EXPÉRIMENTALISME. JÜRGEN HABERMAS, FRANK MICHELMAN ET CHARLES SABEL : TROIS PERSPECTIVES SUR LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS, LE RÔLE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET SON FONDEMENT DE LÉGITIMITÉ.

INTRODUCTION

Profondément réfléchi et théorisé par les philosophes politiques des Lumières tels que Locke, Montesquieu et Rousseau, le principe de séparation des pouvoirs, qui trouve son origine dans la pensée grecque de l'Antiquité, prend une place fondamentale dans l'État de droit actuel.

Contenu dans les Constitutions, au sens matériel du terme, ce principe a essentiellement pour finalité, en divisant fonctionnellement le pouvoir étatique en trois fonctions – législative, exécutive et judiciaire –, d'éviter les dérives pouvant résulter de la concentration de la puissance publique dans une (seule) de ces fonctions.

Au sein de la doctrine juridique classique, le principe de séparation des pouvoirs a traditionnellement été lié, de manière implicite, à la distinction entre la justification et l'application des normes juridiques.¹ De même, en ce qui concerne le champ du droit et de la démocratie, l'application des normes juridiques a été attribuée aux fonctions exécutive et judiciaire, avec leurs nuances et spécificités propres, tandis que leur édicition a été confiée au pouvoir législatif – reconnu, depuis l'instauration des démocraties modernes, comme souverain suprême et unique à l'intérieur de l'État.

Le principe de séparation des pouvoirs ainsi conçu s'est maintenu structurellement inchangé depuis très longtemps ; s'ensuit dès lors la conservation de la classique division fonctionnelle tripartite. Mais ce sont les relations existantes entre les trois fonctions qui ont été appréhendées différemment. Caractérisé par l'imposition de limites au pouvoir étatique afin d'assurer au mieux la sphère de l'autonomie privée des individus, l'État libéral a conçu, à la lumière d'un paradigme formaliste du droit, l'interaction entre les fonctions étatiques de manière stricte : chaque fonction restait (idéalement ?) enfermée dans les limites que la loi lui imposait. Ainsi, à titre d'exemple, selon le modèle judiciaire de l'État libéral, le juge n'était selon l'expression courante que la bouche

(1) Voy. J.Habermas, «Law and morality», in S. McMurrin (ed.), *The tanner lectures on human values*, vol. 8, Salt Lake City, Utah University Press, 1988, pp. 276 et 277. Voy. dans ce sens J. Lenoble, «Law and undecidability : a new vision of the proceduralization of law», *Cardozo Law Review*, vol. 17, n° 4, 1996, p. 945 : Pour lui, il y existe une «traditional institution of jurist according to which the justification and application of a legal rule are not simply two rational operations of the same nature».

de la loi et se contentait d'appliquer la norme de manière syllogistique, à l'aide des directives d'interprétation figées et imposées par la tradition juridique. L'émergence de l'État social, qui essaie (idéalement ?) de combler les insuffisances du modèle libéral de l'État par le biais des interventions étatiques de type programmatique pour atteindre les objectifs politiques voulus et mettre sur un pied d'égalité socio-économique les membres de la société, nous amène également à un changement de perspective eu égard au principe de séparation des pouvoirs. Avec le passage de l'État libéral à l'État social, on s'aperçoit que le modèle de l'État social commence déjà à ébranler les relations entre les trois fonctions solidement conçues par le premier modèle. En effet, sous l'État social, la fonction juridictionnelle exerçait un pouvoir d'interprétation plus ou moins large guidé par des principes et des objectifs politico-sociaux de l'État lors de la résolution de conflits.

Aujourd'hui, on assiste à la crise de l'État social – sans envisager aucunement la possibilité d'un retour au modèle libéral – et des modèles classiques de la représentation politique. Désormais, les sociétés des États démocratiques occidentaux exigent l'intégration des citoyens à la vie politique par le biais de procédures beaucoup plus participatives que les simples mécanismes électoraux de représentation populaire (et le système formaliste des partis qu'ils supposent). À cet égard, des palliatifs ont néanmoins été proposés. On en trouve l'illustration en ce qui concerne la fonction juridictionnelle et la légitimité du juge constitutionnel : depuis 2009, l'élection des magistrats à la Cour constitutionnelle (auto-baptisée « plurinationale ») de Bolivie se déroule au suffrage universel direct.²

À cette crise de la représentation politique, il faut ajouter la nécessité de réguler le marché et la bureaucratie : deux traces du modèle libéral et du modèle social de l'État résultant respectivement du rôle abstentionniste de l'État face à la loi de l'offre et la demande, et de la création et prolifération des agences indépendantes qui ont accompagné l'émergence de l'État social – notamment aux États-Unis avec l'exécution du *New Deal* et dans les années 60 et 70 avec la mise en œuvre des programmes sociaux de la *Great Society* américaine.³

(2) Voy. J. Rivera «El estatuto jurídico del juez constitucional en Bolivia», in *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo* (sous la direction de H. Fix-Zamudio et C. Astudillo), Mexique, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 259-291.

(3) Du point de vue de la science politique, on commence de plus en plus à relever l'émergence d'« agences indépendantes » dont le statut d'un point de vue juridique pose pas mal de questions. Certains auteurs américains ont commencé à parler de l'émergence d'un quatrième pouvoir dans le principe de séparation des pouvoirs.

Dans ce contexte de paroxysme politique, auquel il convient d'ajouter le défi que constitue le caractère pluraliste des sociétés modernes,⁴ un certain nombre de penseurs contemporains se sont attachés à construire, reconstruire et déconstruire de nouveaux modèles du droit et de la démocratie dans le but d'assurer, dans le processus d'élaboration d'une norme, une participation plus effective de ses destinataires. Mais qu'en est-il du principe de séparation des pouvoirs ? *Quid* particulièrement de la fonction juridictionnelle, la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité ? Ce contexte constitue sans doute l'occasion pour la philosophie de la politique et du droit de repenser de telles questions.

Le présent travail se limitera, avec un intérêt particulier, à la figure du juge suprême en tant qu'institution qui se trouve au sommet de l'ordre judiciaire. Cet intérêt se justifie par le fait que dans les pays où il existe un mécanisme de contrôle abstrait des normes ou de « *judicial review* », comme la république fédérale d'Allemagne ou les États-Unis, le principe de séparation des pouvoirs se trouve actuellement confronté à une double problématique posée par la justice constitutionnelle : d'une part, sur le plan institutionnel, le pouvoir de révision dans le chef des juridictions suprêmes (sur les actes adoptés par l'État dans le cadre de ses fonctions législatives et exécutives) ébranle les relations classiques que la fonction entretient avec les autres fonctions ; d'autre part, sur le plan de la légitimité de la fonction juridictionnelle, comment peut-on justifier qu'une juridiction suprême annule des actes adoptés par l'organe législatif et l'administration publique qui, au contraire du juge suprême, sont légitimes car élus au suffrage universel direct ?⁵

On estime que les réponses aux questions précédemment posées et la position à l'égard de la double problématique varient en fonction du type de rationalité juridique adopté. Par conséquent, ce travail visera à analyser comment le principe de séparation des pouvoirs – traditionnellement et implicitement conçu par la doctrine juridique en termes de distinction entre justifier et appliquer une norme –, le rôle de la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité se sont redéfinis au regard de trois rationalités juridiques contemporaines : la rationalité procédurale-communicationnelle défendue par Jürgen Habermas, la rationalité éthique-substantielle qui est à

(4) Voy. J. Lenoble, «Law and undecidability : a new vision of the proceduralization of law», *op. cit.*, p. 938.

(5) Un second intérêt d'avoir établi la juridiction suprême comme axe de développement de ce travail se trouve dans le fait qu'elle occupe une place privilégiée dans les démocraties modernes, qui se voient encadrées par une Constitution au sens matériel du terme. En effet, l'exercice de la fonction juridictionnelle, institutionnellement incarnée dans une cour suprême ou cour constitutionnelle, occupe habituellement une place essentielle par rapport aux deux autres fonctions du pouvoir étatique : elle assure non seulement que l'organisation et l'exercice du pouvoir se réalisent dans les marges du prescrit constitutionnel (la fonction judiciaire contrôlant donc le respect du principe de séparation des pouvoirs), mais elle préserve également la protection des droits fondamentaux garantis par les lois fondamentales des États.

l'arrière-plan du républicanisme de Frank Michelman, et enfin la rationalité expérimentale adoptée par Charles Sabel et Will Simon.

Pour aborder la triple question qui nous préoccupe dans ce travail (le principe de séparation des pouvoirs, le rôle de la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité), le premier chapitre prendra comme point de départ l'articulation proposée par J. Habermas, en termes de théorie du discours, sur la distinction entre la justification et l'application des normes juridiques (§1), pour ensuite présenter les positions de F. Michelman (§2) et Ch. Sabel et W. Simon (§3) au sujet de cette distinction. Le deuxième chapitre visera à opérer un détour épistémologique afin d'analyser les trois types de rationalité juridique adoptés par lesdits auteurs. Pour ce faire, nous mettrons en tension les rationalités juridique procédurale-communicationnelle de J. Habermas et éthique-substantielle de F. Michelman (§1), avant de présenter la rationalité expérimentale (§3) en tant qu'une sorte de troisième voie de dépassement des deux rationalités sus-évoquées (§2) du point de vue de la résolution de problèmes. Finalement, dans le troisième chapitre, nous conclurons notre cheminement par l'analyse de la position du principe de séparation des pouvoirs, la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité au regard de la rationalité juridique de J. Habermas (§1), de F. Michelman (§2) et de Ch. Sabel et W. Simon (§3).

CHAPITRE I. LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS OU DE LA DISTINCTION ENTRE L'OPÉRATION DE JUSTIFICATION ET L'OPÉRATION D'APPLICATION DES NORMES JURIDIQUES

Précédemment, il a été établi que le principe de séparation des pouvoirs trouve traditionnellement son expression en termes juridiques dans la distinction classique entre la justification et l'application des normes. Dans ces termes, les constitutions qui consacrent ce principe ont confié le pouvoir d'édiction des lois à un organe législatif tandis que le pouvoir exercé sur son application a été confié aux pouvoirs judiciaire et exécutif – il est bien connu que par le biais de différents techniques, notamment la technique réglementaire, ce dernier a la faculté d'assurer l'application des lois créées par le législatif.

Dans ce chapitre seront présentés les trois points de vue contemporains relatifs à la distinction classique entre l'opération de justifier et l'opération d'appliquer une norme juridique. Tout d'abord, nous étudierons l'articulation de cette distinction telle qu'elle est proposée par J. Habermas en termes de théorie du discours, pour ensuite, passer revue des positions que F. Michelman et Ch. Sabel et W. Simon défendent à cet égard.

§1. Jürgen Habermas et l'articulation de la distinction en termes de discours

Dans l'ouvrage *Droit et Démocratie* et la série de conférences sur *Droit et Morale*, données en 1986 à l'université de Harvard dans le cadre du « *Tanner Lectures* », Jürgen Habermas s'intéresse à la réflexion de l'éminent juriste allemand Klaus Günther qui a développé un important travail d'approfondissement et d'explicitation de la distinction classique entre justifier et appliquer une règle juridique sur laquelle, comme cela sera développé verra plus avant, Habermas fait reposer sa conception du principe de séparation des pouvoirs et la justice constitutionnelle et ce qui fonde sa légitimité, en termes de sa théorie du discours.

Tout d'abord, dans un article intitulé « Un concept normatif de cohérence pour une théorie de l'argumentation juridique », Klaus Günther présente, en termes d'argumentation pratique, la distinction entre le discours de justification et le discours d'application. En outre, il propose un

principe d'interprétation cohérente à même de servir d'appui théorique aux discours d'application des normes.

Selon Klaus Günther, le discours de justification (qui trouve sa rationalité en lui-même, c'est-à-dire dans son propre processus) est celui par lequel les participants se donnent pour objectif d'évaluer si l'obéissance à une norme exprime ou non un intérêt général.⁶ En d'autres termes, le discours de justification consiste à répondre à la question de savoir si, en termes de rationalité communicationnelle, un énoncé normatif « est moralement juste, c'est-à-dire *universalisable* ? ».⁷ Dans des conditions idéales d'argumentation, tous les participants à la discussion ont la possibilité de faire valoir des arguments rationnels pour appuyer leurs convictions sur la justification et le fondement d'obéissance à une norme. L'aboutissement à un consensus rationnel entre tous les participants dans ce type de discours est déterminant afin d'assurer la validité normative et sa légitimité⁸, car de ce consensus dépend l'acceptation intersubjective de l'énoncé normatif.

À la différence du discours de justification, dans le discours d'application, la validité de la norme est supposée déjà donnée et l'interrogation porte davantage sur l'adéquation d'une norme générale au cas concret ou plutôt sur « sa pertinence d'application : est-ce que la norme est moralement appropriée ? »⁹ (*principe d'adéquation*). Cette présupposition implique que, dans le discours d'application, la validité de la norme n'est pas soumise à discussion.

Cette différence entre discours de justification et discours d'application des normes juridiques a pour conséquence que ce dernier, comme l'a souligné J. Lenoble, est « contraint par une logique pragmatique qui oblige le juge à justifier son raisonnement de manière complètement différente de celle du législateur. »¹⁰ En effet, pour justifier l'adéquation d'une norme au cas concret, Kl. Günther propose le *principe d'interprétation cohérente* selon lequel, en cas de situation

(6) Kl. Günther, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de l'argumentación jurídica», trad. de l'allemand par Juan Velasco, *Doxa*, n° 17-18, 1995, p. 285.

(7) H. Pourtois, «Théorie sociale et jugement juridique. À propos de J. Habermas et de Kl. Günther», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 37, 1992, p. 310.

(8) Kl. Günther se réfère expressément à «l'éthique de la discussion» de J. Habermas, voy. Kl. Günther, «Un concepto normativo de coherencia», *op. cit.*, p. 278, note 10.

(9) H. Pourtois, «Théorie sociale et jugement juridique», *op. cit.*, p. 310.

(10) J. Lenoble, «Law and undecidability : a new vision of the proceduralization of law», *op. cit.*, p. 945.

de collision normative externe – situation où deux ou plusieurs normes présumées valides dictent deux comportements différents, mais où en raison des particularités du cas d'espèce elles ne peuvent être observées en même temps –¹¹, il peut y avoir plusieurs normes considérées comme applicables « *prima facie* ». Ce n'est qu'après avoir opéré une description complète du cas particulier et avoir *sélectionné* certaines de ses caractéristiques spécifiques que l'apporteur trouve la norme appropriée au cas d'espèce. Afin d'assurer la cohérence du système juridique dans son ensemble, la norme choisie comme pertinente et, le cas échéant, son interprétation, devraient être mises dans une relation de cohérence avec les autres normes qui ont été proposées comme applicables « *prima facie* ». En ce qui concerne la validité et la légitimité du discours d'application des normes, elles découlent du respect de ces principes et de certaines conditions contraintes communicationnelles qui seront analysés au sein chapitre suivant.

Dans sa construction, en termes de théorie du discours, sur la relation unissant droit, morale et politique, et la légitimité de l'État de droit axé sur le principe de séparation des pouvoirs – construction réalisée dans sa conférence sur *Droit et Morale*–, Jürgen Habermas se revendique sans réserve de la distinction proposée par Günther entre le discours de justification et le discours d'application.¹²

Tout d'abord, pour Habermas, dans la société traditionnelle, le droit se trouvait mis en tension entre l'indisponibilité (le droit sacré d'origine divine et naturelle qui n'était pas à disposition du monarque) et l'instrumentalisation (le droit bureaucratique créé par le monarque pour affirmer sa domination politique sur la société) :¹³ d'une part, le droit sacré conférait un fondement de légitimité aux actions du monarque –en tant que créateur du droit bureaucratique et juge suprême– et, simultanément, il constituait une limite aux actions de ce dernier. D'autre part, le droit bureaucratique était un instrument octroyant au monarque le pouvoir d'exercer la force contraignante issue de sa volonté et de l'imposer sur toute la société. Cette tension entre l'indisponibilité (ou droit sacré) et l'instrumentalisation (ou droit bureaucratique) se conservait notamment grâce au fondement religieux que conféraient la validité et la légitimité au droit et aux actions du monarque.

(11) Situation lors de laquelle deux ou plusieurs normes, présumées valides, dictent deux comportements différents, mais qu'en raison des particularités du cas d'espèce elles ne peuvent être observées en même temps. Voy. Kl. Günther, «Un concepto normativo de coherencia», *op. cit.*, p. 280.

(12) J. Habermas, «Law and morality», *op. cit.*, p. 277.

(13) *Ibidem*, pp. 261 et 262.

Néanmoins, lors du passage de la société traditionnelle à la société moderne, notamment caractérisé par la rationalisation croissante du monde vécu, ce fondement religieux de validité et de légitimité des normes fut abandonné et l'équilibre entre droit sacré et droit bureaucratique, qui dans la société traditionnelle était assuré par ce type de fondement, a été profondément altéré. La réaction à ce changement a été la positivation du droit, perçue en tant que réduction du droit au seul droit bureaucratique édicté par le souverain, ce qui sur le plan de la relation entre le droit et la politique a eu pour conséquence la soumission du premier à cette dernière : ainsi, le droit s'est complètement subordonné à un instrument de domination politique.

Dans le même temps, Une scission nette et concrète entre les normes juridiques et les normes morales a été opérée. La morale qui, à l'instar du droit, régula le comportement des individus, a été enfermée dans une instance interne de telle sorte que le droit en est arrivé à déterminer les conduites qui devaient être suivies par les destinataires de la norme au cœur de la sphère publique, et ce sans tenir compte de la motivation morale de l'individu.

Dans les sociétés traditionnelles, la validité et la légitimité du système juridique et des actions du souverain trouvait sa source en un fondement de type religieux. Or, si dans le passage à la société moderne ce fondement a disparu, il en découle que le souverain, au risque de verser dans une tautologie, n'a plus la possibilité de trouver un fondement de validité et de légitimité dans le droit qu'il a lui-même édicté. Il a dès lors fallu trouver un nouveau fondement de validité et de légitimité du droit et de l'autorité.

On observe donc le passage d'un fondement de type religieux à un fondement de validité et de légitimité de type rationnel. À cet égard, les théories du droit naturel rationnel et les théories contractualistes ont développé leurs propres modèles définissant les fondements de validité et de légitimité du droit et du souverain. C'est ainsi que le contractualisme a extrait du droit privé la figure du contrat en vue de proposer une fiction sociale où tous les membres ont concouru à la formation d'une volonté politique commune s'exprimant par le biais d'une convention. D'autres auteurs, comme J. Austin ou H. Kelsen, d'un point de vue positiviste, ont quant à eux proposé un fondement de validité et de légitimité de type rationnel formel. D'autres encore défendent le retour à un fondement de validité rationnel de type matériel-substantiel, par exemple l'idée d'un sens

éthique commun. Cependant, Habermas pointe que ces types de fondements rationnels étaient insuffisants pour combler le vide de validité et de légitimité qu'affectait au droit et à l'État.

Jürgen Habermas, quant à lui, pose que la rationalité juridique dans les sociétés modernes est de type procédurale-communicationnelle, ce qui entraîne un changement de perspective vis-à-vis de la validité et de la légitimité des normes d'action sociale –lesquelles ne reposent plus sur un fondement rationnel de type substantiel ou formel– et vis-à-vis de la relation entre le droit, la morale et la politique.

À ce sujet, il fut souligné que dans la société moderne, le droit détermine les conduites qui doivent être suivies par les destinataires de la norme, et ce sans prendre en compte la motivation morale de l'individu. Cette rupture, déjà existante depuis la positivation du droit, s'articule en termes de la rationalité communicationnelle de la manière suivante : dans la société moderne, les individus alignent leurs conduites conformes à la norme juridique par le simple fait qu'elle est valide et légitime ; or pour être valide et légitime, la norme juridique doit résulter d'une procédure délibérative de type communicationnelle – ce qu'on aura l'opportunité d'analyser dans les détails à travers le chapitre suivant– qui se déploie dans la mise en œuvre des discours de justification et d'application des normes juridiques.

Sous l'angle de la validité et la légitimité conçues en termes communicationnels, la relation qu'entretient le droit par rapport à la morale réside au niveau des discours de justification : ces discours sont toujours ouverts à des arguments moraux qui sont susceptibles d'une acceptation ou d'un assentiment général de la part des participants (autrement dit, lesdits jugements expriment des intérêts universalisables).

C'est à propos de cette distinction entre la justification et l'application des normes que Habermas opère un renvoi vers les travaux de Klaus Günther. Par ailleurs, il précise que les discours d'argumentation juridique se trouvent encadrés par des procédures juridiquement normées, de sorte que dans tout État de droit moderne, l'exercice des fonctions législative et judiciaire se trouve soumis à la fois au respect des exigences propres aux discours de justification et d'application des normes juridiques en tant que telles, et au respect de certaines normes juridiques de type procédural.

Sous cette même perspective, la relation entre droit et politique, qui auparavant se posait en termes instrumentaux où le droit était au service de la politique, entraîne également une modification : l'État est désormais soumis, non pas à une loi qui exprime la volonté de celui-ci de manière unilatérale et par laquelle il prétend s'autoréguler, mais à « l'universalité procédurale caractéristique des lois engendrées démocratiquement en tant qu'expression de la volonté unie du peuple». ¹⁴

C'est ainsi que Habermas esquisse un État de droit axé sur le principe de séparation des pouvoirs, qui s'articule en fonction de la distinction entre le discours de justification et le discours d'application des normes juridiques. Il s'agit donc d'un État qui assure la mise en place de mécanismes visant à assurer un système de droits, à donner force contraignante au droit auquel il soumet son action ; un droit dès lors créé par l'État mais dont le fondement de validité et de légitimité est tiré des procédures de type communicationnel, en d'autres termes de la mise en œuvre des discours de justification et d'application de normes juridiques. ¹⁵

Il apparaît donc que J. Habermas conserve la distinction classique entre la justification et l'application des normes juridiques articulées en termes de rationalité communicationnelle-procédurale. En outre, il valide le principe classique de séparation des pouvoirs, ¹⁶ ce que nous servira, dans le dernier chapitre, afin d'approfondir la position de J. Habermas à l'égard de la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité.

§2. Frank Michelman et la récusation de la proposition habermassienne

À l'instar de J. Habermas, Frank Michelman semble également tenir à la distinction entre justifier et appliquer une norme juridique –sous réserve de ce qui sera dit dans la dernière partie de ce travail où on verra que Michelman accepte que le juge exerce une fonction originaire ou créatrice du droit. Sans que sa position soit très claire sur le sujet, il semble cependant diverger sur la manière dont Habermas a construit cette distinction en termes de théorie du discours.

(14) H. Pourtois, «Rationalisation sociale et rationalité juridique. Une lecture de Jürgen Habermas», *Revue philosophique de Louvain*, vol. 89, n° 83, 1991, p. 490.

(15) J. Habermas, «Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad», *Escritos sobre moral y eticidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2012, p. 159.

(16) J. Habermas, «Law and morality», *op. cit.*, p. 277.

Si pour J. Habermas et Kl. Günther le discours de justification a pour vocation de déterminer si l'énoncé normatif prétendant à la validité est moralement juste ou *universalisable*, et si l'acceptation intersubjective de l'énoncé normatif, en conditions idéales d'argumentation et de parole, se réalise au terme d'une discussion entre tous les participants rationnels qui y ont fait valoir des arguments rationnels, F. Michelman, tout en repoussant la thèse de Habermas selon laquelle « à la différence des questions éthiques, les questions de justice ne renvoient pas par leur nature à une collectivité déterminée et sa forme de vie »,¹⁷ fait reposer l'opération de justification, ou plutôt l'opération originaire des normes juridiques, sur un consensus éthique-substantiel dont l'efficacité dépend d'une histoire et d'une vie communes qui se traduisent dans un contexte de tradition partagée entre les membres intégrant la communauté.

En ce qui concerne les discours d'application, Michelman commence par affirmer que la distinction n'est qu'une distinction purement analytique et non pas une distinction reflétant la réalité empirique de la pratique constitutionnelle.¹⁸ Par ailleurs, selon Michelman, la position de Habermas soutient que le discours universaliste de justification est analytiquement distinct du discours d'application et que les discours d'application sont postérieurs aux discours de justification.¹⁹

À l'encontre de cette position, Michelman fait valoir que la pratique constitutionnelle exclut cette distinction stricte. Selon lui, le constitutionnalisme (les systèmes gouvernés par les lois ou «*rule of law*») requièrent que le discours originaire des normes juridiques « porte des significations suffisamment concrètes »²⁰ pour réguler l'action d'une part de ceux qui sont appelés à appliquer les normes juridiques, et d'autre part des destinataires de la norme. De même, ce qu'un discours de justification de type constitutionnel devrait selon lui justifier est une « *resolution already concrete enough to constraint, decisively enough to satisfy that hard won prudence of separated powers, a post-originary legal discourse of application* ». ²¹

(17) J. Habermas, « *Droit et Démocratie. Entre faits et normes* », Paris, Gallimard, 1997, p. 306.

(18) F. Michelman, « Family quarrel », *Cardozo Law Review*, vol. 17, n° 4, 1996 p. 1176.

(19) *Ibidem*, p. 1176.

(20) *Idem*.

(21) *Ibidem*, p. 1177.

Or Michelman défend que la justification de ce type de résolutions, c'est-à-dire celles qui impliquent la création de normes, ne peut se réaliser sans faire référence à un contexte éthique.²² À cet égard, il illustre sa position à travers l'exemple suivant :

«In the United States today, for example, constitutional law strongly protects freedom to utter racist hate speech. In Canada, it does not. Consider two alternative argument-theoretic account of this situation:

1. The same (universal) constitutional law of freedom, resting on the same (universal) discourse of justification, prevails in both countries; doctrinal differences we observe are secondary applicational variances reflecting differing local social facts at the moment.

2. In two countries having somewhat differing social, cultural, and ethical histories, two somewhat variant discourses of originary constitutional-legal justification correspondingly develop over historical time.»²³

Cependant, cette objection ne peut être acceptée. Premièrement, Habermas, à la différence de Michelman, n'analyse pas le constitutionnalisme en tant que tel. Dans sa critique à Böckenförde (qui prétend la restauration du paradigme libérale pour que les principes du constitutionnalisme moderne soient une fois encore fonctionnels, y compris la vision stricte entre la création législative de normes et l'administration de justice), Habermas soutient que dans l'actualité, l'État de droit ou « *rule of law* » ne peut être réduit à une lecture libérale.²⁴ Ce que Michelman fait expressément en assimilant le constitutionnalisme avec l'État de droit, dans le but de critiquer la position de Habermas.

Par ailleurs Habermas, à la différence de F. Michelman, n'analyse pas le rapport entre le constitutionnalisme et la démocratie, débat classique mené par les libéraux et les républicains.²⁵ À cet égard, Habermas se limite à articuler la problématique de ce débat rien de moins qu'en termes d'autonomie publique et d'autonomie privée qui sont à la base de sa thèse de co-originalité (selon laquelle ces deux sphères reposent sur un système de droit et s'impliquent mutuellement dans une relation où aucune ne prend le pas sur l'autre).²⁶

(22) *Idem*.

(23) *Ibidem*, p. 1176.

(24) J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, p. 273.

(25) J. Habermas, «Constitutional democracy. A paradoxical union of contradictory principles ?», *Political theory*, vol. 29, n° 6, 2001, p. 774.

(26) *Idem*.

La position de Michelman sur la distinction proposée par Habermas en termes de discours de justification et de discours d'application est claire en ce que le deuxième se démarque du fondement de validité rationnelle de type communicationnel-procédural défendu par le premier, pour défendre un fondement de type substantiel : un consensus éthique-substantiel formé par le contexte de tradition (et d'histoire et de vie communes) partagée entre les membres constituant la communauté. Toutefois, la critique que Michelman prétend adresser à l'égard du discours d'application ne peut être valide car le premier assimile la proposition de Habermas au constitutionnalisme libéral, alors que ce dernier refuse d'enfermer l'État du droit dans une lecture libérale.

Par ailleurs, F. Michelman se détache également de cette distinction sur le plan de la fonction juridictionnelle et de la légitimité du juge constitutionnel ; cet aspect sera explicité lors du dernier chapitre de ce travail.

§3. Charles Sabel et Will Simon : la dilution de la distinction

L'approche du pragmatisme expérimental, influencé par les enseignements du pragmatisme américain du début du XXème siècle et qui reprend certains mécanismes des nouveaux modèles d'organisation et de production, notamment, du « *toyota production system (TPS)* », ne semble plus guère reposer sur cette distinction entre la justification et l'application d'une norme juridique.

Cette approche, qui est orientée vers la résolution des problèmes sociaux de la vie quotidienne au sein de l'espace public local, mobilise une série d'éléments changeants au cœur de ces problèmes qui rendent ces situations indéterminées et incertaines. De la nature variable des problématiques, il résulte que l'expérimentalisme prône l'utilisation de mécanismes et d'institutions qui ont la capacité de faire face à la volatilité et à l'incertitude qui affectent tout problème social. Dans cette perspective, l'adaptabilité est l'une des caractéristiques qui devraient être rencontrées dans tout mécanisme de régulation de l'action orientée vers la résolution de problèmes.

Du point de vue de l'expérimentalisme, un modèle de résolution de problèmes et de régulation de type « *command-and-control* » s'avère insuffisant pour s'adapter aux conditions d'indétermination et d'incertitude de toute problématique sociale. Cette insuffisance réside dans les caractéristiques de ce type de modèles d'organisation et de régulation : sous cet angle, d'une part, la

norme est vue comme un commandement de comportement orienté vers la poursuite d'un objectif (« *mandatory norm* »)²⁷ ; d'autre part, elle est vue comme un standard fixe, peu voire pas questionné et qui devrait en principe rester inchangé ou, du moins, perdurer aussi longtemps que possible (« *inflexible norm* »).²⁸ C'est cette manque de flexibilité de la norme qui se trouve en évident conflit avec la condition d'adaptabilité requise par le pragmatisme expérimental.

Par ailleurs, dans l'approche « *command-and-control* », la prise de décisions et la production des normes se trouvent aux mains d'une autorité centrale supposée connaître toute circonstance qui entoure les destinataires de la norme (on dit ainsi que ces normes prévoient leurs propres conditions d'application).

Mais dans les faits, en ce qui concerne l'espace public dans une démocratie, cette présupposition de rationalité chez l'autorité centrale s'avère insuffisante pour la résolution des problèmes sociaux : nul n'est censé connaître toutes les conditions qui rendent une situation problématique dans l'ensemble de contextes envisageables. La rationalité de l'autorité productrice de normes se retrouvent donc limitées par la volatilité et la pluralité des conditions qui rendent une situation donnée indéterminée et incertaine.

Ce problème de rationalité limitée n'affecte pas seulement les personnes chargées d'édicter les normes juridiques, mais également les applicateurs de ces normes : l'administration et les juges. En ce qui concerne la fonction juridictionnelle, Ch. Sabel et W. Simon insistent : « *Courts found they lacked both the information and the depth and range of control to properly formulate and enforce command-and-control injunctions* ».²⁹

(27) Ch. Sabel, «A real time revolution in routines», in *The firm as a Collaborative Community* (Ch. Heckscher et P. Adler, eds.), Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 107 : «Headquarters sets goals. Successively lower levels of managers decompose the broad goals into narrower and narrower ones. Eventually organizational routines specify in great detail how to parse and execute tasks, and verify their execution. The organization is thus a vast machine for generating one set of rules for decomposing a broad goal into countless small, easily mastered steps, and another set of rules for checking compliance with the first. Subordinates are rewarded for following the rules.»

(28) Il importe de se demander si ce caractère est influencé par la recherche de la certitude et de la stabilité.

(29) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *Harvard Law Review*, vol. 117, n° 4, 2003, p. 1053.

L'expérimentalisme invite, à l'encontre de l'approche classique « *command-and-control* », à un changement radical de regard³⁰ quant à la relation entre l'opération d'édiction et l'opération d'application des normes juridiques. Selon cette approche, la norme juridique devrait avoir la capacité d'adaptabilité (aux conditions de volatilité et d'incertitude) requise en vue d'aboutir à la résolution des problèmes sociaux au sein du groupe social.

Suivant cette même perspective, la norme juridique doit être sujette au changement, à la révision et à l'adaptation continuelle lorsque la résolution des nouveaux problèmes ou la modification des éléments qui rendent une situation problématique le requièrent. En ce sens, Ch. Sabel dit : « *As Dewey would have expected, experience shows that in many of these cases the implementation of the law reshapes its original conception* ». ³¹ En d'autres termes, la norme juridique se voit réécrite par l'acte de son application,³² tandis que l'application de la norme réside dans une relation de transformation mutuelle avec sa création.

Avec cette conception de l'application des règles juridiques, de toute évidence, le pragmatisme expérimental dilue complètement la stricte distinction classique entre l'opération de justification et l'opération d'application des normes, pour mettre ces deux opérations en position de transformation réciproque au nom de la capacité d'adaptation de la norme juridique face aux contingences des circonstances de son application. À cet égard, Ch. Sabel et W. Simon précisent même :

«This system breaks strongly with organizational premises shared by both command-and-control and minimalist administration. Toyota-style organization rejects any strong distinction between making rules, on the one hand, and applying them, on the other. It contemplates that rules will be continuously revised in the course of application. It treats rule departures diagnostically as symptoms of systemic problems and opportunities for systemic improvement.» ³³

(30) Ch. Sabel, «Dewey, democracy and democratic experimentalism», in *Contemporary pragmatism*, vol. 9, n° 2, 2012, p. 44 : «The shift towards experimentalist lawmaking requires complementary changes in the way laws are constructed and the way they are administered or applied to various contexts: the law has to encourage adaption and revision when applied in context.»

(31) *Ibidem*, p. 48.

(32) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *Columbia Law Review*, vol. 98, n° 2, p. 398 : «An experimentalist court seeks to give effect to important legal norms, without presuming it know their full implications for particular circumstances.»

(33) Ch. Sabel et W. Simon, «Minimalism and experimentalism in administrative State», *The Georgetown Law Journal*, vol. 100, n° 53, 2011, p. 80.

L'adoption de cette position sur la distinction entre l'opération de justification et d'application normative, entraîne également un changement de regard à propos de la justice constitutionnelle et de sa justification, changement qui aura en outre pour conséquence, comme on le verra dans la dernière partie, une reconfiguration de la conception classique du principe de séparation des pouvoirs.

Ainsi, par exemple, concernant la légitimité de l'opération d'application normative, alors que J. Habermas et Kl. Günther prônent une stricte distinction entre la justification et l'application des normes juridiques, soutiennent que la légitimité du discours d'application dérive du respect des *principes d'adéquation et d'interprétation cohérente*, ainsi que de certaines contraintes communicationnelles ; pour le pragmatisme expérimental, qui prône la révision et la réécriture continuelle de la norme juridique au cours de son application, cette opération est légitime parce que les membres d'un groupe social participent directement à un processus de délibération collective³⁴ portant sur la révision et l'adaptabilité de la norme juridique à ses propres contextes.

(34) Ch. Sabel et W. Simon, «*Epilogue: accountability without sovereignty*», in *Law and New Governance in the EU and the US* (G. de Búrca et J. Scott, eds.), Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 402 : «Deliberative because preferences, even ideas of the possible, change in the course of decision making (otherwise we could count on principals to define solutions in advance) ; directly so because new preferences and possibilities arise through hands-on problem solving by those in urgent need of an answer, not dispassionate reflection of first principles by a magisterial elite secure against life's pressures.»

CHAPITRE II. UN DÉTOUR PAR LES RATIONALITÉS COMMUNICATIONNELLE-PROCÉDURALE, ÉTHIQUE-SUBSTANTIELLE ET EXPÉRIMENTALISTE.

Au sein de la partie introductive du présent travail, il fut mentionné que les réponses aux questions ayant trait au principe de séparation des pouvoirs et à la justice constitutionnelle posées à l'égard de la double problématique, varient en fonction du type de rationalité juridique adoptée. Ce chapitre opérera un détour épistémologique en vue d'analyser certains éléments des rationalités juridiques adoptés par J. Habermas, F. Michelman, Ch. Sabel et W. Simon. Pour ce faire, nous mettrons tout d'abord en tension les rationalités communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle (§1) pour ensuite présenter l'expérimentalisme (§3) comme une troisième voie alternative à même de surpasser ces dernières (§2). Ce détour nous servira, dans le dernier chapitre de ce travail, à appréhender distinctement la position de chacune de ces rationalités à l'aune de la question de la séparation des pouvoirs, et de la double problématique que pose la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité.

§1. Jürgen Habermas et Frank Michelman : entre rationalité juridique communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle

Tout d'abord, en ce qui concerne le type de rationalité juridique, alors que J. Habermas défend une position communicationnelle-procédurale³⁵ qui doit se définir en référence à la pratique d'un discours argumentatif³⁶ et à ses différentes formes³⁷, F. Michelman, à l'inverse, préconise une

(35) De nature distincte du procéduralisme défendu par N. Luhman. Voy. J. Habermas, «Law and morality», *op. cit.*, pp. 251-260.

(36) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, t. I, 1987, p. 39 : «Le concept de rationalité... fait référence à un système de prétentions à la validité qui ... doit être élucidé par une théorie de l'argumentation». Cet activité doit être conçue «comme la poursuite par des moyens réflexifs de l'activité orientée vers l'intercompréhension», (p. 41) c'est-à-dire, vers un «procès d'entente entres des sujets capables de parler et d'agir». (p. 296)

(37) *Ibidem*, p. 26

rationalité de type substantiel basée sur l'existence d'un consensus éthique, ou sens éthique partagé, au sein de la communauté.³⁸

Ensuite, dans la dynamique communicationnelle de la rationalité défendue par Habermas, les participants aux discours –sujet rationnels, c'est-à-dire capables de parler et d'agir³⁹– abandonnent leurs positions subjectives initiales et surmontent les différences existant entre eux pour parvenir à un contexte d'intersubjectivité.⁴⁰ Dans ces conditions d'égalité, tous les participants ont la possibilité de faire valoir des arguments –convictions appuyées sur des raisons– pour fonder leurs prétentions critiquables à la validité.⁴¹

La rationalité éthique-substantielle de Frank Michelman trouve également une dynamique de type conversationnel. Cependant, et à la différence de Habermas, elle consiste en une dialogique qui sert à rénover et changer le contenu du consensus éthique. Cette dialogique voit les participants comme des individus socialement constitués qui habitent en communauté, individu et communauté étant tous deux dialectiquement⁴² construits l'un par rapport à l'autre : « la communauté est une communauté d'individus dont l'identité propre est inséparable de leurs liens sociaux ».⁴³ Face aux éventuelles différences qui pourraient survenir entre les individus,⁴⁴ la cohésion au sein de la communauté est assurée par ce que F. Michelman appelle la « modulation dialogique », qui consiste en « un changement ou un ajustement » des positions des participants et de soi-même (« auto-modulation »).⁴⁵

(38) Ce consensus d'éthique substantielle trouve son expression dans l'existence d'une vie et d'un passé communs et d'une identité commune entre les membres qui intègrent la communauté. Voy. F. Michelman, «La république du droit», in Fr. Michaut, *Le mouvement des critical legal studies. Entre républicanisme et libéralisme*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 210 et F. Michelman «Always under law?», *Constitutional Commentary*, Vol. 12, n° 2, p. 241. Pour une notion de ce qu'est le «political rightness» (F. Michelman, «How can the people ever make the Laws ? A critique of deliberative democracy», in Bohman J., Rehg W., *Deliberative Democracy*, Boston, MIT Press, 1997 p. 14)

(39) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, pp. 24 et 31.

(40) *Ibidem*, p. 27 : «c'est dans ce discours que des participants différents surmontent la subjectivité initiale de leurs conceptions, et assurent à la fois de l'unité du monde objectif et de l'intersubjectivité de leur contexte grâce à la communauté de convictions rationnellement motivées».

(41) *Ibidem*, p. 34.

(42) F. Michelman, «*Traces de gouvernement de soi par soi. Préface à la session 1985 de la Cour Suprême*», in Fr. Michaut, *Le mouvement des critical legal studies. Entre républicanisme et libéralisme*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 124.

(43) *Ibidem*, p. 124.

(44) *Ibidem*, p. 125 : «La différence devient ce que nous avons en commun».

(45) Voir notamment, H. Pitkin citée par F. Michelman, «La république du droit», *op. cit.*, p. 230 : «l'équivoque entre fondateurs chez Machiavel laisse entendre comment les individus peuvent éprouver des perspectives dans leurs traditions ou leurs valeurs sans se montrer infidèles envers ces traditions ou valeurs.»

En ce qui concerne les présupposés de chacune de ces rationalités, sous l'angle de la rationalité communicationnelle-procédurale, selon Habermas, dans des conditions idéales de parole⁴⁶ (par exemple, l'absence de contrainte externe ou interne sur les participants) qui jouent un rôle important dans le succès de l'argumentation, la pratique du discours argumentatif permet d'arriver *sans violence*⁴⁷ à un *consensus* qui « repose sur la reconnaissance intersubjective de prétentions critiquables à la validité »,⁴⁸ grâce à la *force*⁴⁹ des bons arguments – convictions rationnelles intersubjectivement partagées.⁵⁰ Il subsiste cependant la possibilité que cette entreprise échoue et que le consensus n'advienne pas.⁵¹ D'ailleurs, il importe de souligner que chez Habermas, les expressions rationnelles⁵² sur lesquelles se fondent les prétentions critiquables à la validité sont *susceptibles d'être améliorées*.⁵³

De son côté, le modèle dialogique, qui sous-tend la rationalité éthique-substantielle proposée par Michelman, est soumis également à certaines conditions qui présupposent un niveau de rationalité chez les individus. Ainsi, le processus de modulation dialogique (motivé par l'idée d'altérité, où la reconnaissance mutuelle et de soi-même sont indispensables) implique que les participants soient des sujets ouverts à l'écoute de l'autre et qu'ils puissent parvenir à changer ou ajuster leurs positions par le truchement d'une mise en dialogue.

(46) Voy. J. Habermas, «Théories relatives à la vérité», *Logique des sciences sociales et autres essais*, Paris, PUF, 2005, pp. 323 et 325.

(47) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, p. 41.

(48) *Ibidem*, p. 34.

(49) *Idem* : «la force d'un argument se mesure, dans un contexte donné, sur le bien-fondé des raisons, ce bien fondé se montre, entre autres, dans la capacité d'une expression à convaincre les participants d'une discussion».

(50) *Idem*.

(51) *Ibidem*, p. 27. Voy. également M. Deflem «La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas», *Déviance et société*, vol. 18, n° 18, 1994, p. 100 : Il présente le succès d'un discours comme dépendant d'une pré-condition (les conditions idéales de parole) et quatre conditions de discours proprement dit : «a) il ne peut y avoir de différence de pouvoir entre les participants du discours ; b) ceux-ci doivent s'exprimer authentiquement ; c) toutes les personnes concernées doivent disposer d'une chance égale de participer au discours ; et d) tous les participants au discours doivent disposer d'une chance égale d'exprimer leurs opinions.»

(52) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, p. 27 : «les expressions rationnelles ont le caractère d'actions dotées de sens, compréhensibles dans leur contexte, grâce auxquelles l'acteur se rapporte à quelque chose dans le monde objectif».

(53) *Idem*.

Les rationalités juridique communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle conçoivent le fondement de validité et de légitimité des normes juridiques de manière complètement différente.

En termes de théorie du discours, la rationalité juridique peut être vue comme un type d'argumentation (ou discours pratique) où la prétention critiquable à la validité des expressions controversées vise la *justesse des normes d'action*.⁵⁴ Pour Habermas, ce discours pratique est « le milieu où on peut vérifier si une norme d'action est justifiée ».⁵⁵

D'après cette approche, la validité de toute norme d'action (morale ou juridique⁵⁶) repose sur un principe normatif moralement neutre que Habermas appelle le principe de discussion (D) selon lequel : « sont *valides* strictement les *normes* d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre *pourraient se mettre d'accord* en tant que participants d'une discussion rationnelle ».⁵⁷ Pour Habermas, ce principe de discussion (D) est une condition nécessaire pour assurer « l'impartialité »⁵⁸ en tout discours d'argumentation pratique⁵⁹ et obtenir la possibilité de parvenir à un consensus.

En suivant la distinction entre normes morales et normes juridiques analysée dans la première partie de ce travail, le principe de discussion (D), selon Habermas, peut prendre la forme

(54) *Ibidem*, p. 39. Pour Habermas les normes d'action sont «des attentes de comportement généralisées, tant sur le plain temporel et social que sur le plain matériel.» J. Habermas, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 124. Voy. cependant, la définition problématique qui est donné dans Théorie de l'agir communicationnel : ces normes d'action «comportent la prétention d'exprimer un *intérêt commun* à toutes les personnes concernées, et de mériter pour cela une reconnaissance universelle». Voy. également, J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, p. 35 : «les raisons dans la discussion pratique doivent servir à établir que la norme présupposé pour l'admission exprime un intérêt universalisable» (p. 37)

(55) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, p. 35.

(56) J. Habermas, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 121 : deux types normes pratiques qui sont distinctes mais complémentaires.

(57) *Ibidem*, p. 123. On considère que l'expression suivante de Habermas est la plus représentative du caractère communicationnel du principe de discussion : «c'est sur un arrangement communicationnel qui repose la légitimité du droit» et «les participants à des discussion rationnelles... doivent examiner si une norme contestée trouve ou peut trouver l'adhésion de toutes les personnes qui seraient d'une façon ou d'autre concernées.» (p. 120)

(58) J. Habermas, «Law and morality», *op. cit.*, p. 230.

(59) J. Habermas, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 125.

du principe moral d'universalisation (U), en ce qui concerne la validité des normes morales, ou la forme du principe démocratique,⁶⁰ en ce qui concerne la validité⁶¹ des normes juridiques.

Pour que le droit soit valide et légitime, ce principe démocratique exige, d'une part, un ensemble d'institutions de type discursif qui mettent en place un processus communicationnel et délibératif juridiquement normé⁶² – toutes les exigences de rationalité communicationnelle évoquées précédemment doivent d'ailleurs être réunies ; et d'autre part, « un système de droits »⁶³ qui garantisse en démocratie, à la fois l'exercice de l'autonomie privée des sujets et l'exercice de son autonomie publique.⁶⁴

À cet égard, il soutient que le statut politique que les modèles de l'État libéral et de l'État social ont attribué au citoyen est insuffisant pour un exercice effectif de l'autonomie publique desdits citoyens dans une démocratie, en ce que pour ces modèles le citoyen n'était qu'un destinataire de la norme. En effet, pour Habermas, d'un côté, l'État libéral, sur base du principe de non-ingérence dans la sphère privée des citoyens, a proposé toute une série de droits fondamentaux qui étaient opposables à l'État en vue de respecter l'autonomie privée des personnes, sphère où chacun évolue dans la poursuite légitime de ses intérêts privés ; de l'autre côté, le paradigme social, quant à lui, visait à créer des conditions plus justes et plus équitables dans la société par la biais de moyens programmatiques exécutés et planifiés par l'État.

Cependant, aucun de ces deux paradigmes n'a reconnu de manière suffisante que l'exercice de cette autonomie publique et des droits de participation à la vie publique sont indispensables afin d'assurer les conditions nécessaires à l'élaboration du droit légitime auquel les sujets entendent se soumettre.

(60) *Ibidem*, p. 123.

(61) *Ibidem*, p. 120.

(62) *Ibidem*, p. 126.

(63) *Ibidem*, p. 127 et ss ; J. Habermas, «constitutional democracy. A paradoxical union of contradictory principles ?», *op. cit.*, p. 777 : Ce système se divise en trois catégories de droits : «1. basic rights that result from the autonomous elaboration of the right to the greatest possible measure of equal individual freedom of action of each person ; 2. basic rights that result from the autonomous elaboration of the status of a member in a voluntary association of legal consociates ; basic rights that result from the autonomous elaboration of each individual's right to equal protection under law, that is, that result from the actionability of rights».

(64) J. Habermas, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 138-141.

À l'encontre des modèles de l'État libéral et l'État social, il prétend donner au citoyen un statut de destinataire et de maître ou d'utilisateur de la norme.⁶⁵ Pour ce faire, Jürgen Habermas propose de mettre en rapport les deux sphères d'autonomie, publique et privée, du citoyen, de manière à ce qu'elles s'impliquent mutuellement : la sphère d'autonomie publique assurant la participation des citoyens à la vie publique et au processus de création des normes et la sphère d'autonomie privée permettant que cette participation se déroule de manière libre (elle assure que, dans ce processus, la force de l'argument demeure l'unique force qui prévaudra, et non pas celle de la manipulation ou de la contrainte).

Le principe démocratique ne suffit cependant pas lui-même pour fonder comme légitime une norme juridique. Il faut, en outre, une intervention ou une application du principe d'universalisation (U) dans le processus de création des normes juridiques. Ce principe s'énonce dans les termes suivants :

«Toute norme valable doit donc satisfaire la condition selon laquelle : les conséquences et les effets secondaires qui (de manière prévisible) proviennent du fait que la norme a été universellement observée dans l'intention de satisfaire les *intérêts* de tout un chacun peuvent être *acceptés* par toutes les personnes concernées (et préférées aux répercussions des autres possibilités connues de règlement).»⁶⁶

À cet égard, J. Habermas ne nie pas que les normes juridiques puissent avoir un contenu moral ou refléter les atteintes morales des personnes qui participent aux discours. Mais il détache le fondement normatif des normes morales et juridiques de la morale qui « habite » dans conscience des sujets pour le déplacer vers un principe moral d'universalisation (U), qui dans une discussion d'argumentation pratique prend la forme d'un test applicable aux intérêts susceptibles d'être universalisables.⁶⁷

(65) J. Habermas, «Constitutional democracy», *op. cit.*, p. 777

(66) J. Habermas, *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, trad. par C. Bouchindhomme, Paris, éditions du Cerf, 1986, pp. 86 et 87.

(67) Voy. la notion en J. Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot 1978, pp. 150 et ss. Voy. également, H. Pourtois, «*Le point de vue moral et le principe d'universalisation. De Kant à Habermas*», Communication présentée à la Société philosophique de Louvain le 25 mars 1998, DOCH 47, Louvain-la-Neuve, Chaire Hoover d'éthique économique et sociale, p. 9 : «En avançant l'idée d'une justification morale fondée sur un intérêt universalisable, le principe (U) n'impose pas l'abandon de toute considération relative au bien des personnes. Il exige seulement, au nom de l'impartialité, la subordination de la poursuite individuelle du bien au respect de normes nécessaires à la satisfaction des intérêts partagés par tous. La mise à distance des intérêts ne prend pas la forme d'un refoulement, mais seulement d'une sélection de ceux qui sont universalisables». Voy. aussi B. Melkevik, *Droit et agir communicationnel : penser avec Habermas*, Paris, ed. Buenos books international, 2012, pp. 94 et 99 : qui affirme que pour Habermas la validité sociale des normes peut être établie par le principe (U) qui fonctionne comme un test d'universalité.

À différence de la rationalité juridique de type procédurale-communicationnelle, la rationalité juridique de type éthique-substantielle défendue par F. Michelman suit une toute autre logique. Ce type de rationalité s'inscrit dans une tradition républicaine profonde,⁶⁸ laquelle a fortement influencé la pensée de Michelman. Cette tradition soutient que la production de normes sociales réside dans *l'exercice de la liberté positive* qui, depuis Kant (sous l'idée selon laquelle « nous sommes libres uniquement dans la mesure où nous nous gouvernons nous-mêmes »⁶⁹) en passant par James Harrington,⁷⁰ a été identifiée au *gouvernement de soi par soi*⁷¹ ou « *self-government* ». ⁷²

Cette tradition républicaine profonde, contrairement à la rationalité juridique de type communicationnelle-procédurale, voit la validité juridique et la légitimité du droit sous une perspective différente. Pour le républicanisme, le fondement de validité et de légitimité de ces normes repose sur l'existence d'un sens éthique partagé, ou en termes plus précis, sur un consensus éthique-substantiel. À cet égard, il faut souligner qu'il ne s'agit pas là d'un consensus éthique-substantiel dont le contenu est fixe et inamovible. Au contraire, il peut varier et être sujet à des changements induits par la dialogique.

À cet égard, le républicanisme défend une politique génératrice de droit,⁷³ laquelle doit être entendue comme l'exercice de la démocratie –ou « *self-government* »– orientée vers le bien commun et par laquelle se réalise la rénovation du consensus éthique substantiel. Cette pratique, comme son nom l'indique, débouche sur la détermination de normes juridiques et de valeurs publiques qui vont régir les relations sociales au sein de la communauté. L'exercice de la démocratie ou de la politique génératrice du droit prend place dans les espaces publics et implique la participation effective de tous les citoyens qui composent la société civile.

(68) F. Michelman, «Traces de gouvernement de soi par soi», *op. cit.*, p. 124.

(69) *Ibidem*, p. 116.

(70) *Ibidem*, p. 124.

(71) F. Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 11 . Voy. également, F. Michelman, «Traces de gouvernement de soi par soi», *op. cit.*, p. 116.

(72) *Ibidem*, pp. 13 et 14.

(73) Voy. F. Michelman, «La république du droit», *op. cit.*, pp. 196 et 197.

La conception de la démocratie –entendu comme politique génératrice du droit– est « un processus délibératif dans lequel les hommes ‘aux préoccupations privées’ deviennent des *citoyens* aux *préoccupations publiques* et ainsi membres du peuple ».74 On y observe deux éléments importants : d’une part, ces processus impliquent l’existence d’une citoyenneté,75 conçue par F. Michelman comme socialement située76 et liée à une communauté dont la base est constituée par un ensemble de traditions et un passé commun partagés ; d’autre part, sur cette citoyenneté pèse une *importante exigence de vertu civique* (entendue comme la « subordination des intérêts propres au bien commun»).77 En d’autres termes, la politique génératrice du droit exige que les citoyens d’une communauté s’orientent vers la réalisation du bien commun tout en repoussant leurs intérêts privés et leurs différences.

Cette politique *jusgénératrice* est soumise à des conditions particulières dont le respect assure la rénovation ou le changement du consensus éthique-substantiel :

« 1) la participation à la procédure aboutit à un certain changement ou ajustement dans la compréhension concernée de la part de quelques-uns des participants, 2) il existe un ensemble de conditions procédurales et de prescriptions sociales telles que le fait de subir, dans ces conditions, une modulation dialogique de ses compréhensions, n’est pas considéré comme coercitif ou envahissant ou comme une autre violation de son identité ou de sa liberté; et 3) ces conditions prévalent dans le processus supposé être générateur de droit. » 78

En bref, le succès consiste à assurer que tout au long de la mise en œuvre de la politique génératrice du droit, la modulation dialogique ne doit jamais être opérée de manière à ce qu’elle soit ressentie ou considérée comme coercitive ou envahissante par les participants au dialogue générateur de droit.

Finalement, il importe de faire une remarque importante : à la différence de la rationalité communicationnelle, selon laquelle la validité et la légitimité des normes juridiques reposent sur le succès du discours d’argumentation et le respect des principes énoncés ; d’après la rationalité

(74) *Ibidem*, p. 195.

(75) F. Michelman, «Traces de gouvernement de soi par soi», *op. cit.*, p. 111.

(76) *Ibidem*, p. 118.

(77) *Ibidem*, p. 157.

(78) F. Michelman, «La république du droit», *op. cit.*, p. 229.

éthique-substantielle, ce n'est pas le succès d'un processus dialogique qui assure le fondement de validité et de légitimité des normes juridiques, mais plutôt le consensus éthique, ou sens éthique partagé, qui sert de fondement à ces normes.

§ 2. Vers une troisième voie alternative...

Dans l'introduction de ce chapitre, nous avons proposé de présenter l'expérimentalisme, sous l'angle d'une perspective de régulation de l'action orientée vers l'« *adaptive problem solving* »,⁷⁹ comme une voie de dépassement des rationalités juridiques adoptées par Jürgen Habermas et Frank Michelman.

Ce dépassement des propositions communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle par la rationalité expérimentaliste peut être observé au niveau des présupposés de ces deux premières rationalités. Observant la mise en tension entre la rationalité communicationnelle et la rationalité dialogique, malgré leurs différences, on constate que le point commun entre les deux est ce qu'elles supposent donné un degré de rationalité existant chez l'individu qui lui permettrait, d'une part, de remplir les conditions idéales imposés par chacune des rationalités, et d'autre part, d'opérer des apprentissages –sans que ces deux approches de la rationalité juridique approfondissent réellement les conditions de ce processus et les capacités des individus à réaliser ces apprentissages.

L'erreur épistémologique, du point de vue de l'« *adaptive problem solving* », est donc commune, mais elle est commise de manières distinctes par chacune de ces deux rationalités.

À cet égard, le modèle communicatif (qui se trouve à l'arrière-plan de la rationalité communicationnelle-procédurale habermassienne) pose toute une série de conditions sur les discours qui font présupposer que les participants vont les remplir en vue d'assurer les succès desdits discours. Ces conditions sont nettement idéalisées. On peut faire mention ici de l'abandon des positions subjectives initiales, ou du sous-ensemble de conditions idéales de parole (par exemple, l'absence de contrainte externe ou interne sur les participants) : il s'agit d'une rationalité qui présuppose chez l'individu la capacité à communiquer selon un modèle linguistique lui aussi

(79) J. Lenoble et M. Maesschalck, « *Démocratie, droit et gouvernance* », Québec, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrook, 2011 p. 213 : Dans les nouvelles approches d'agrégation de compétences communicationnelles : «L'accent mis sur la nécessité d'une organisation planifiée d'une collaboration pour encourager le dialogue et la délibération est conçu dans la perspective 'to focus on adaptive problem solving'»

très idéal.⁸⁰ Ces conditions pourraient vraisemblablement être satisfaites pour autant que les participants aux discours disposent des capacités rationnelles nécessaires pour y parvenir.

La possibilité d'améliorer⁸¹ les expressions rationnelles (« actions dotées de sens, compréhensibles dans leur contexte, grâce auxquelles l'acteur se rapporte à quelque chose dans le monde objectif »⁸²) sur lesquelles se fondent les prétentions critiquables à la validité, présuppose également que les participants aux discours ont la capacité de réaliser des apprentissages qui leur permettent l'amélioration ces actions. Cependant, Habermas ne réalise pas de véritable analyse de conditions d'apprentissage et se limite à dire :

«En raison de leur caractère critiquable, les expressions rationnelles sont également susceptibles d'amélioration : nous pouvons corriger les tentatives ratées, si nous réussissons à identifier les fautes qui nous ont échappé. Le concept de fondation rationnelle est étroitement lié à celui d'apprentissage. Pour les processus d'apprentissage aussi, l'argumentation joue un rôle important. Aussi nommons-nous rationnelle une personne qui, dans le domaine cognitif-instrumental, exprime des opinions fondées et agit avec efficacité. Mais cette rationalité reste contingente si elle n'est pas raccordée à l'aptitude à apprendre en tirant parti des fautes commises, du démenti des hypothèses et de l'échec de certaines interventions.»⁸³

De son côté, la rationalité éthique-substantielle tombe également dans le même travers consistant à présupposer que les participants à la dialogique possèdent un degré de rationalité qui leur permettrait de remplir les conditions idéales posées par la modulation dialogique et la politique génératrice du droit. En effet, dans la « modulation dialogique », un changement ou un ajustement des positions des participants devrait être effectué, mais cette opération présuppose que les participants soient des sujets ouverts à l'écoute de l'autre et qu'ils puissent donc arriver à changer ou ajuster ces positions par la simple mise en dialogue.

Seule la présupposition d'un degré de rationalité chez les participants peut effectivement remplir ces conditions très idéales de dialogue qui déterminent son succès. Par ailleurs, cette conception de la dialogique et de la politique génératrice de droit paraît s'inscrire parmi les

(80) Pour une analyse approfondie du caractère idéal du langage chez Habermas, voy. J. Lenoble, «Law and undecidability: a new vision of the proceduralization of law», *op. cit.*, pp. 949 à 973.

(81) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, *op. cit.*, p. 27.

(82) *Ibidem*, p. 27.

(83) *Ibidem*, p. 27.

approches herméneutiques inspirées par le philosophe allemand Gadamer,⁸⁴ lesquelles présupposent également un certain degré de rationalité chez l'individu qui lui permet de participer à la rénovation des traditions au sein d'une communauté (selon les modalités établies par la dynamique du cercle herméneutique).

Finalement, à l'instar de Jürgen Habermas, dans sa politique génératrice du droit ou sa modulation dialogique Frank Michelman n'analyse pas les conditions d'apprentissage des individus nécessaires pour la réalisation des apprentissages. Cette absence laisse croire que soit ces capacités sont supposées données chez les individus, soit ils ne possèdent de telles capacités. Mais cette dernière option n'aura que peu de sens dans l'optique de la validation des conditions de la modulation dialogique et de la politique jugénératrice.

Contrairement aux rationalités communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle, qui comme cela vient d'être développé présupposent la capacité des individus à définir leurs comportements par la simple mise en pratique de dialogue collectif et n'approfondissent que peu leur réflexion sur les conditions d'apprentissage et de détermination de l'action sociale, l'intérêt de l'expérimentalisme réside dans son effort à élucider et à penser les capacités des individus et les conditions de cette opération sans pour autant préjuger de l'existence d'un degré de rationalité chez les individus. Ainsi, concernant l'expérimentalisme, face à des situations problématiques dont les éléments sont contingents, on cherche à « générer la capacité adaptative nécessaire pour résoudre les problèmes de la façon la plus satisfaisante possible au vu des attentes normatives du groupe ».⁸⁵

Par ailleurs, au lieu d'avoir recours à une pratique dialogique, ou d'argumentation pragmatique formelle, qui se déroule dans la plupart des cas dans des conditions fort idéales –et au regard de l'expérimentalisme très problématiques en vue de la réalisation effective d'une action sociale orientée vers l'« *adaptive problem solving* », en ce qu'elles sont considérées comme déjà données et donc inamovibles et non questionnées– l'expérimentalisme utilise une méthode d'enquête, inspirée du « *social enquiry* » pragmatiste, en tant qu'outil d'apprentissage de « *trial-error* » qui remet en cause de manière continue les pratiques au sein d'un groupe social dans l'optique d'une résolution effective des problèmes.

(84) Pour un étude à propos de l'influence de Gadamer et de ces auteurs sur la pensée de Frank Michelman, voy. S. Feldman, «The Persistence of power and the struggle for dialogic standards in postmodern constitutional jurisprudence : Michelman, Habermas and Civil republicanism», *The Georgetown law journal*, vol. 81, 1993, pp. 2248 et ss.

(85) J. Lenoble et M. Maeschalck, *Démocratie, droit et gouvernance*, op. cit., p. 213.

Toujours en suivant cette perspective de l'« *adaptive problem solving* », l'approche expérimentale se veut donc une sorte de voie de dépassement des rationalités communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle, en ce qu'elle approfondit d'abord la réflexion sur les conditions d'apprentissage nécessaires pour résoudre les problèmes d'un groupe social (on comprend alors le sens précis de l'expression «*problem solving*»), avant de s'efforcer de trouver de nouvelles formes afin d'assurer la résolution des problèmes (d'où dès lors le terme, « *adaptive problem solving* »).⁸⁶

§ 3. ... Charles Sabel et W. Simon et la rationalité juridique expérimentale

Dans cette partie, premièrement, nous présenterons la rationalité juridique de type expérimental qui sous-tend la conception expérimentaliste de la démocratie, laquelle sera abordée dans un second temps.

Parmi les auteurs⁸⁷ du courant pragmatiste américain du début du XX^{ème} siècle, c'est notamment la pensée de John Dewey qui a sans doute influencé les travaux de Charles Sabel sur la gouvernance et la démocratie, et ceux de William Simon à propos de la fonction judiciaire et la jurisprudence. C'est avec la reprise de John Dewey par Charles Sabel que l'on parle d'une rationalité juridique expérimentale, qui oeuvre à l'arrière-plan de sa conception sur la démocratie expérimentale, le principe de séparation des pouvoirs et la justice constitutionnelle.

Cette rationalité juridique de type pragmatiste-expérimental, telle qu'elle a été pensée par Ch. Sabel, semble s'attacher à une certaine conception holistique cognitive du langage.⁸⁸ Contrairement à ce qu'il appelle la « théorie classique » du comportement, où la rationalité est limitée et la connaissance s'organise de manière taxinomique en établissant des catégories,⁸⁹ la conception holistique considère tout d'abord que les catégories du langage partagent des

(86) *Ibidem*, p. 215 : « Cette seconde approche [l'approche expérimentale] vise à mieux réfléchir les conditions internes de l'opération d'apprentissage et à réfléchir les conditions institutionnelles qui doivent permettre d'inciter les acteurs concernés à acquérir les capacités adaptatives nécessaires pour que le *dispositif de délibération soit le problem solving* et qu'il satisfasse donc autant que possible les exigences de l'intérêt collectif ».

(87) G.H. Mead, Ch. Sanders Pierce, John Dewey

(88) Ch. Sabel, « A real time revolution in routines », *op. cit.*, p. 127.

(89) *Ibidem*, p. 129 : « the notion of bounded rationality is its core. The Classical theory has a taxonomic style with subdivision and categories ».

caractéristiques communes et qu'elles entretiennent avec d'autres catégories des rapports de similitude et de différence (« *metaphoric comparison* »). Par extension, l'approche holistique pose que les ambiguïtés peuvent être surmontées par la révision des catégories du langage. Cette révision repose sur la construction collaborative d'un sens partagé du langage (« *collaborative sense making* »).⁹⁰

Influencé par Simon Herbert, qui voit dans la « théorie classique » des approches organisationnelles en matière économique-administrative un modèle de rationalité substantive où l'information nécessaire pour prendre des décisions se trouve limitée,⁹¹ et qui estime que ce problème de rationalité limitée pourrait être dépassé par ce qui en sciences de l'informatique est appelé « *language of design* » (« *where actors with diverse expertise and different backgrounds assumption not only to exchange ideas jointly but also develop new tools for mutual understanding* »).⁹² Ch. Sabel considère que la construction collaborative du sens (« *collaborative sense making* ») et les rapports de similitude et de différence existant entre des catégories du langage (« *metaphoric comparison* ») permettront la construction d'un « langage de collaboration » adapté à la résolution des problèmes.⁹³

Il importe ici de mettre l'accent sur le fait que cette conception du langage présuppose un travail de relations intergroupes : la construction d'un langage de collaboration ne peut s'envisager qu'avec la construction d'un sens partagé à l'intérieur du groupe. En ce sens, Ch. Sabel nous dit : « we should be able to identify "others" already solving problems like our own, and having found them, construct jointly a language of collaboration ».⁹⁴ Il s'agit donc d'un langage de collaboration construit de manière conjointe qui se situe à la base d'un apprentissage collaboratif intergroupe.

À vrai dire, le pragmatisme expérimental adopte un point de vue qui n'a pas été véritablement explicité par d'autres approches : celui de la résolution des problèmes. En effet, la

(90) *Ibidem*, p. 127.

(91) C'est la rationalité qui suppose que dans la prise de décisions, l'individu possède toute l'information pour prendre la décision optimale. Dans le modèle de Herbert Simon, au contraire, l'individu ne dispose pas de toute l'information pour prendre ce type de décision et la rationalité devient un processus de *problem solving* (la rationalité est ici de type procédural). Voy. Ch. Sabel, «A real time revolution in routines», *op. cit.*, p. 128.

(92) *Ibidem*, p. 141.

(93) *Ibidem*, p. 127.

(94) *Idem*

rationalité pragmatiste expérimentale considère que, dans la vie réelle, les groupes sociaux se confrontent à des situations problématiques ou à des problèmes concrets auxquels les membres de ces groupes doivent proposer des possibilités de solution. Mais la solution à un problème donné n'est pas fixe. Du point de vue de l'expérimentalisme, les changements de circonstances dans l'environnement⁹⁵ des groupes sociaux produisent non seulement l'apparition de nouveaux problèmes, mais également une modification des éléments qui rendent une situation problématique indéterminée et incertaine. De ces derniers changements, il découle que les solutions proposées ne sont plus effectives en vue de la résolution des problèmes et que de nouvelles solutions sont à rechercher («*adaptive problem solving* »).

De la logique pragmatiste expérimentale, on peut retenir quatre caractéristiques essentielles qui nous serviront pour intégrer sa conception de la démocratie, du principe de séparation des pouvoirs et de la justice constitutionnelle : la première s'inspire de l'outil le plus important du pragmatisme, l'enquête sociale (« *social inquiry* ») ; la deuxième relève des habitudes dans la méthode sociale expérimentale ; la troisième touche à la relation de transformation mutuelle⁹⁶ entre buts et les moyens, ou « *the reciprocal determination of means and ends* »⁹⁷ ; et la quatrième est l'apprentissage collaboratif intergroupe.

Premièrement, l'enquête est avant tout un processus de résolution de problèmes. Le point de départ, ou élément déclencheur, est une situation indéterminée et incertaine.⁹⁸ Ce processus consiste à se demander quels sont les éléments qui rendent une situation indéterminée,⁹⁹ pour ensuite les observer et les analyser et finalement, formuler de manière hypothétique des solutions possibles¹⁰⁰ à ladite situation indéterminée (résolution des problèmes) qui pourraient la transformer en une situation déterminée.¹⁰¹

(95) J. Dewey, *Logique. La théorie de l'enquête*, Paris, PUF, 1993, p. 12.

(96) Ch. Sabel, «Dewey, democracy and democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 36 : «Ends and means are mutually transformative : theories and first principles are redefined in the process applying them».

(97) *Ibidem*, p. 284.

(98) J. Dewey, *Logique. La théorie de l'enquête*, *op. cit.*, p. 170 : «Les situations indéterminées sont des situations «perturbées, ambiguës, confuses, pleines de tendances».

(99) *Ibidem*, pp. 174 et 175.

(100) *Ibidem*, p. 177.

(101) Au contraire des situations indéterminées, ces situations sont cohérentes et prévisibles.

La solution à un problème donné n'est cependant pas fixe ni immuable : en cas de modification des circonstances entourant une situation déterminée qui pourrait à nouveau la rendre indéterminée, un nouveau processus d'enquête sera déclenché. Ce caractère instable des solutions et le mécanisme d'enquête se trouvent en lien étroit avec la deuxième caractéristique du pragmatisme expérimental : le questionnement des habitudes.¹⁰² Au contraire des « théories classiques », où les habitudes sont questionnées « seulement en circonstances exceptionnelles »¹⁰³ et selon lesquelles l'apprentissage est basé sur des catégories et des critères fixes,¹⁰⁴ l'expérimentalisme invite à un apprentissage qui possède la capacité de réviser les critères d'apprentissage et de questionner les habitudes de manière continue, par la mise en œuvre du mécanisme d'enquête, et ce afin de trouver la meilleure solution au problème considéré.¹⁰⁵ La méthode sociale expérimentale consiste donc à parvenir à un apprentissage basé sur un « *trial and error process* » et un questionnement continu des habitudes.

À cet effet, Ch. Sabel et W. Simon défendent l'utilisation de « *the five whys* » ou « *root cause analysis* », ¹⁰⁶ un mécanisme d'enquête sociale emprunté aux sciences administratives dans le but de réaliser des « *error detections* », « *self-corrections* » et « *continuous adjustments* », c'est-à-dire des apprentissages sur base de « *trial and error* » qui consistent à se poser successivement les cinq questions conséquentialistes suivantes :

- «1) Why is a machine 'A' broken ? Because no preventive maintenance was performed
- 2) Why was the maintenance crew derelict ? Because it is always repairing machine 'B'
- 3) Why is machine 'B' always broken ? Because the part it machines always jams
- 4) Why does the jam recur ? Because the part is warped from heat stress
- 5) Why does the part overheat ? A design flaw».¹⁰⁷

(102) Pour John Dewey : «L'habitude est le moteur de l'action humaine et les habitudes sont en grand partie formées sous l'influence des coutumes d'un groupe» et «Les habitudes, suscitent la peur d'emprunter d'autres chemins». J. Dewey, *Le public et ses problèmes*, Paris, Farrago, 2003, pp. 163 et 164.

(103) Ch. Sabel, «A real time revolution in routines», *op. cit.*, p. 121.

(104) Selon la logique expérimentale «les concepts, les principes et la théorie sont formés et mis à l'épreuve en tant qu'outils d'enquête». J. Dewey, *Le public et ses problèmes*, *op. cit.*, p. 193.

(105) Ch. Sabel, «A real time revolution in routines», *op. cit.*, p. 121.

(106) W. Simon, «Toyota jurisprudence : legal theory and rolling rule regimes», *Columbia Public Law Research Paper No. 04-79*, 2004, p. 60.

(107) Ch. Sabel, «A real time revolution in routines», *op. cit.*, p. 121 ; Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 299 et W. Simon, «Toyota jurisprudence», *op. cit.*, p. 60.

La troisième caractéristique est la relation entre les buts et les moyens. D'après l'approche pragmatiste expérimentale, il s'agit d'une relation de transformation et de détermination réciproque : « *Pragmatism argue that in science, no less than in industry and collective choices, the objectives presumed in the guiding understanding of theories and or ideals of justice are transformed in the light of the experience of their pursuit, and these transformations in turn redefine what counts as a mens to guiding and end* ». ¹⁰⁸ Il faut d'ailleurs signaler que ces buts et moyens se trouvent en construction et en détermination continues. ¹⁰⁹

Finalement, la quatrième caractéristique est l'apprentissage collectif ¹¹⁰ ou, d'après les termes de Ch. Sabel, l'apprentissage collaboratif intergroupe. Il part de l'idée que la rationalité au sein d'un groupe est limitée et à cet égard il propose une dynamique de collaboration qui consiste à construire la connaissance par le biais d'un apprentissage intergroupe où la transmission des résultats et des informations issus du processus de l'enquête chez un groupe social vers d'autres est essentielle pour cet apprentissage collectif. ¹¹¹ La collaboration est orientée ici vers la résolution de problèmes et trouve un appui important, comme on l'a vu précédemment, avec la construction d'un « langage de collaboration ».

On peut dire que la rationalité expérimentale se base sur un modèle d'apprentissage qui réfléchit sans cesse à ses propres conditions d'apprentissage – un modèle qui n'est donc pas dogmatique, mais bien libéré des critères fixes : un apprentissage collaboratif qui, inspiré par le « *trial and error* », est toujours en train de se construire ; autrement dit, un apprentissage en évolution constante. Selon les mots de J. Lenoble, « il ne s'agit pas simplement de faire attention à ce qu'on apprend, mais à la manière dont on apprend », ou en d'autres termes, il s'agit d'« apprendre à apprendre ». ¹¹²

(108) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 285. Il faut noter que cette conception de la relation entre buts et moyens s'oppose également à un modèle faisant usage de critères fixes : «The view of ambiguity of means and ends focuses attention on the responsibility of improving our ability to respond to shocks to our expectations, rather than on the search for first principles that will be immune to disruptions.»

(109) *Ibidem*, p. 286.

(110) J. Dewey, *Le public et ses problèmes*, *op. cit.*, p. 159 : «Les résultats de l'expérience collective sont analysés et transmis».

(111) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 286 : «As a theory of thought and action through problem solving by collaborative, continuous re-elaboration of means and ends, pragmatism suggest that advances in accommodating change in one are often have extensive implications of solving problems.»

(112) J. Lenoble et M. Maeschalck, *Démocratie, droit et gouvernance*, *op. cit.*, p. 265.

Ainsi conçue, la rationalité juridique expérimentale conçoit le droit et sa fonction d'une toute autre manière laquelle est présentée par Ch. Sabel et W. Simon en opposition à la perspective du «*command-and-control* ». En ce sens, on dira que le modèle normatif des règles et principes de l'approche «*command-and-control* » est incompatible avec la rationalité juridique expérimentale à trois égards : premièrement, sur le plan de l'adaptabilité, tandis que sous l'approche normative du «*command-and-control* » la norme prétend contrôler ou, du moins, anticiper les conditions de son application ; selon l'approche pragmatiste, au contraire, la règle de droit a pour caractéristique principale de s'adapter facilement aux situations problématiques qui se présentent au sein d'un groupe social, et en tant que moyen pour atteindre les buts recherchés, serait naturellement dans un processus continu d'adaptation et de révision ; deuxièmement, alors qu'une norme de type «*command-and-control* » ne fait qu'énoncer un commandement provenant de l'autorité centrale, dans le pragmatisme expérimental, la norme juridique devrait avoir une nature décentralisée et ne serait plus un simple commandement issu d'une autorité centrale et hiérarchique. Finalement, sur le plan de la légitimité, sous l'angle du modèle classique du «*command-and-control* », la légitimité des normes repose sur la volonté d'une autorité centrale, alors que dans l'approche expérimentaliste, la légitimité de la norme juridique reposerait non seulement sur la délibération locale et collaborative dont elle est issue, mais également sur la capacité de la norme à consacrer l'apprentissage collectif du groupe social et à résoudre des problèmes sociaux.

À l'encontre de cette approche «*command-and-control* », Ch. Sabel et W. Simon proposent donc une nouvelle manière de voir le droit.

Par ailleurs, les conditions du modèle expérimental démocratique, qui sera analysé plus tard, requièrent tout d'abord que l'articulation des normes reste la plus claire et précise possible, mais que l'opération d'application de la norme assure le respect de la condition d'adaptabilité aux contingences qui rendent une situation problématique sociale indéterminée et incertaine.

Ensuite, la norme doit présenter la capacité de s'adapter à des contingences imprévues et à l'apparition de nouveaux problèmes sociaux. La norme fait donc l'objet de changements et de ré-édicions continus : «*norms should be rewritten when experience indicates that they can be improved* ». ¹¹³

(113) W. Simon, «Toyota jurisprudence» *op. cit.*, p. 58.

Finalement, il est requis, pour le surplus, que la norme juridique soit le résultat d'une délibération de type collectif-direct orientée vers la résolution de problèmes, qui se réalise au sein d'un gouvernement décentralisé et où la participation de tous dans l'espace public est essentielle.

Deux figures juridiques répondent, en tant que véritables institutions pragmatistes, aux conditions expérimentales nécessaires pour la résolution des problèmes – lesquelles seront analysées dans le dernier chapitre de ce travail : la première est la conception de règles juridiques, dites *prophylactiques* ou préventives ; la deuxième est le modèle « *Toyota Jurisprudence* » proposé par Will Simon, lequel concerne l'expérimentalisme et l'application des normes juridiques.

Sur la base de l'approche du pragmatisme expérimentaliste, Charles Sabel et d'autres auteurs,¹¹⁴ tels que Michael Dorf, ont proposé une conception particulière de la démocratie nommée expérimentale.

Des insuffisances des mécanismes électoraux à combler les troubles de légitimité produits par la crise de l'État et de la démocratie modernes, il s'ensuit que l'application de cette approche en vue d'édifier un modèle démocratique « expérimental » propose également de nouvelles institutions de participation citoyenne à la vie collective au sein de l'espace public.

À ce propos et sur la base de la conception collaborative de la résolution des problèmes¹¹⁵ et de l'apprentissage collaboratif intergroupe, Ch. Sabel propose une démocratie qui présente trois caractéristiques principales : elle se veut directe, délibérative et polyarchique¹¹⁶ :

«Direct because citizens acts for themselves in elaborating solutions to problems that affects them, rather than delegating responsibility to representatives... Deliberative because decisions are normally made by means of reason giving through discussion, not the counting of votes... Polyarchy, because deliberations and performance of each jurisdictions count as considerations in deliberative of those like it.»¹¹⁷

Commentons brièvement chaque élément de cette proposition, en commençant par le caractère polyarchique. Dans la démocratie « expérimentale », l'action publique se déroule sur deux niveaux

(114) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 284.

(115) *Ibidem*, p. 314.

(116) *Idem*.

(117) *Ibidem*, p. 320.

distincts d'interaction gouvernementale : le gouvernement central et les gouvernements locaux. Elle repose principalement sur une institution décentralisée : le conseil de gouvernance,¹¹⁸ qui sert de pont entre les citoyens et le gouvernement central. Dans cette conception de la démocratie, le rôle principal du gouvernement central se limite à « encourager et coordonner la prise de décision décentralisée et protéger les citoyens de tout abus de pouvoir ».¹¹⁹

Le point de départ de cette dynamique entre les deux niveaux de gouvernement réside dans le législateur central ou Congrès, qui déclare quels sont les buts à atteindre par les gouvernements locaux tandis que ceux-ci adoptent des mesures (moyens) pertinentes et ajustées¹²⁰ aux circonstances locales,¹²¹ et ce dans l'optique d'atteindre ces buts.

Des nouveaux problèmes peuvent être rencontrés et identifiés au cours de ce processus. Dès lors, les dispositions doivent être réajustées pour faire face aux nouvelles conditions qui rendent la situation problématique.¹²² L'apprentissage dans l'espace public se traduit donc dans la capacité du groupe social à identifier les erreurs et à résoudre la situation problématique. Par ailleurs, il est inutile de préciser que ce processus consacre également la relation de transformation et de détermination réciproque entre les buts et les moyens (qui fut approfondie dans le chapitre précédent).

La rationalité d'un groupe, comme on l'a vu, est cependant limitée et c'est pour surmonter cette limitation que Ch. Sabel propose, par la conception démocratique « expérimentaliste », que les résultats des gouvernements locaux issus de ce processus d'adaptation, de réajustement des mesures prises, et donc de l'apprentissage, sont disponibles pour que d'autres gouvernements locaux¹²³ évaluent et se servent eux aussi des ces expérimentations locales.

(118) *Ibidem*, p. 316.

(119) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, pp. 339-340. En quelques mots, J. Lenoble et M. Maesschalck définissent la démocratie expérimentaliste comme «un système de résolutions de problèmes publics qui combine un apprentissage fédéral avec la protection des intérêts des juridictions fédérés et les droits des individus.», J. Lenoble et M. Maesschalck, *Démocratie, droit et gouvernance*, *op. cit.*, p. 257.

(120) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 320.

(121) *Ibidem*, p. 340 : «In an experimentalist democracy, in contrast, decision making is from the first presumptively decentralized, hence adjusted to local circumstance, and fragmented, for rules originate in the deliberations of distinct local governments.»

(122) *Ibidem*, p. 315.

(123) *Ibidem*, p. 319.

Cette dynamique d'apprentissage implique de toute évidence la participation directe des citoyens à la résolution des problèmes, moyennant le dialogue et la discussion. Mais à la différence des rationalités communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle, « *the decision in directly polyarchy no more rest in prior consensus, nor the abstraction of particular interest. In the pragmatist polity long term collaboration can issue from the institution of problem solving deliberation itself.* »¹²⁴

Une illustration intéressante de cette dynamique existant dans la démocratie expérimentale est celle de la sécurité sur les autoroutes. Imaginons que 80% des accidents mortels sur les autoroutes soient occasionnés par la consommation d'alcool et l'excès de vitesse. Face à cette situation, voici la position d'un Congrès de type expérimentaliste :

« ... [that] intends to increase highway safety, it should not prescribe and increase in the drinking age as the means. Rather, local governments should have the discretion whether to choose instead driver education, mandatory use of safety-enhancing devices, or some other combination of means provided only that the locales give reasons for their choices and expose those reasons to public scrutiny by benchmarking results ».¹²⁵

L'apprentissage social devient véritablement collectif et démocratique. Il est triple en ce que, d'abord, au sein d'un gouvernement local (ou groupe social) les meilleures solutions pour résoudre un problème sont recherchées ; ensuite, les résultats de ces expériences sociales sont partagés avec d'autres gouvernements locaux de manière à être évalués, adaptés et/ou améliorés à destination d'autres circonstances locales ; finalement, en mettant en œuvre ce processus, les capacités des individus à identifier les erreurs et à résoudre une situation problématique se développent et s'améliorent.

L'expérimentalisme proposée par Ch. Sabel peut être résumé, du point de vue institutionnel, dans le passage suivant :

« In an experimentalist democracy, in contrast, decision making is from the first presumptively decentralized, hence adjusted to local circumstance, and fragmented, for rule originate in the deliberations

(124) *Ibidem*, p. 342.

(125) *Idem*.

of distinct local governments. The principal role of the national government in domestic affairs, accordingly, is to encourage and coordinate this centralized decision making, and to protect citizens against abuses of power –especially, and paradoxically, those abuses that may result from or be exacerbated by the pulverization of central authority itself. The task of the legislature is to authorize these deliberations and finance the ensuing experiment where local resources are insufficient to do so. The task of the administrative agencies is to provide the infrastructure of coordination, again where local resources are insufficient. The courts in this system are charged with the familiar task of policing government and safeguarding rights ». ¹²⁶

D’ailleurs, on observe dans ce passage que, dans la démocratie « expérimentale » de Ch. Sabel, les agences spécialisées, qui se sont multipliées au cours des dernières décennies en un nombre considérable de démocraties occidentales (et ce surtout aux États-Unis), jouent un rôle important en ce qu’elles assistent principalement les gouvernements locaux dans un travail de « *benchmarking* » ¹²⁷ : compiler, comparer et évaluer les résultats produits par les expériences des autres gouvernements locaux. ¹²⁸

(126) *Ibidem*, p. 340.

(127) *Ibidem*, p. 287 : «[Benchmarking is] an exacting survey of current or promising products and processes which identifies those products and processes superior to those the company presently uses, yet are within its capacity to emulate and eventually surpass».

(128) *Ibidem*, p. 342.

CHAPITRE III. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET SON FONDEMENT DE LÉGITIMITÉ

La formulation classique du principe de séparation des pouvoirs énonce la division du pouvoir étatique en trois fonctions distinctes (législative, exécutive et judiciaire), cependant que son application à la réalité constitutionnelle détermine, dans la plupart des États occidentaux, le jeu existant entre les institutions chargées d'assurer ces fonctions.

Longtemps conçu de manière stricte, ce principe est actuellement confronté à la double problématique posée par la justice constitutionnelle, qui fut souligné lors de l'introduction : d'une part, sur le plan institutionnel, la conception de la fonction juridictionnelle et les relations qu'elle entretient avec les autres fonctions se sont vu modifiées par l'existence, dans le chef des juridictions suprêmes, d'un pouvoir de révision sur les actes adoptés par l'État dans l'exercice de ses fonctions législative et exécutive. Ainsi, en ce qui concerne la fonction législative, une juridiction suprême peut, dans le cas du contrôle abstrait des normes, annuler simplement une loi en la déclarant incompatible avec le prescrit constitutionnel. Cet aspect de la problématique est plus aigu lorsque, à certains égards, les juridictions suprêmes sont allées plus loin en ajoutant du contenu normatif ou en modifiant le sens « originaire » de la norme juridique par le biais d'une interprétation constructive lors de l'exercice de cette faculté.

D'autre part, se pose le problème de la légitimité de l'exercice de cette fonction dans les termes suivants : comment peut-on justifier qu'une juridiction suprême annule des actes adoptés par l'organe législatif et l'administration publique qui, au contraire d'une Cour Suprême ou d'une Cour constitutionnelle, sont légitimes car élus au suffrage universel direct ? On constate donc que la double problématique que posent la justice constitutionnelle et la question sur son fondement de légitimité est intimement liée au principe de séparation des pouvoirs

Lors de l'introduction, il a également été souligné que sous la doctrine juridique classique, le principe de séparation des pouvoirs a traditionnellement été lié, de manière implicite, à la distinction entre la justification et l'application des normes juridiques. Le développement du premier chapitre nous a montré que cette distinction ne paraît plus tenable au regard des rationalités éthique-substantielle et expérimentale. On a également passé en revue ces rationalités

qui ont leur propre conception de la démocratie, mais sans avoir défini complètement les conséquences institutionnelles qu'entraînerait l'adoption de chacune de ces positions.

Sur la base des développements précédents, ce chapitre s'efforcera d'évaluer concrètement la position de ces rationalités juridiques à l'égard du principe de séparation des pouvoirs, et par conséquent de la double problématique que pose l'existence des juridictions suprêmes –et son activité de contrôle abstrait des normes ou *judicial review*–, pour analyser comment ces rationalités articulent le rôle de la justice constitutionnelle et son fondement de légitimité.

§1. La justice constitutionnelle procédurale : quand juger c'est appliquer

Dans le premier chapitre de ce travail, nous avons analysé la manière dont Jürgen Habermas, à la lumière de sa rationalité communicationnelle et notamment sur la base du travail d'explicitation réalisé par Kl. Günther, a justifié le principe de séparation des pouvoirs avec la distinction entre discours de justification et discours d'application des normes juridiques qui, pour rappel, permet de différencier en termes discursifs les deux fonctions juridiques essentielles des États modernes, et dont l'exercice est soumis à des contraintes communicationnelles propres à chacun de ces discours (*voy. supra*).

Selon cette perspective communicationnelle, Habermas prend également comme point de départ la distinction entre l'opération de justification et l'opération d'application des normes juridiques pour, d'une part reconstruire la problématique que pose la justice constitutionnelle en termes de théorie du discours, et d'autre part redéfinir la manière dont sont considérés la justice constitutionnelle et le fondement de sa légitimité.

Avant tout, il est important de souligner que dans son exposé sur la justice constitutionnelle,¹²⁹ Habermas part d'un point où il met l'accent sur l'essence de la fonction du juge suprême, qui selon lui consiste à être l'interprète du prescrit constitutionnel et à assurer la cohérence de l'ordre juridique étatique au niveau interne –dès l'entame il commence à enfermer le rôle du juge constitutionnel dans le discours d'application.¹³⁰ Cette fonction s'exprime dans trois activités

(129) Voy. Chapitre VI sur la justice constitutionnelle, J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, pp. 261 à 310.

(130) *Ibidem*, p. 266.

constitutionnels dont deux nous intéressent ici : le contrôle concret des normes juridiques (1) et le contrôle abstrait des normes juridiques (2).¹³¹

En termes de distinction entre l'opération de justification et l'opération d'application des normes juridiques, le contrôle concret des normes juridiques se déroule parallèlement à la logique du discours d'application.¹³² Dans ce cas, le juge constitutionnel se demande si une norme constitutionnelle est ou non adéquate au cas concret évalué. Et en cas de collision normative externe, le juge fait appel à des outils d'interprétation, tels que le principe de proportionnalité,¹³³ pour réaliser une interprétation constructive apte à régler la controverse tout en assurant la cohérence du système juridique.

Dans cette optique, la jurisprudence constitutionnelle, construite sur la base de l'exercice du contrôle concret des normes, ne pose aucune difficulté pour la logique du principe de séparation des pouvoirs ni pour la double problématique en tant qu'elle est strictement conçue sous la perspective du discours d'application.

À ce titre, la question portant sur la légitimité de l'exercice de cette fonction par la juridiction suprême ne se pose pas non plus, car dans les discours d'application, sa validité et son fondement de légitimité dérivent, comme on l'a vu, du respect des contraintes communicationnelles et des principes d'adéquation et de cohérence dans la mise en oeuvre de ce type de discours.¹³⁴

Le problème de la fonction du juge constitutionnel et de sa légitimité s'accroît quand il exerce le contrôle abstrait des normes juridiques qui consiste, en termes généraux, à évaluer la compatibilité de la loi édictée par le pouvoir législatif avec le prescrit constitutionnel. On verra cependant que la construction rationnelle de Habermas sur cette problématique et sa réponse ne diffèrent pas de celle fournie quant au contrôle concret.

(131) *Ibidem*, p. 265 : La troisième activité est la résolution de conflits entre les organes de l'État.

(132) *Ibidem*, p. 284 : «la justice constitutionnelle, qui part du cas particulier, se limite à l'application de normes (constitutionnelles) dont la validité est présumé».

(133) *Ibidem*, p. 271.

(134) En ce sens, Habermas nous dit : «La Cour constitutionnelle ne peut invoquer que les raisons légitimantes définies par la Constitution, telles qu'elles s'énoncent du point de vue de l'application du droit, et non du point de vue du législateur... La Cour dénoue le faisceau de raisons par lesquelles le Législateur légitime ses résolutions, afin de les mobiliser pour une décision cohérente, conforme aux principes du droit en vigueur, à propos d'un cas concret ; en revanche il ne faut pas qu'elles permettent directement à la Cour d'interpréter et de développer le système des droits et par là, implicitement, de légiférer». *Ibidem*, p. 285.

Avant tout, Habermas considère que la tâche du contrôle abstrait des normes appartient originellement au pouvoir législatif.¹³⁵ Dans un design institutionnel conçu en termes de rationalité communicationnelle –question distincte de sa conception de l’activité du juge suprême– Habermas se limite à proposer la création de commissions parlementaires destinées à contrôler, d’une manière procédurale *quasi-judiciaire*, la compatibilité de la loi à adopter avec la constitution.¹³⁶

Pour lui, l’adoption d’un tel design augmenterait la rationalité dans le discours de justification des normes juridiques en ce qu’elle bénéficierait, à l’instar du pouvoir judiciaire, de la génération d’une opération d’autorefléxivité sur les activités législatives, ce qui reviendrait définitivement à renfoncer l’idée selon laquelle la légitimité des discours de justification trouve sa source en eux-mêmes, ou plutôt, dans la procédure communicationnelle.

Néanmoins, Habermas nous dit que dans les démocraties constitutionnelles actuelles, un transfert de cette capacité de contrôle normatif substantiel vers une instance judiciaire suprême a été opéré. Le philosophe allemand a également à l’esprit la difficulté que représente un tel transfert tantôt au niveau de sa justification, tantôt au niveau de l’articulation classique du principe de séparation des pouvoirs ; mais il n’abandonne pas la volonté de faire face à cette problématique par le truchement de sa distinction discursive entre l’opération de justification et l’opération d’application d’une règle juridique.

Dans sa justification en termes de rationalité communicationnelle du transfert du contrôle abstrait des normes, J. Habermas commence en établissant un coupe-feu –avec un risque énorme de nier l’entièreté de l’activité judiciaire– à l’égard de l’exercice de ce contrôle :

« tant que ce contrôle se fait dans le cadre du droit du juge à examiner les normes, et ne se traduit que par leur rejet, mais non par la définition des missions du Législateur, on peut admettre que des raisons pragmatiques et des raisons relevant de la politique juridique militent en faveur de la répartition institutionnelle de compétences telle qu’elle existe en République fédérale [d’Allemagne] et les États-Unis». ¹³⁷

(135) *Ibidem*, p. 265.

(136) *Ibidem*, pp. 264 et 265.

(137) *Ibidem*, p. 285.

Cette limite étant établie –limite sans laquelle la suite du raisonnement perdrait sa consistance– Habermas considère que l'exercice de ce contrôle se retrouve également encadré par le discours d'application et ses contraintes communicationnelles propres : pour lui, le juge se limite à appliquer les normes constitutionnelles –y compris les droits– ou ses principes sous-jacents pour vérifier la compatibilité d'une loi avec la constitution, la dernière se faisant la norme applicable au cas concret (la loi objet du contrôle).¹³⁸

Une fois encore Habermas s'appuie sur les discours d'application pour rendre compte de cette activité judiciaire. Suivant la lecture du « *judicial review* » proposé en termes procéduraux par John Hart Ely, l'auteur va lier le rôle de la justice constitutionnelle, articulé à la distinction entre justifier et appliquer une norme juridique, avec sa conception de la démocratie.

L'idée de base consiste à évaluer le principe de contrôle abstrait des normes juridiques comme une compétence par laquelle le juge constitutionnel vérifie que les conditions et contraintes imposées par le principe de démocratie ont été respectés dans la procédure d'édiction des normes juridiques.

Cependant, pour éviter de faire une lecture procédurale trop formelle de cette fonction –qui se limiterait uniquement à vérifier si la procédure a été suivie pour déclarer une loi comme valide– elle doit, de toute évidence, être conçue en termes d'opération d'application des normes juridiques. En effet, d'après une « lecture procédurale de la constitution »,¹³⁹ lors de cette vérification le juge suprême ne fait qu'appliquer les droits d'autonomie privée et d'autonomie publique qui assurent la participation des citoyens à la vie publique et au processus de création des normes.¹⁴⁰ En d'autres

(138) *Ibidem*, p. 291 : «En effet, dans la mesure où les discussions relatives à l'application portent spécifiquement sur la mise en oeuvre des normes et sont par conséquent institutionnalisées dans le cadre transparent d'une répartition classique de rôle entre deux parties opposés et un tiers impartial, les discussions juridiques peuvent prétendre à une supposition de rationalité relativement élevée. Pour la même raison, ces discussion ne peuvent pas se substituer aux discussion politiques, conçues pour fonder les normes et les fins et dans lesquelles doivent être incluses toutes les personnes concernées. À plus forte raison, il faut clarifier la rationalité inhérente au processus politique.»

(139) *Ibidem*, pp. 303 et 204 : « Si on comprend la Constitution comme l'interprétation et le développement d'un système de droit qui fait valoir le lien interne entre autonomie privée et autonomie publique, un exercice offensif du droit constitutionnel, loin d'être nuisible est même normativement requis dans les cas qui concernent la mise en oeuvre de la procédure démocratique et le mode délibératif de la formation de l'opinion et de volonté politique».

(140) *Ibidem*, pp. 289 et 290 : «... [les discours d'application] ne peuvent pas se substituer aux discussions politiques, conçues pour fonder les normes et les fins et dans lesquelles doivent être incluses toutes les personnes concernées. À plus forte raison, il faut clarifier la rationalité inhérente au processus politique». Voy. également, J. Lenoble, «Law and undecidability: a new vision of the proceduralization of law», *op. cit.*, p. 991 : «He [Habermas] maintains that the judge, even within the framework of «objective disputes», does not have to determine, as the legislator does, the best means to realize an objective, but rather has to supervise the application of rights defined in the constitution».

termes, cette vérification s'effectue par la mise en oeuvre du discours d'application des normes constitutionnelles, où juge constitutionnel se doit de trouver une norme constitutionnelle adéquate au cas concret, étant entendu qu'à cet effet, le cas concret est assimilé à la procédure d'édiction de normes juridiques.

Cette manière de justifier le transfert du contrôle abstrait des normes et de voir le rôle de la justice constitutionnelle provoque l'effet attendu sur le plan du fondement de sa légitimité : étant donné que pour Habermas le contrôle abstrait n'est qu'une opération d'application de règles juridiques alors la légitimité de cette fonction dérive, comme en toute opération d'application, du respect des contraintes communicationnelles et des principes propres à ce discours.

Il convient d'ajouter, en outre, que cette légitimation se trouve renforcée par une autre idée qui n'a pas été explicitée précédemment parce qu'elle touche en partie à la figure du juge et à ses compétences personnelles, à savoir son caractère professionnel comme connaisseur du système juridique. En effet, les exigences et la spécialisation du discours d'application des normes juridiques requièrent que la pratique d'une argumentation juridique se réalise de façon *indépendante* sous l'encadrement d'un organe spécialisé dans les discours d'application : sous cette perspective, ce sont sans doute les juges qui sont les mieux placés pour veiller à cette tâche.¹⁴¹

On pourrait penser, à tort, que la légitimité d'une telle fonction dérive *per se* du rôle du juge en tant que noble défenseur ou protecteur du principe de la démocratie, mais cette lecture –qui d'ailleurs serait très paternaliste et que Habermas récuserait sans doute– n'est pas compatible avec la rationalité juridique communicationnelle-procédurale et sa conception de la démocratie, parce que si la vérification du respect du principe de démocratie n'est qu'une opération d'application des normes constitutionnelles, sa légitimité dérive, une fois encore, non pas du juge en tant que protecteur ou gardien de la constitution, mais de la légitimité et de la validité dérivées du discours d'application.¹⁴²

(141) Cette idée diffère cependant de la figure du juge hercule proposé par R. Dworkin ; pour Habermas, c'est plutôt la procédure et non pas un juge puissant qui assure la cohérence d'un système juridique.

(142) J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, p. 303 : «Quant à une Cour constitutionnelle qui obéit à une conception procéduraliste de la Constitution, dès lors que le processus démocratique qu'elle a pour charge de protéger n'est pas décrit comme état d'exception, elle n'a nullement besoin d'abuser de la légitimité dont elle est créditée et peut rester dans les limites des compétences de l'application du droit, clairement définies en termes de la logique de l'argumentation».

§2. La justice constitutionnelle républicaine : quand juger c'est créer

À propos de la double problématique de la justice constitutionnelle sur les plans institutionnel et fonctionnel et sur le plan de sa légitimité, F. Michelman accepte que le juge crée des normes juridiques, et ce peu importe le court circuit que cette activité puisse causer dans ses relations avec la fonction législative établies par le principe de séparation des pouvoirs. Frank Michelman doit ainsi trouver une justification solide à cette fonction originaire de la justice constitutionnelle, justification qu'il va construire sur les concepts du « *self-government* », de l'exigence de vertu et surtout de l'existence d'un consensus éthique substantiel, qui sont tous à base de la rationalité éthique-substantielle et par extension de sa conception de la démocratie.

Pour aborder le rôle de la justice constitutionnelle chez Michelman, il faut avant tout souligner qu'elle s'inscrit dans un dilemme qui est au coeur de la pratique des démocraties constitutionnelles, entre : d'un côté, la démocratie –comprise en termes simples comme l'exercice par le peuple du « *self-government* » par lequel il décide du contenu des normes juridiques destinées à la régulation de l'action sociale au sein de la communauté ; et de l'autre côté, le constitutionnalisme –compris comme la limitation et le contrôle par la constitution de l'exercice de ce « *self-government* ». ¹⁴³

Or, entre ces idées contraires, l'activité de la Cour Suprême –selon les mots de F. Michelman– peut être regardée soit d'un point de vue secondaire, soit d'un point de vue originaire. Pour le premier point de vue, dans l'exercice du « *judicial review* » le juge assume un rôle de superviseur qui se limite à l'application d'une *doctrine régulatrice* puisant son fondement dans un sens du *juste* et du *bien* préalablement établi par l'autorité du pouvoir constituant. ¹⁴⁴

Le deuxième point de vue, au contraire, place la participation du juge suprême au même niveau que le pouvoir constituant dans la création du droit et ne limite pas le rôle de la justice constitutionnelle à la simple application des normes constitutionnelles.

À cet égard, Michelman se rallie à la deuxième conception du « *judicial review* » et accepte pleinement que l'activité du juge constitutionnel, qui interprète les dispositions constitutionnelles,

(143) F. Michelman, *Brennan and Democracy*, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

(144) F. Michelman, «Family quarrel», *op. cit.*, p. 1164.

est une activité créatrice de droit,¹⁴⁵ ce qui constitue à tous égards une distanciation totale de la proposition de J. Habermas en ce qui concerne la fonction juridictionnelle vue sous l'angle de la distinction entre le discours de justification et le discours d'application de normes juridiques.

Mais comment le républicanisme construit-il une justification à cet exercice originaire – par lequel la Cour Suprême annule des lois approuvées par le législateur et crée des normes par le recours à l'interprétation de la constitution – qui soit compatible avec les exigences du « *self-government* » et du constitutionnalisme au même temps ?

Dans le débat entre F. Michelman et J. Habermas, ce dernier fournit une réponse à la lumière de sa lecture du républicanisme. Le débat sera notre fil conducteur pour comprendre la justification républicaine de l'exercice de l'activité originaire par la Cour Suprême.

L'argument est simple et consiste à identifier la source de cette problématique. Pour Habermas, du fait de l'absence de la possibilité pour le peuple constituant d'exercer le « *self-government* », ¹⁴⁶ le républicanisme fait appel à la Cour Suprême afin de représenter un peuple vertueux qui n'existe plus.¹⁴⁷ Cette situation « exceptionnaliste »¹⁴⁸ (en termes habermassiens) s'explique notamment par l'exigence de « vertu civique » que le républicanisme exige du citoyen – condition essentielle pour mener une politique « juscgénératrice » qui trouve sa source normative dans l'existence d'un « large » consensus éthique-substantiel à l'intérieur de la société¹⁴⁹ laquelle sous les conditions du monde actuel elle ne peut être plus remplie, faute de quoi la Cour Suprême prend le relais du « *self-government* ». En d'autres termes, c'est en l'absence d'un peuple vertueux qui puisse combler l'exigence de vertu civique que la juridiction suprême joue le rôle de représentant ou régent¹⁵⁰ de ce peuple.

La lecture habermassienne du républicanisme s'explique notamment par sa construction sociologique du passage de la société traditionnelle à la société moderne qui se caractérise par la

(145) *Ibidem*, pp. 1165 et 1166.

(146) *Ibidem*, p. 1166 et J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, p. 303.

(147) Ce que Habermas appelle la « politique déchuée », J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, p. 301.

(148) J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, p. 302.

(149) F. Michelman, « Family quarrel », *op. cit.*, p. 1168.

(150) J. Habermas, *Droit et Démocratie*, *op. cit.*, p. 302.

rationalisation du monde vécu, laquelle entraîne la destruction de formes éthiques-morales substantielles de légitimation des normes sociales et les substitue par des formes communicationnelles. D'ailleurs, pour Habermas, dans les sociétés pluralistes modernes, la formation d'un consensus éthique substantiel en vue de la justification de l'obéissance à une norme n'est plus envisageable.

Par ailleurs, aux yeux de Habermas, la proposition de F. Michelman méconnaît la distinction entre le discours de justification et le discours d'application des normes juridiques et du principe de séparation des pouvoirs. Ces objections ne sont pas niées par F. Michelman, mais il répond que cette méconnaissance n'est pas l'apanage du républicanisme.¹⁵¹

En réponse à la reconstruction habermassienne du républicanisme, Frank Michelman conteste simplement l'adjectif « large » (« *thick* ») que Habermas utilise dans la description exceptionnaliste de la pratique de la justice constitutionnelle. Pour Michelman, l'idée d'un consensus éthique substantiel « *...ought not be blamed on any attachment to the idea of thick, substantive consensus. But then neither can we explain in that way whatever republican support there may be for an ordinary role for judges in constitutional adjudication* ». ¹⁵²

La justice constitutionnelle chez Michelman trouve également un autre fondement intéressant, qui réside cette fois dans la dialogique qui assure la rénovation du fondement éthique-substantiel du droit et de la démocratie.

L'argument prend place dans « *Law's republic* », où Michelman propose un constitutionnalisme dialogique dans lequel le juge joue un rôle important dans le maintien de la politique « jugénétratrice ». En effet, le juge suprême, en exerçant son pouvoir de « *judicial review* », assure la rénovation du fondement éthique substantiel face à l'existence d'une pluralité sociale (notamment en protégeant la « modulation dialogique » et l'absence de contrainte, invasion

(151) F. Michelman, «Family quarrel», *op. cit.*, p. 1165.

(152) *Ibidem.*, p. 1170.

ou violation de l'identité dans le processus dialogique¹⁵³). C'est ainsi que la Cour Suprême, selon les termes de F. Michelman :

« ... helps protect the republican state –that is, *the citizen politically engaged*– from lapsing into a politic of self-denial. It challenges the '*the People's*' *self-enclosing tendency* to assume their own moral completion as the now are and thus to deny to themselves the plurality on which their capacity for transformative self renewal depends ». ¹⁵⁴

Plus loin, Michelman présente également la Cour Suprême comme l'interprète de la Constitution qui a pour tâche de déterminer le sens « *impermanent* » qu'il faut donner à une norme constitutionnelle.¹⁵⁵ Cependant, Michelman note que cette idée laisse encore ouverte la question de la justification du fait que la détermination de ce sens demeure dans les mains du juge suprême et non pas dans celles du peuple lui-même.¹⁵⁶

§3. La justice constitutionnelle expérimentale : quand juger c'est apprendre

L'adoption de l'expérimentalisme comme modèle de gouvernance implique, de toute évidence, des ajustements sur la conception classique du design institutionnel étatique pour remplir les exigences de la rationalité expérimentale qui sous-tend la démocratie directe, délibérative et polyarchique préconisée par l'expérimentalisme.

À cet égard, il semble que la double problématique de la justice constitutionnelle ne se pose plus car le design institutionnel et le réaménagement des fonctions au sein d'une démocratie

(153) Voy. F. Michelman, «Laws republic», *op. cit.*, p. 229 : «*Étant donné la pluralité*, un processus politique peut valider une norme sociale comme droit que l'on s'est donné à soi seulement si (i) la participation à la *procédure aboutit à un certain changement ou ajustement dans la compréhension concernée de la part de quelques-uns des participants (ou de tous ceux-ci)*, (ii) il existe un ensemble de conditions procédurales et de prescriptions sociales tel que le fait de subir, dans ces conditions, *une telle modulation dialogique de ses compréhensions, n'est pas considérée ou ressenti comme coercitif ou envahissant ou comme une autre violation de son identité ou de sa liberté* ; et (iii) *ces conditions prévalent réellement dans le processus supposée être générateur de droit*». (souligné ajouté)

(154) *Ibidem*, p. 237 (souligné ajouté). Cette idée du juge suprême comme protecteur de l'identité des citoyens s'inscrit dans l'argument républicain que Michelman essaie de construire contre la décision rendue par la Cour Suprême des États-Unis dans l'arrêt *Bowers v. Hardwick*. Dans cette affaire était en cause une loi de l'état de Géorgie qui criminalisait les relations de sodomie entre homosexuels. Dans l'argument républicain, l'homosexualité est devenue une demande d'identité des personnes qui revendiquent le fait d'être homosexuels. Pour le républicanisme, la loi de la Géorgie avait pour effet de nier cet élément constitutif de l'identité du citoyen et donc de nier la citoyenneté de cette personne par laquelle elle est admise dans la communauté et y participe de manière effective.

(155) Voy. F. Michelman, «Laws republic», *op. cit.*, p. 242. Michelman assimile ce travail à une «Machiavelan practice of return-to-the-founding-principle in which the first principle of the founding –the point of practice– turns out to be just that of the constant value of (re)foundation (renewal, renovation) itself.»

(156) Voy. F. Michelman, «Laws republic», *op. cit.*, p. 242.

expérimentaliste sont extrêmement différents à ceux de la conception classique sous laquelle la double problématique a émergée. En effet, dans l'expérimentalisme démocratique envisagé sous la perspective du *problem solving*, l'annulation (et même la correction) des actes, de l'organe législatif ou de l'administration publique se trouve complément autorisée et justifiée.

Néanmoins, la double problématique resurgit lorsque l'expérimentalisme prétend également rendre compte de la ré-apparition du « *public law litigation* » dans la démocratie américaine actuelle et le présenter comme une institution pragmatiste qui possède des caractéristiques propres aux systèmes d'organisation tel que le système de production Toyota (TPS en anglais). Ici, la rationalité expérimentale va très loin dans la conception de la fonction juridictionnelle de et ses rapports classiques à l'égard des fonctions législative et administrative.

Notre analyse portera donc premièrement sur la proposition institutionnelle de la démocratie expérimentaliste, pour ensuite aborder la question du renouvellement du « *public law litigation* » et l'explication fournie par l'expérimentalisme de ce phénomène.

La nouvelle offre institutionnelle expérimentaliste comporte un double aspect : d'une part, un aspect vertical, qui renforce la place des autorités locales face aux autorités centrales dans la détermination des fins et l'établissement de moyens pour atteindre ces fins ; et d'autre part, un aspect horizontal, qui ré-articule dans les grandes lignes le principe de séparation des pouvoirs en redéfinissant les fonctions des institutions étatiques pour les ajuster aux besoins de l'expérimentalisme. Ainsi, par exemple, il redéfinit le rôle des agences administratives afin de leur attribuer une place d'importance dans l'appareil étatique expérimentaliste.

Sous l'aspect « vertical », l'expérimentalisme démocratique en tant que législateur central se limite à établir des buts à poursuivre, à autoriser et à financer des délibérations pour établir les moyens afin d'atteindre ces buts.¹⁵⁷

Sur le plan « horizontal », le rôle des agences administratives est complètement novateur. L'expérimentalisme identifie que sous l'angle de la théorie classique de séparation des pouvoirs, la prolifération des agences administratives depuis les 70's s'est rendue problématique : on parlait de

(157) Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 340.

l'émergence d'une quatrième branche¹⁵⁸ dont l'existence était difficilement justifiable sur le plan de la démocratie.¹⁵⁹

Dans la nouvelle structure institutionnelle de la démocratie expérimentale, cette problématique des agences ne se pose cependant pas¹⁶⁰ car les agences administratives acquièrent une place particulière en ce qu'elles ont désormais pour tâche essentielle de coordonner l'établissement de « *best practice national standards* »¹⁶¹ et d'assister les gouvernements locaux dans un travail de « *benchmarking* ». ¹⁶²

L'adoption de l'expérimentalisme implique aussi, sous l'aspect de la résolution de problèmes et du choix de buts et moyens pour y parvenir, une nouvelle conception de la fonction juridictionnelle et de sa relation avec les autres fonctions et institutions qui s'y rattachent.¹⁶³

D'après la démocratie expérimentaliste, les Cours remplissent deux tâches principales : « *policing government and safeguarding rights* ». ¹⁶⁴ En concordance avec les caractéristiques principales de cette démocratie (délibérative, directe et polyarchique), les Cours expérimentalistes mettent en œuvre des délibérations par lesquelles, de manière générale, « les citoyens exigent que le gouvernement explique ses actes ». ¹⁶⁵

Cette nouvelle conception de la fonction juridictionnelle s'accompagne de deux institutions juridiques (« *pragmatic institutions* ») principales qui à la fois expliquent en quoi consiste le

(158) *Ibidem*, p. 270.

(159) *Ibidem*, p. 438 : Il existe à cet égard deux positions qui prétendent rendre compte de ce phénomène : l'une propose l'adoption d'une compréhension non stricte de ce principe ; l'autre estime que les agences sont démocratiques et légitimes.

(160) *Ibidem*, p. 444 : « The experimentalist agencies we described in Part V serve local government by facilitating benchmarking, set national standards by benchmarking rolling best practice, and benchmark services that they themselves provide. Thus, they coordinate the expertise of others instead of attempting to constitute themselves as a substitute for it, and their success reinforces rather than saps the democratic efficacy of the other institutions of government. By setting and continuously improving the standards for directly deliberative participation by which all instrumentalities of government are judged, as a condition of their own activities, the agencies safeguard democracy while advancing it. In this sense they would be the least dangerous branch of a new Madisonian synthesis.»

(161) *Ibidem*, p. 340.

(162) *Ibidem*, p. 342.

(163) *Ibidem*, p. 389 : «novel features of courts results from their relations with the other experimentalist organs».

(164) *Ibidem*, p. 340.

(165) *Ibidem*, p. 388.

nouveau rôle de la justice constitutionnelle et concrétisent son implémentation : la re-conceptualisation du « *judicial review* » (la Cour assure ici sa tâche de « *policing government* ») et l'adoption de règles prophylactiques par la Cour notamment en matière de droits fondamentaux (la Cour assurant ici sa tâche de « *safeguarding rights* »).

Tout d'abord, pour Ch. Sabel, le « *judicial review* » dans son acception classique implique la formulation d'un dilemme : soit la Cour Suprême, au risque de voir sa légitimité questionnée, se présente comme sujet actif et interfère activement dans le processus de création législative pour assurer la sauvegarde d'intérêts publics et privés ; soit elle n'interfère pas dans la politique, pour garder sa propre légitimité mais au risque de laisser de côté la protection de ces intérêts.

Aux yeux de l'expérimentalisme démocratique cette problématique ne se pose cependant pas parce que dans ce modèle le Congrès et les agences administratives ont des fonctions distinctes¹⁶⁶ de celles qu'ils exerçaient dans la démocratie classique. Cette redéfinition des rôles entraîne un changement de regard sur la conception qu'on a sur le « *judicial review* », et ce à double titre.

Dans la conception classique, l'exercice du « *judicial review* » ouvrait la voie au développement d'une jurisprudence qui consistait à donner une interprétation de la Constitution pour vérifier sa compatibilité avec les actes adoptés par les pouvoirs législatif et exécutif.

Sous un premier aspect, selon la nouvelle conception du « *judicial review* » dans l'expérimentalisme démocratique (où le pouvoir législatif central autorise la fixation de buts et la mise en œuvre des moyens destinés à atteindre ces buts dans une perspective de « *problem solving*»), la Cour vérifie si le processus¹⁶⁷ de recherche de solutions visant à résoudre un problème a été effectivement réalisé par les acteurs impliqués, plutôt que de juger si la solution adoptée a été la bonne.

Mais le « *judicial review* » expérimentaliste évite tomber dans la simple formalisation procédurale qui se limiterait à simplement vérifier si la procédure mise en œuvre a été respectée. Il

(166) *Ibidem*, p. 396.

(167) *Ibidem*, p. 397 : «The system of judicial review is thus procedural in the sense that it asks what the entities, jurisdictions, and agencies did to look for solutions, rather than whether the solutions were the right ones. However, because the preferred procedures of democratic experimentalism so closely tie means to ends, procedural review resists transformation into an empty formalism.»

apparaît plutôt qu'ici la Cour juge si la procédure appliquée est conforme avec l'exigence de la rationalité expérimentale et de la démocratie : « *[The Court] would look to see whether the process was structured in such a way as to produce alternatives and comparisons* ». ¹⁶⁸

Sous un deuxième aspect (dans la nouvelle « *judicial review* »), cette fois au sein du domaine constitutionnel, le juge suprême déploie une « jurisprudence de raisons » : si sous le mécanisme classique, comme nous l'avons vu précédemment, la révision consistait *peu ou prou* à vérifier la compatibilité des actes adoptés par les pouvoirs judiciaire et exécutif avec la constitution ; avec l'expérimentalisme par contre une telle vérification prend une autre perspective : la Cour vérifie si les buts et les moyens sélectionnés pour arriver à ces buts ne mettent en danger aucune valeur ou droit de rang constitutionnel. ¹⁶⁹

Ainsi, au lieu de développer une jurisprudence sur base de l'interprétation que le juge suprême donne de la Constitution, la Cour Suprême juge les raisons qui justifient les décisions prises par les agences et le Congrès. En d'autres termes, le « *judicial review* » constitutionnel devient une « jurisprudence d'arguments inadmissibles [interdiction de poursuite des fins anticonstitutionnelles] et de considérations obligatoires [la Cour met l'accent sur le fait que les acteurs doivent être plus attentifs dans l'élection de moyens s'il s'avère qu'une valeur ou droit constitutionnel est en danger]. » ¹⁷⁰

Ce dernier aspect est intéressant pour notre réflexion car cette jurisprudence met l'accent sur les choix de moyens de manière expérimentale. En effet, une jurisprudence de raisons admissibles ou inadmissibles dans l'élection de moyens nous amène à opérer une réflexion sur les raisons qui motivent la prise de décision sur base de la méthode expérimentale et du « *error and trial learning process* » : la Cour paradoxalement ne fournit plus directement une solution au problème, mais elle se transforme en un « *active problem solver* ». ¹⁷¹

De ce point de vue, concernant la jurisprudence de raisons admissibles ou inadmissibles dans l'élection de moyens, « *the court judges the parties' abilities to gather, summarize, and use*

(168) *Ibidem*, p. 398.

(169) *Ibidem*, p. 389.

(170) *Ibidem*, p. 390.

(171) *Ibidem*, p. 401.

information by their ability to learn from their mistakes while drawing on the efforts of others in their situation to do likewise ». ¹⁷²

De même, la Cour met l'accent notamment sur les capacités d'apprentissage et les capacités délibératives des acteurs impliqués : « ... *experimentalist courts can serve democracy better not only because they presume to provide fewer definitive answers to legal, social and ultimately political questions, but also because they can inquire into more of the political actors' own deliberative capacities* ». ¹⁷³

La deuxième institution qui accompagne la nouvelle conception de la fonction juridictionnelle est l'adoption par le juge de règles prophylactiques : une des figures juridiques qui répond avec justesse aux caractéristiques de l'expérimentalisme et qui concerne également la défense des valeurs ou droits de rang constitutionnel.

Elle trouve ses origines dans la décision *Miranda* de la Cour Suprême des États-Unis, à travers laquelle Ch. Sabel voit l'émergence de ces normes préventives qui s'ajustent parfaitement avec son modèle expérimentaliste. Sur le plan de la fonction judiciaire, et plus particulièrement de la justice constitutionnelle, elles revêtent une grande importance dans la fonction juridictionnelle car elles sont issues directement de la plume des juges afin de protéger une valeur de rang constitutionnel dont la violation est établie mais les effets restent inconnus par le juge. ¹⁷⁴

Avec ce mécanisme, la Cour, dans le cas où une menace pour une valeur ou un droit constitutionnel aurait été préalablement identifiée, ordonne aux parties de faire face à cette menace par des moyens appropriés et sélectionnés par elles, moyens qui d'ailleurs resteront sujets au mécanisme de « *judicial review* » constitutionnel. La Cour a le droit de fixer une protection minimale envers ces droits qui doivent être atteints lorsque les parties choisissent les moyens. Ch.

(172) *Ibidem*, p. 400.

(173) *Ibidem*, p. 389 : «Put another way, experimentalist courts can serve democracy better not only because they presume to provide fewer definitive answers to legal, social and ultimately political questions, but also because they can inquire into more of the political actors' own deliberative capacities».

(174) *Ibidem*, p. 403 : «The Court adopts a prophylactic rule when it identifies circumstances that threaten constitutional values, without necessarily being able to specify the causal chain by which the threat will eventuate, and where, accordingly, it may both fix general preventive measures and invite other actors, with better knowledge of the specifics, to improve on them».

Sabel décrit de la manière suivante cet intéressant modèle de règles prophylactiques, mais nous ne nous y attarderons guère :

« First, prophylactic decision-making allows that some circumstances pose special risks to constitutional rights and values even if the Court cannot identify a clear violation. Second, this allowance obligates the government to meet minimum protective standards established by the Court. Third, The Court's chosen standards are understood to be mere minima; the Court encourages different jurisdictions to experiment with other means of protecting the vulnerable rights and values. It should be immediately apparent that this approach may be used whenever the Court is uncertain about the application of general norms to particulars –and that this describes all adjudication. »¹⁷⁵

Avec les nouvelles tâches de « *policing government et safeguarding rights* » et les institutions juridiques qui les accompagnent, la double problématique sus-mentionnée de la justice constitutionnelle à l'égard du principe classique de séparation des pouvoirs ne se pose plus dans l'expérimentalisme démocratique. Néanmoins, cette problématique subsiste lorsque dans le contexte actuel, où évidemment le modèle expérimental n'a pas été adopté, réapparaît la figure du « *public law litigation* ».

L'expérimentalisme démocratique voit dans la reprise de la figure du « *public law litigation* » par les cours fédérales américaines à la fin des années 90's (dans des matières telles que l'éducation, la santé mentale, les prisons) un phénomène qui peut être expliqué par la proposition expérimentaliste. Ce travail se poursuit notamment par Ch. Sabel et W. Simon afin de présenter l'institution du « *public law litigation* » comme une institution de type pragmatiste, qui possède les caractéristiques principales du système de production Toyota.

Classiquement le « *public law litigation* », terme utilisé pour la première fois par Abram Chayes,¹⁷⁶ est une figure judiciaire unique en son genre qui sort des canons traditionnels, notamment quant à l'objet du litige.¹⁷⁷ Dans sa version classique, le « *public law litigation* » (ci-dessous PLL) peut être compris comme une procédure dans laquelle existent deux parties : d'une

(175) *Idem*.

(176) A. Chayes, «The role of the judge in public law litigation», *Harvard Law Review*, vol. 89, n°. 7, 1976, pp. 1281-1316.

(177) Voy A. Chayes, «The role of the judge in public law litigation», *op.cit.*, pp. 1281 à 1288.

part, un ou plusieurs individus concernés, et d'autre part, l'administration, l'objet du litige concernant « *the vindication of constitutional or statutory policies* ». ¹⁷⁸

Dès le début de son utilisation dans les années 60's par les Cours fédérales, le PLL a été fortement critiqué par le fait qu'il n'était pas respectueux du jeu institutionnel imposé par le principe classique de séparation des pouvoirs, ¹⁷⁹ en ce qu'il envahissait les fonctions législatives et administratives de l'État : concrètement, la Cour prétendait rendre plus efficace la politique de management menée par l'administration et ses agences à travers l'édiction d'une ordonnance ¹⁸⁰ («*decree*») destinée à l'administration publique. ¹⁸¹

Il semble que la cause de sa désuétude postérieure a été due à l'approche « *command-and-control* » sous-jacente à la version classique du PLL. ¹⁸² Ainsi, les ordonnances parfois très strictes et les régimes qu'elles instaurent manquaient-ils d'une capacité de révisabilité et d'adaptation face aux changements de circonstances dans lesquelles ils étaient rendus : la Cour rechignait à changer une ordonnance qu'elle avait elle-même rendue. En outre, l'insuffisance d'informations que possédait la Cour pour articuler les ordonnances, témoignait d'une rationalité limitée dans son chef, caractéristique de l'approche « *command-and-control* ». ¹⁸³

Néanmoins, la reprise du PLL à la fin des années 90's nous comme nous l'expriment Ch. Sabel et W. Simon, a connu des adaptations et des évolutions qui peuvent être expliquées exhaustivement par la rationalité expérimentale.

(178) A. Chayes, «The role of the judge in public law litigation», *op.cit.*, p. 1284 ; A. Chayes, «Foreword: public law litigation and the Burger court», *Harvard Law Review*, vol. 96, n° 4, 1982 : «grievance[] over the administration of some public or quasi-public program and to vindicate the public policies embodied in the governing statutes or constitutional provisions».

(179) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, p. 1018.

(180) A. Chayes, «The role of the judge in public law litigation», *op.cit.*, p. 1298 : «The decree seeks to adjust future behavior, not to compensate for past wrong. It is deliberately fashioned rather than logically deduced from the nature of the legal harm suffered. It provides for a complex, on-going regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court's involvement with the dispute.»

(181) *Idem* : «The decree is also an order of the Court, signed by the judge and issued under his own responsibility (itself a shift from the classical money judgement)».

(182) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, pp. 1017-1019.

(183) *Ibidem*, p. 1053.

À cet égard, William Simon a notamment réalisé une comparaison entre les nouvelles manifestations du PLL et le « *Toyota production system* » (ci-dessous TPS), par laquelle il met l'accent sur cinq caractéristiques de ce système qui sont reproduites dans le nouveau PLL. Ce travail est intéressant en ce qu'il sert notamment de référence pour montrer les traits de la rationalité expérimentale sous-jacente au nouveau modèle du « *public law litigation* ».

Tout d'abord, à l'instar du TPS, le PLL intervient également dans l'apprentissage et l'innovation¹⁸⁴ des participants au processus :

«... these regimes seem designed neither to resolve disputes nor to vindicate accepted values, but to induce learning and innovation. These include the features that oblige the actors to define and justify their own standards and practices, to make them public in a way that permit others to observe their experience, and to continuously revise them in the light of shared experience». ¹⁸⁵

Le processus déclenché sert à la recherche de solutions aux problèmes rencontrés au cours de l'implémentation des programmes de l'administration publique. Ce processus n'est pas clos mais bel et bien ouvert à la participation des parties et de tout autre acteur intéressé. La négociation en vue d'aboutir à un consensus est de type délibératif et les arguments, la bonne foi et la tolérance sont ses caractéristiques essentielles.¹⁸⁶ Par ailleurs, la PLL exige qu'un standard de transparence¹⁸⁷ soit rempli de sorte que l'ordonnance ou le « *rolling rules regime is both a learning device and an accountability norm* ». ¹⁸⁸ Cette transparence permet également aux parties absentes du processus de délibération de déclencher à nouveau ce processus si elles s'estiment concernés par le régime.

Deuxièmement, les normes qui régissent le TPS ont pour caractéristique qu'elles combinent la formalité des normes (elles doivent être le plus spécifiques possible¹⁸⁹) avec des ajustements nécessaires pour faire face des situations inattendues. À cet égard, l'élément central du PLL est l'ordonnance, résultant du processus de négociation délibérative entre les acteurs. L'intervention dans le gestion et la politique de l'institution publique en question « *takes the form of rolling rule*

(184) W. Simon, «Toyota Jurisprudence», *op. cit.*, pp. 45 et 57.

(185) *Ibidem*, p. 57.

(186) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, p. 1068.

(187) *Ibidem*, p 1072 : «rolling rules regimes must be explicit and public»

(188) *Idem*.

(189) W. Simon, «Toyota jurisprudence», *op. cit.*, p. 59.

regime », ¹⁹⁰ en ce que l'ordonnance revêt un caractère provisionnel, au sens où les normes qu'elle contient peuvent être éventuellement ré-adaptées ou ré-écrites, lors de son application. Elles sont donc sujettes à des révisions et des adaptations continues dans le but de faire face à la contingence des situations.¹⁹¹ On l'a vu précédemment : cette conception de l'application des règles juridiques dilue complètement la stricte distinction classique entre l'opération de justification et l'opération d'application des normes juridiques, afin de mettre ces deux opérations en transformation réciproque, au nom de la capacité d'adaptation de la norme juridique face aux contingences des circonstances de son application.

Ce caractère provisionnel de la norme (« *rolling rule* ») est le résultat de la prise de conscience des limitations de la rationalité cognitive qu'impliquait l'adoption d'une norme de type « *command-and-control* », et des caractéristiques essentielles à tout problème. Lors de la prise de décision, les participants disposent d'une information limitée, surtout en ce qui concerne sa mise en œuvre et ses conséquences ; or dans les « *rolling rules regimes* », cette limitation est prise en compte et les participants reconnaissent que « *they cannot elaborate a regime of fixed and specified rules* »¹⁹² pour affronter un problème. Au contraire, il est donc préférable d'adopter une norme de type provisionnel ayant la capacité de s'adapter aisément à des contingences imprévues et à l'apparition de nouvelles situations indéterminées, changeantes et contingentes, que nous nommons « problèmes ».

Troisièmement, le TPS comme le PLL sont des processus de prise de décision interdisciplinaires de type collaboratif.¹⁹³ La détermination et la révision des normes provisionnelles dans les deux cas est le résultat d'un exercice collectif qui fait appel à des groupes interdisciplinaires pour la résolution de problèmes.¹⁹⁴

Ensuite, le TPS et le PLL ont tous les deux un caractère déstabilisateur à l'égard des pratiques et autres règles.¹⁹⁵ En ce qui concerne le PLL, il est important souligner que Ch. Sabel et

(190) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, p. 1069.

(191) *Ibidem*, p. 1062.

(192) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, p. 1069.

(193) W. Simon, «Toyota jurisprudence», *op. cit.*, 48 et 59.

(194) *Ibidem*, p. 59 : voy. les PLL dans les domaines de la chimie et l'éducation.

(195) *Ibidem*, pp. 49 et 60.

W. Simon le voit comme une forme de « *destabilization rights* », terme développé par Roberto Mangeira, entendu comme « *claims to unsettle and open up public institutions that have chronically failed to meet their obligations and that are substantially insulated from the normal processes of political accountability* »¹⁹⁶ et qui « *induce the institution to reform itself in a process in which it must respond to excluded stakeholders* ». ¹⁹⁷ Cet effet ou caractère de « *destabilization rights* » est exercé par la mise en œuvre du « *benchmarking* » et le « *root cause analysis* ». ¹⁹⁸ Ce dernier consiste à se poser les 5 questions conséquentialistes qui sont requises par ce nouveau mécanisme d'enquête sociale de l'expérimentalisme démocratique adopté par Ch. Sabel : « *the five why's* ». ¹⁹⁹

Finalement, il ne faut pas perdre de vue que le TPS et le PLL sont des régimes orientés vers la résolution de problèmes. La mise en œuvre du « *benchmarking* » et le « *root cause analysis* » nécessaire à l'identification du problème ne sont présents que pour la résolution des situations problématiques et le questionnement des habitudes et pratiques existantes, et non pas à des fins de désignation et de sanction d'un coupable. ²⁰⁰

La ré-apparition du PLL et les caractéristiques principales de sa rénovation, fort semblables à celles du TPS, mettent en exergue la nécessité de renouveler la conception du rôle de la faculté de juger –en ce compris le rôle du juge suprême qui n'est en rien empêché de connaître une demande en matière de PLL– et de réfléchir sur la légitimité qui justifie l'exercice de cette fonction. Ce nouveau rôle semble d'ailleurs mettre en cause l'articulation du principe de séparation des pouvoirs articulé en termes de la distinction classique entre justifier et appliquer une norme.

À proprement parler, le changement du rôle du juge est totalement radical dans le cas du PLL car il n'occupe plus le rôle central jadis attribué dans la résolution de litiges privés, et ne serait donc plus exclusivement envisagé de manière traditionnelle. Dans les termes de Ch. Sabel et W.

(196) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, p. 1020.

(197) *Ibidem*, p. 1056.

(198) W. Simon, «Toyota jurisprudence», *op. cit.*, p. 60.

(199) Ch. Sabel, «A real time revolution in routines», *op. cit.*, p. 121 ; Ch. Sabel et M. Dorf, «A constitution of democratic experimentalism», *op. cit.*, p. 299, que pour rappel ces questions sont les suivantes : «1) *Why is a machine 'A' broken ? Because no preventive maintenance was performed ; 2) Why was the maintenance crew derelict ? Because it is always repairing machine 'B' ; 3) Why is machine 'B' always broken ? Because the part it machines always jams ; 4) Why does the jam recur ? Because the part is warped from heat stress ; 5) Why does the part overheat ? A design flaw*»

(200) W. Simon, «Toyota jurisprudence», *op. cit.*, pp. 53 et 61.

Simon, le juge passe « *from that of directly determining the merits to facilitating a process of deliberation and negotiation among the stakeholders* ». ²⁰¹ Il s'agit donc d'un juge qui est toujours ouvert et souvent saisi et ressaisi, mais c'est un *juge* que ne *juge* pas.

L'absence d'un jugement au sens traditionnel du terme s'explique notamment par le fait que dans le PLL l'ordonnance n'est pas le résultat d'un travail effectué par le juge, mais les résultats des acteurs concernés qui ont déclenché un processus de délibération pour négocier les moyens et les buts à atteindre à travers l'administration et les institutions publiques. ²⁰²

Ces caractéristiques ont des conséquences importantes au niveau du principe de séparation des pouvoirs et de la double problématique posée par la justice constitutionnelle. En ce qui concerne le principe de séparation des pouvoirs et les relations avec les autres fonctions, on pourrait penser que le PLL met en cause la conception classique à trois égards.

D'abord, de manière générale, le mécanisme et la dynamique du PLL paraissent concentrer le pouvoir étatique dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, ce qui est contraire au principe de séparation des pouvoirs et à son essence : la division s'établit pour éviter la tyrannie. ²⁰³

En suite, à l'égard de la fonction législative, on pourrait penser que d'un point de vue institutionnel, l'ordonnance rendue par un juge est un acte législatif de caractère général qui semble créer des droits et obligations dans le chef des parties et des tiers, et qu'avec cette fonction le juge fait ce qu'il lui appartient de faire : appliquer des normes juridiques. Mais il va plus loin en créant du droit.

Finalement, à l'égard de l'administration publique, on pourrait penser également qu'avec l'ordonnance, la Cour commet une intromission manifeste sur la manière dont les institutions publiques –en ce compris les agences– mènent leur propre politique de gestion sur les affaires de la vie publique.

(201) Ch. Sabel et W. Simon, «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *op. cit.*, p. 1055.

(202) *Ibidem*, p. 1020.

(203) *Ibidem*, p. 1090.

À l'encontre des éventuelles critiques, Ch. Sabel et W. Simon affirment qu'une institution comme le PLL aide au renforcement de l'État de droit et le contrôle sur le pouvoir étatique (idée essentielle qui est sous-jacente au principe de séparation des pouvoirs).²⁰⁴ En ce qui concerne le pouvoir législatif, l'ordonnance n'est que la manifestation d'une démocratie délibérative directe où le juge ne fait qu'être le promoteur (mais pas le créateur) d'une norme qui régira l'action des personnes concernées : les bénéficiaires et l'administration publique. Enfin, il s'avère que la PLL et son effet déstabilisateur constituent une institution juridique qui sans doute accroît le contrôle des citoyens sur l'administration et constitue au même temps un dispositif d'apprentissage collectif motivé par la dynamique « essais-erreurs ».

Sur le plan de la légitimité, les « *rolling rules regimes* » se justifient par ces mêmes raisons : d'une part, parce qu'ils permettent d'« ouvrir les institutions à l'influence et [à la] participation des citoyens »;²⁰⁵ et d'autre part, du fait de sa légitimation par le biais du processus de délibération au sein de la Cour, qui se déroule sous forme directe en ce qu'il implique la participation des toutes les personnes concernés. Le PLL apparaît donc comme une nouvelle forme de participation démocratique où les citoyens sont dans la mesure d'exercer un contrôle plus direct sur les actes de l'administration, objectif qui dans les démocraties actuelles paraît n'est pas être contestable.

(204) *Ibidem*, p. 1093.

(205) *Ibidem*, p. 1094.

CONCLUSIONS

Les développements qui précèdent le dernier chapitre montrent que les positions de Jürgen Habermas, Frank Michelman, Charles Sabel et William Simon à l'égard du principe de séparation des pouvoirs –assimilé à la distinction traditionnelle entre les opérations de justification et d'application des normes– s'expliquent par la rationalité juridique et la conception de la démocratie défendues par ces trois auteurs, lesquels prétendent rendre compte de la double problématique que la justice constitutionnelle pose à l'égard du premier principe.

Nous avons observé comment Jürgen Habermas s'appuie sur les travaux d'explicitation technique réalisés par Klaus Günther sur la distinction entre les discours de justification et les discours d'application de normes juridiques, pour notamment justifier et conserver le principe classique de séparation des pouvoirs considéré comme un pilier de l'État de droit actuel.

C'est également sur la base de cette distinction discursive, et notamment du discours d'application, que J. Habermas essaie de reposer la double problématique de la justice constitutionnelle en termes de théorie de discours. De cette manière, il encadre l'activité de la justice constitutionnelle dans la logique et les contraintes des discours d'application des normes juridiques, et dérive la légitimité du juge constitutionnel de la légitimité des discours d'application.

En ce qui concerne la rationalité juridique de type éthique-substantielle défendue par Frank Michelman, il a été explicité qu'il tient à la distinction entre justifier et appliquer une norme juridique, mais ne la conçoit pas de manière stricte car il accepte que le juge exerce une fonction créatrice de droit (originaire), et non seulement une fonction secondaire.

Sur le plan de la fonction juridictionnelle et de la légitimité du juge constitutionnel, il se détache de toute évidence de la distinction, formulée en termes de théorie de discours, entre le discours de justification et le discours d'application des normes juridiques : chez lui, la Cour Suprême ne se limite à l'application d'une norme existante mais elle n'hésite pas à créer de sa plume du droit, peu importe si cela est fait ou non au nom de la protection de l'État républicain, en vertu de la modulation dialogique ou de la rénovation d'un consensus éthique-substantiel.

Néanmoins, cette conception de la justice constitutionnelle nécessite évidemment un travail théorique solide qui puisse justifier non seulement cette activité originaire dans le chef de la Cour Suprême mais également le court-circuit qu'elle cause dans ses relations avec les autres fonctions établies par le principe de séparation des pouvoirs.

À cet égard, le fondement de légitimité de la juridiction suprême chez Michelman paraît s'appuyer sur le fondement éthique-substantiel de la validité rationnelle des normes qui sous-tendent sa conception républicaine de la démocratie –entendue en termes d'exercice de la politique génératrice du droit– et de la rénovation du consensus éthique-substantiel.

Une question demeure cependant en suspens dans cette proposition : si chez Michelman, en l'absence d'un peuple vertueux qui puisse combler l'exigence de vertu civique, la juridiction suprême joue le rôle de représentant ou régent de ce peuple, alors quelles sont les caractéristiques d'une Cour Suprême, composée par des citoyens, qui la rendent plus vertueux que le peuple lui-même ? À cet égard, Michelman ne fournit pas de réponse concrète.

La rationalité juridique expérimentale est sans doute une proposition intéressante et fort différente de celles défendues par Frank Michelman et Jürgen Habermas. L'offre d'un nouveau paysage institutionnel dans la démocratie expérimentale s'explique notamment par la rationalité sous-jacente à celle-ci et par ses exigences pour générer un apprentissage continu et une résolution de problèmes de manière collective.

Ce paysage institutionnel abrite les anciennes institutions –sauf en ce qui concerne les agences, lesquelles ne faisaient pas partie de la division tripartite du principe classique de séparation des pouvoirs mais qui désormais en font partie– et leur octroie de nouvelles fonctions pour remplir ces exigences : la fonction juridictionnelle s'adapte aux besoins de la rationalité expérimentale en proposant de nouvelles institutions pragmatistes –telles que les règles prophylactiques et la nouvelle conception du *judicial review*.

La redéfinition des fonctions législative, judiciaire et exécutive (fonctions partagées entre les agences et les gouvernements central et locaux) entraîne également une reconfiguration des relations qui s'établissent entre les trois fonctions.

Ces conséquences institutionnelles de l'adoption d'une démocratie expérimentale ont également un écho sur la manière dont est conçu le fondement de légitimité qui justifie l'action de ces institutions à l'égard des citoyens : ce fondement repose largement sur la responsabilité, la transparence, ainsi que la participation directe à la prise de décisions délibératives et au processus d'apprentissage collectif, et ce dans le but de résoudre les problèmes.

Ce nouveau paysage institutionnel est clairement une proposition qui ne peut pas passer inaperçue aux yeux des réflexions contemporaines sur le droit et la démocratie. L'émergence du PLL rénové dans les Cours américaines constitue également un phénomène important que ces réflexions ne peuvent pas nier mais qu'apparemment est difficile d'expliquer. Ainsi, par exemple, la rationalité procédurale-communicationnelle et le paradigme procédural ne pourraient trouver une explication qui rendrait compte de manière satisfaisante à la réapparition du phénomène du PLL : en effet, par sa nature et par ses caractéristiques le PLL ne coïncide pas avec la distinction stricte entre le discours de justification et le discours d'application.

À cet égard, la rationalité expérimentaliste rend compte de ce phénomène à l'aide du système de production de Toyota, opposé aux modèles de type « *command-and-control* ». Dans un contexte actuel, cependant, l'adoption d'une telle approche expérimentale pour l'explication de tel phénomène donne une autre perspective à la double problématique qui fut articulée au début de ce travail. En effet, les caractéristiques essentielles de la PLL entraînent une modification de la manière dont on a traditionnellement envisagé la séparation des pouvoirs, la fonction juridictionnelle et sa légitimité.

Finalement, le fait d'avoir présenté l'expérimentalisme comme une troisième voie de dépassement, sous l'angle de « *l'adaptive problem solving* », des rationalités procédurale-communicationnelle et éthique-substantielle, a également des conséquences sur la manière d'envisager la justice constitutionnelle et sa légitimité tel que le propose l'expérimentalisme.

Bien que cette manière de procéder demeure une voie ouverte pour la réalisation d'un travail d'approfondissement quant à ce dépassement –ses conditions, son succès et ses failles–, il semble que pour l'approche expérimentaliste, la justice constitutionnelle et ses nouvelles activités possèdent une vocation inhérente en vue de l'orientation de « *l'adaptive problem solving* » en ce qu'elle, au contraire des figures de justice constitutionnelle de J. Habermas et F. Michelman, font réfléchir les

participants du « *judicial review* » et de la PLL sur leurs propres capacités délibératives et d'apprentissage collectif. D'ailleurs, elles remplissent les exigences demandés par l'adaptabilité pour faire face aux problèmes qu'affronte la société actuelle.

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, il convient de remercier cordialement au Professeur Jacques Lenoble pour ses conseils et ses avis tout au long de la création de ce texte. C'est également grâce à lui que je me suis immergé dans la pensée de Charles Sable, William Simon, Frank Michelman et Jürgen Habermas.

Ensuite, j'aimerais remercier mes parents et ma soeur pour son soutien toujours inconditionnel durant mes études en Belgique y compris la réalisation de ce mémoire.

Finalement, je remercie à Martha Vargas qui m'a soutenu avec patience durant tous ces mois de travail.

BIBLIOGRAPHIE

LIVRES

1. DEWEY, J., *Le public et ses problèmes*, Paris, Farrago, 2003, pp. 163 et 164.
2. DEWEY, J., *Logique. La théorie de l'enquête*, Paris, PUF, 1993, p. 12.
3. HABERMAS, J., «Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad», *Escritos sobre moral y eticidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2012.
4. HABERMAS, J., «*Droit et Démocratie. Entre faits et normes*», Paris, Gallimard, 1997.
5. HABERMAS, J., *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, trad. par C. Bouchindhomme, Paris, éditions du Cerf, 1986.
6. HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, t. I, 1987.
7. HABERMAS, J., «Théories relatives à la vérité», *Logique des sciences sociales et autres essais*, Paris, PUF, 2005.
8. HABERMAS, J., *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot 1978.
9. LENOBLE, J. ET MAESSCHALCK, M., *Démocratie, droit et gouvernance*, Québec, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrook, 2011.
10. MELKEVIK, B., *Droit et agir communicationnel : penser avec Habermas*, Paris, ed. Buenos books international, 2012.
11. MICHELMAN, F., *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
12. MICHELMAN, F., «La république du droit», in Fr. Michaut, *Le mouvement des critical legal studies. Entre républicanisme et libéralisme*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010,
13. MICHELMAN, F., «*Traces de gouvernement de soi par soi. Préface à la session 1985 de la Cour Suprême*», in Fr. Michaut, *Le mouvement des critical legal studies. Entre républicanisme et libéralisme*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010.
14. RIVERA, J., «El estatuto jurídico del juez constitucional en Bolivia», in *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo* (sous la direction de H. Fix-Zamudio et C. Astudillo), Mexique, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

15. SABEL, CH. ET SIMON, W., «*Epilogue: accountability without sovereignty*», in *Law and New Governance in the EU and the US* (G. de Búrca et J. Scott, eds.), Oxford, Hart Publishing, 2006.

ARTICLES

16. CHAYES, A., «The role of the judge in public law litigation», *Harvard Law Review*, vol. 89, n° 7, 1976.
17. CHAYES, A., «Foreword: public law litigation and the Burger court», *Harvard Law Review*, vol. 96, n° 4, 1982.
18. DEFLEM, M., «La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas», *Déviance et société*, vol. 18, n° 18, 1994.
19. FELDMAN, S., «The Persistence of power and the struggle for dialogic standards in postmodern constitutional jurisprudence : Michelman, Habermas and Civil republicanism», *The Georgetown law journal*, vol. 81, 1993.
20. GÜNTHER, KL., «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de l'argumentación jurídica», trad. de l'allemand par Juan Velasco, *Doxa*, n° 17-18, 1995.
21. HABERMAS, J., «Constitutional democracy. A paradoxical union of contradictory principles ?», *Political theory*, vol. 29, n° 6, 2001.
22. HABERMAS, J., «Law and morality», in S. McMurrin (ed.), *The tanner lectures on human values*, vol. 8, Salt Lake City, Utah University Press, 1988
23. LENOBLE, J., «Law and undecidability : a new vision of the proceduralization of law», *Cardozo Law Review*, vol. 17, n° 4, 1996,.
24. MICHELMAN, F., «Always under law?», *Constitutional Commentary*, Vol. 12, n° 2.
25. MICHELMAN, F., «How can the people ever make the Laws ? A critique of deliberative democracy», in Bohman J., Rehg W., *Deliberative Democracy*, Boston, MIT Press, 1997.
26. POURTOIS, H., «*Le point de vue moral et le principe d'universalisation. De Kant a Habermas*», Communication présentée à la Société philosophique de Louvain le 25 mars 1998, DOCH 47, Louvain-la-Neuve, Chaire Hoover d'éthique économique et sociale.
27. POURTOIS, H., «Rationalisation sociale et rationalité juridique. Une lecture de Jürgen Habermas», *Revue philosophique de Louvain*, vol. 89, n° 83, 1991.
28. POURTOIS, H., «Théorie sociale et jugement juridique. À propos de J. Habermas et de Kl. Günther», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 37, 1992.

29. SABEL, CH., «A real time revolution in routines», in *The firm as a Collaborative Community* (Ch. Heckscher et P. Adler, eds.), Oxford, Oxford University Press, 2006.
30. SABEL, CH., «Dewey, democracy and democratic experimentalism», in *Contemporary pragmatism*, vol. 9, n° 2, 2012.
31. SABEL ET DORF, M., «A constitution of democratic experimentalism», *Columbia Law Review*, vol. 98, n° 2.
32. SABEL, CH. ET SIMON, W., «Destabilization rights : how public law litigation succeeds», *Harvard Law Review*, vol. 117, n° 4, 2003.
33. SABEL, CH. ET SIMON, W., «Minimalism and experimentalism in administrative State», *The Georgetown Law Journal*, vol. 100, n° 53, 2011.
34. SIMON, W., «Toyota jurisprudence : legal theory and rolling rule regimes», *Columbia Public Law Research Paper No. 04-79*, 2004.

TABLE DES MATIÈRES

DU PROCÉDURALISME À L'EXPÉRIMENTALISME. JÜRGEN HABERMAS, FRANK MICHELMAN ET CHARLES SABEL : TROIS PERSPECTIVES SUR LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS, LE RÔLE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET SON FONDEMENT DE LÉGITIMITÉ.

INTRODUCTION.....	2
CHAPITRE I. LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS OU DE LA DISTINCTION ENTRE L'OPÉRATION DE JUSTIFICATION ET L'OPÉRATION D'APPLICATION DES NORMES JURIDIQUES	6
§1. Jürgen Habermas et l'articulation de la distinction en termes de discours.....	6
§2. Frank Michelman et la récusation de la proposition habermassienne	11
§3. Charles Sabel et Will Simon : la dilution de la distinction.....	14
CHAPITRE II. UN DÉTOUR PAR LES RATIONALITÉS COMMUNICATIONNELLE-PROCÉDURALE, ÉTHIQUE-SUBSTANTIELLE ET EXPÉRIMENTALISTE.....	18
§1. Jürgen Habermas et Frank Michelman : entre rationalité juridique communicationnelle-procédurale et éthique-substantielle.....	18
§ 2. Vers une troisième voie alternative.....	25
§ 3. ... Charles Sabel et W. Simon et la rationalité juridique expérimentale.....	29
CHAPITRE III. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET SON FONDEMENT DE LÉGITIMITÉ.....	39
§1. La justice constitutionnelle procédurale : quand juger c'est appliquer	40
§2. La justice constitutionnelle républicaine : quand juger c'est créer.....	45
§3. La justice constitutionnelle expérimentale : quand juger c'est apprendre.....	48
CONCLUSIONS	61
REMERCIEMENTS.....	65
BIBLIOGRAPHIE	66

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

