



Droit et gouvernance. Pour une procéduralisation contextuelle du droit¹

Jacques Lenoble²

Introduction

L'action menée, ces dernières années, par les experts internationaux, auprès des sociétés d'Europe Centrale et d'Europe de l'Est repose souvent sur l'idée que leur transformation en démocraties libérales s'effectuera par l'adoption de règles et d'institutions qui définissent le cadre propre de ces démocraties. Une telle politique repose sur la croyance que les pouvoirs de la règle pourraient assurer la transformation du contexte social qu'elle entend régir. L'efficacité des dispositifs réglementaires serait détachée de la spécificité des contextes locaux. Or, comme semblent l'attester aujourd'hui les résultats sur lesquels débouche cette politique³, la logique qui préside à l'effectuation d'une règle, et donc celle qui régit la manière dont s'opère la transformation des contextes sociaux est bien plus complexe que ne le suggère l'approche formaliste adoptée par les experts. Cette question est d'ailleurs au cœur de la recherche récurrente à laquelle nos démocraties libérales sont confrontées concernant les formes que doivent prendre leurs dispositifs de gouvernance pour assurer une meilleure réalisation des objectifs qu'elles s'assignent. Bien plus, le tournant récemment pris par ce débat, tant en droit qu'au sein des sciences sociales, relance de façon explicite la question des limites d'une approche formaliste de la gouvernance démocratique. Il nous servira donc comme point d'appui pour notre propre démarche qui vise, en poursuivant cette dynamique actuelle de la recherche en sciences sociales, à aider à construire théoriquement cette question. Nous commencerons par dessiner, de façon introductive, le cadre général de ce débat théorique contemporain, les présupposés communs que partagent les diverses positions en présence et le déplacement que nous suggérons d'imprimer.

¹ Cet article est partiellement repris d'un travail réalisé dans le cadre d'un projet Tacis développé par l'Union Européenne en Russie et portant sur le « Strengthening the State of Law and Legal Education under New Market Relations ». Les idées développées ici ne reflètent pas celles de la Commission de l'Union Européenne.

² Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain; directeur du Centre de philosophie du droit .

³ D'autres exemples, tout aussi significatifs, auraient pu être pris. Pensons à l'inefficacité de nombreuses 'interventions d'humanité' qui, souvent, malgré la légitimité de leurs objectifs, s'avèrent inefficaces à en assurer la réalisation effective dans les contextes locaux. Pensons aussi aux questions de gouvernance qui se posent aujourd'hui dans le champ des régimes internationaux en matière environnementale ou dans celui de la régulation de nos politiques publiques au sein d'États sociaux en voie de réorganisation.

2 Jacques Lenoble

Nous présenterons, ensuite, de façon plus détaillée les principales solutions sur lesquelles débouche aujourd'hui ce débat et les éléments conceptuels qui justifient le déplacement suggéré.

État de la question

La profonde transformation de nos démocraties libérales prend différentes formes. La question de la gouvernance, de son efficacité et du respect effectif des objectifs qui lui sont assignés au nom de la démocratie est progressivement devenu, ces dernières années, l'enjeu majeur de nos débats sociaux. Cette évolution appelle une double remarque. D'une part, les sciences sociales ont fourni deux réponses antinomiques à cette question. D'autre part, la théorie du droit, à tout le moins en Europe, est restée étrangement silencieuse alors que ces transformations imposaient de profonds défis au droit : qu'on pense, par exemple, à la mise en cause de la séparation traditionnelle des pouvoirs par l'accroissement du rôle du juge ou au recours au droit comme instrument de transformation sociale en vue du respect des droits fondamentaux.

Deux réponses antinomiques se trouvent aujourd'hui proposées par la philosophie et les sciences sociales : soit une réponse en termes d'efficacité, soit une réponse en termes d'éthique procédurale. Selon la première, l'amélioration de nos dispositifs réglementaires démocratiques requiert une attention plus soutenue aux conditions qui doivent assurer un résultat efficace de l'action publique (l'efficacité étant définie conformément à l'optimum de Pareto). Cette efficacité serait à comprendre au départ de la théorie de l'action rationnelle et à mesurer à l'aide des instruments que ses développements ont récemment permis d'affiner (analyse coût-bénéfice, théorie des contrats incitatifs ...). Selon la seconde, l'État social devrait être transformé en une démocratie plus délibérative et plus participative. Cela signifie, notamment, que les réformes qui sont à mener au nom de l'efficacité, à la fois dans l'action administrative et dans les mécanismes du marché, doivent rester fondamentalement soumises aux contraintes juridiques. Celles-ci sont, en effet, sensées incarner les limites que la discussion publique a pour mission de dégager dans le respect des principes éthiques. C'est dès lors sur un autre plan que notre démocratie traduirait une insuffisance « réglementaire », à savoir celui des dispositifs devant permettre une véritable discussion au sein de l'opinion publique, c'est-à-dire une formation discursive de la volonté générale dans le respect des exigences d'une éthique procédurale post-conventionnelle. La théorie de la loi et de la séparation des pouvoirs, telle que l'ont conçue la démocratie représentative et la théorie républicaine de l'État, n'est donc pas erronée. Elle serait simplement à améliorer par les dispositifs d'une démocratie participative 'repensée' que nous permet de construire la définition procédurale de l'humanisme juridique.

Or, ces deux solutions nous paraissent également insuffisantes. Notre hypothèse est, en effet, qu'elles partagent, par-delà leur apparente

opposition, un même présupposé qui explique leur insuffisance parallèle. Et cette insuffisance est aujourd'hui d'autant plus importante à mettre en lumière que la critique économique de la gouvernance en termes d'efficacité contient une vérité que l'approche « morale » en termes de droits fondamentaux et de contraintes éthiques, si fréquemment opposée aujourd'hui à l'économisme dominant, ne parvient pas à intégrer.

Notre démarche consistera à proposer un déplacement dans la manière de poser la question de la gouvernance. Sans doute, l'approche en termes d'efficacité risque-t-elle de ne pas intégrer l'exigence éthique qui doit la conditionner. Mais, parallèlement, les économistes n'ont-ils pas raison de porter l'attention sur les dispositifs qui conditionnent l'efficacité des actions publiques ? L'accent mis sur l'inefficacité des dispositifs traditionnels de gouvernance tels qu'ils ont été pensés par l'approche « éthique » traditionnelle de la démocratie (une norme n'est légitime que si elle prend en compte les droits de tous les citoyens) ne met-il pas en lumière la faiblesse de la manière dont cette approche éthique conçoit le « mode d'action de la norme » : comment comprendre cette opération par laquelle la société entend se réguler et agir sur elle-même à travers des normes qu'elle juge légitimes ? Comment comprendre la manière dont ces normes développent leurs effets ? Quels sont les facteurs qui conditionnent les effets auxquels conduira l'usage de la norme ? Comment fonctionne donc le processus par lequel s'effectue l'action collective ?

Toute conception de la démocratie et du droit présuppose une théorie de la norme. Ainsi, à la base de l'approche traditionnelle et toujours dominante de la démocratie en termes de droits fondamentaux, repose une certaine conception de la théorie de l'action : lorsque la société traduit un objectif dans une norme, la question de son application, de son effectuation est considérée comme ne posant pas de problèmes fondamentaux. L'application est en quelque sorte considérée comme un mécanisme qui découle logiquement de l'objectif inscrit dans la norme. La seule adoption de l'objectif fournirait les « ressources » nécessaires à la réalisation effective de l'objectif poursuivi. La règle, dans sa toute puissance formelle, est supposée assurer par elle-même la transformation du contexte social qu'elle entend régir afin d'instituer la forme de vie exigée par son prescrit normatif. Tout se passerait comme si la logique présidant à l'effectuation de la règle était identique à celle de sa justification et de son adoption formelle. Nous retrouvons ici l'approche formaliste de la gouvernance mentionnée dans l'introduction. Or, telle est notre hypothèse : la logique qui préside à l'effectuation d'une règle est irréductible à celle que suggère cette approche formaliste. En effet, une telle approche « intentionnaliste, mentaliste et schématisante⁴ » de l'opération d'application des normes sociales est trop

⁴ Intentionnaliste car les effets de la norme sont supposés déductibles de la seule intention ayant présidé à son adoption. Mentaliste et schématisante car ce qui rend possible la détermination des effets d'une norme ou d'une politique publique est supposé lié à des règles (ou schèmes pour reprendre le langage de Kant) déposées dans tout esprit et donc

4 Jacques Lenoble

réductrice et méconnaît la « logique » qui préside aux effets produits par l'usage fait d'une norme. N'est-ce pas, d'ailleurs, cette méconnaissance qui explique le constat d'inefficience de nos divers dispositifs de gouvernance à réaliser les objectifs « éthiques » que nos démocraties se fixent régulièrement à elles-mêmes ? Cette inefficience n'oblige-t-elle pas à dépasser le seul accent mis par ces approches « éthiques » sur les qualités de « légitimité » des normes pour intégrer d'autres conditions plus directement en rapport avec les processus qui conditionnent son application dans un contexte déterminé ?

En ce sens, la critique contemporaine que les économistes font des modèles traditionnels de gouvernance, conçus en termes de command-and control regulation, est suggestive. Les membres du mouvement Law and Economics accordent, au contraire, une attention privilégiée à l'opération d'application de la règle et au respect des procédures aptes à assurer l'efficacité des objectifs poursuivis. Néanmoins, cette critique, bien qu'elle contienne une grande part de vérité, repose en définitive sur une théorie de l'action des normes identique à celle qui est mobilisée par les approches « éthiques ». En effet, dans l'économie néoclassique, la détermination des effets possibles de la norme repose sur un acte mental d'anticipation que l'expert économiste pourrait effectuer en fonction des préférences données. Une approche de l'opération d'effectuation de l'action entendue comme une opération schématisante et de subsumption est mobilisée à la fois par la conception 'morale' de la gouvernance et par ces théories économiques de l'efficacité.

C'est cette représentation de la manière dont une norme se traduit en conséquences effectives dans l'espace social que nous voudrions mettre en cause. Notre approche en termes de procéduralisation contextuelle vise à remettre sur le métier ce présupposé fondamental des différentes approches actuelles de la gouvernance pour en montrer l'erreur théorique de base et aider ainsi à leur dépassement. Comment faut-il comprendre l'opération du jugement normatif qui couvre non seulement l'opération de détermination de l'objectif que l'on juge justifié (au plan individuel ou au plan collectif d'une règle de droit), mais aussi l'opération d'application (d'effectuation) qui présidera aux conséquences effectives résultant de l'usage fait de cette norme ? Notre hypothèse est, en effet, que les insuffisances des approches « morales » ou « économistes » des réformes proposées de nos dispositifs de gouvernance proviennent de la théorie de l'action sur laquelle ces approches reposent. Une meilleure reconstruction des processus (c'est-à-dire de la procédure) à l'œuvre dans toute action collective (ou individuelle) oblige à mettre en évidence des éléments supplémentaires à ceux qui sont convoqués par les reconstructions procédurales de l'action, qu'il s'agisse des approches morales en termes de démocratie délibérative et de droits fondamentaux

fonction de capacités mentales qui ne sont en rien fonction d'un contexte extérieur au sujet pensant. C'est aussi pour cette même raison que l'opération d'application peut être pensée comme une simple opération formelle de déduction au départ de la règle elle-même.

(Habermas) ou des approches économistes issues des redéfinitions de la théorie du choix rationnel. Notre hypothèse conduit, plus particulièrement, à souligner l'insuffisance « réflexive » de ces deux approches et, par voie de conséquence, l'insuffisance réflexive des dispositifs de gouvernance à laquelle elles conduisent. La réflexivité consiste, pour l'action, à faire retour, c'est-à-dire à s'appuyer, sur certains éléments pour produire ses effets de sens dans un contexte déterminé. L'oblitération d'un degré de réflexivité risque donc de ne pas organiser le dispositif de gouvernance de façon à rendre possible l'anticipation réflexive des éléments convoqués par ce degré de réflexivité. En soulignant la nécessité d'accroître la compréhension de la réflexivité des processus de l'action collective (et donc des dispositifs de gouvernance) qui est au cœur du débat actuel sur la gouvernance démocratique, on permet ainsi de dépasser synthétiquement l'opposition actuelle des approches morales et économistes. Il faut en effet bien comprendre que l'opposition critique de ces deux approches repose précisément sur l'argument de leur insuffisance réflexive réciproque. Lorsque Habermas – ou les tenants actuels d'une approche de la gouvernance démocratique en termes de droits fondamentaux et de développement des contraintes délibératives – critique l'insuffisance éthique des approches économiques en termes de choix rationnel, il souligne leur méconnaissance de la réflexivité. La réflexivité de l'action obligerait ainsi à prendre en compte les effets de transcendance normative qui inévitablement conditionnent toute action collective. La gouvernance sociale doit donc s'organiser pour rendre possible la « réflexivité procédurale » d'une délibération sur les fins et inscrire dans ses contraintes collectives les garanties de droits fondamentaux qui en conditionnent la possibilité. Or, l'argument opposé aux approches « morales » par la perspective issue de la théorie du choix rationnel est exactement de même nature ! Ce que les économistes objectent, en effet, aux approches « morales » est la méconnaissance d'une prise en compte suffisante de la réflexivité de l'action : cette réflexivité explique, soulignent-ils, l'opération de « réinterprétation » des objectifs normatifs par les acteurs individuels qui sont en charge de les appliquer en dernier ressort. Ce renvoi d'une même insuffisance réciproque est en définitive l'indication d'une insuffisance réflexive plus fondamentale propre à chacune de ces deux compréhensions de l'action collective. Elles se renvoient l'une à l'autre comme dans une dialectique négative qui oblige à une nouvelle synthèse. Une meilleure compréhension de l'étendue de la réflexivité de l'action – et donc des facteurs qui conditionnent les effets des applications des normes qu'une société entend s'imposer – permet d'approfondir les gains des débats théoriques inaugurés récemment tant par le procéduralisme habermassien que par les recherches amorcées au sein de la théorie sociale par la critique des approches classiques de la théorie du choix rationnel. Ce faisant, notre propre approche ne fait que poursuivre le mouvement de la recherche actuelle en sciences sociales. Une reconstruction, en effet, des débats les plus récents au sein de la théorie économique ou de la science politique,

6 Jacques Lenoble

principalement anglo-saxonne, permet de voir combien les auteurs soulignent aujourd'hui la nécessité de mieux comprendre les facteurs qui limitent la rationalité individuelle et obligent à redéfinir la rationalité de l'action moins en termes de calcul d'optimisation que de processus d'apprentissage collectif. La dynamique de la recherche actuelle consiste donc à chaque fois à mieux redéfinir la nature réflexive des processus conduisant à l'application des jugements normatifs et à réaménager en conséquence les dispositifs de gouvernance de façon à éviter les inefficiences liées à l'insuffisance réflexive des dispositifs antérieurs. C'est ce même mouvement qui sous-tend notre propre démarche.

La présentation qui vient d'être faite de la dynamique récente de la réflexion scientifique sur la gouvernance et de l'étape qui reste à accomplir pour la parachever repose sur une reconstruction des présupposés épistémologiques des positions en présence. Cette reconstruction permet de dessiner le champs des positions en présence comme un champs de positions antinomiques qui convergent, cependant, dans un même souci épistémologique d'une approche réflexive et procédurale de l'action. Elle permet aussi d'indiquer ce qui reste à accomplir pour réaliser ce projet épistémologique. Mais, elle demande à être explicitée. En effet, les débats contemporains ne se présentent généralement pas sous la forme d'une théorie réflexive et procédurale de l'action collective. C'est pourquoi, il nous faut maintenant présenter succinctement l'historique et la dynamique des débats sur la gouvernance qui ont traversé les recherches de sciences sociales depuis près de quarante ans en vue de montrer en quoi ils gagnent en intelligibilité à être reconstruit dans le cadre général plus épistémologique que l'on vient d'esquisser et en quoi cette intelligibilité appelle une meilleure construction de la réflexivité du contexte dans la théorie de l'action, et, par voie de conséquence, dans la construction de dispositifs nécessaires à l'élaboration de politiques publiques efficaces et légitimes. Une dernière observation préalable s'impose qui nous permet de faire retour sur la pensée juridique.

Si le problème de la réflexivité de l'action traverse aujourd'hui, de manière diverse et pas toujours satisfaisante, les recherches en sciences sociales, il faut pourtant noter que la théorie du droit, singulièrement en Europe, ne participe pas très activement à ce mouvement. Certes, le problème trouve un certain écho dans la pensée juridique. Ainsi, l'analyse du jugement juridique et, plus spécialement, de l'interprétation traduit, au moins depuis le tournant herméneutique systématisé par Hart, le souci de mettre les présupposés du positivisme juridique à l'épreuve de la réflexivité des jugements pratiques. Les développements récents de l'approche pragmatique marquent le souci récent de la théorie du droit de mieux prendre en compte la réflexivité de l'opération d'application d'une norme⁵.

⁵ Pour une analyse des limites épistémologiques des approches positivistes et pragmatiques contemporaines en philosophie du droit, voir J. Lenoble et M. Maasschalck, *The Action of*

Mais, c'est surtout dans la sociologie du droit qu'une ouverture féconde à une considération renouvelée de l'opération du jugement normatif (et donc de celle de la gouvernance de l'action collective) en termes de réflexivité s'est développée, principalement dans la littérature américaine issue du mouvement Law and Society. La raison de cette origine vient principalement, me semble-t-il, de la manière dont la crise de la gouvernance s'est manifestée au sein du champ juridique américain dès les années 1950. Comme nous le montrerons succinctement ci-dessous, une dynamique s'inaugure là qui traduit une volonté de transformer nos dispositifs de gouvernance en s'appuyant, explicitement ou implicitement, sur l'idée que les déficits liés aux modèles de gouvernance sont les effets d'une méconnaissance de la réflexivité inhérente au raisonnement normatif.

Bien que l'ouvrage de Nonet et de Selznick⁶ soit concentré sur la seule première étape de cette dynamique et soit de nature plus descriptive que théorique, il est bien représentatif de ce courant qui s'inaugure. Mais c'est évidemment chez les auteurs sociologues qui s'inspirent de Luhmann (principalement Teubner⁷) que l'on va le plus directement retrouver les traces d'une approche soucieuse de la réflexivité de l'action. Cette démarche rejoint, par ailleurs, les tentatives de ceux qui, au sein de la théorie économique, s'efforcent de réinterpréter la théorie du choix rationnel en y intégrant les perspectives évolutionnistes d'inspiration fonctionnaliste. Les critiques habermassiennes de Luhmann ont, cependant, déjà bien souligné, quoique de façon problématique, l'insuffisance réflexive de la démarche fonctionnaliste⁸. Une autre trace de cette insuffisance réflexive de l'approche fonctionnaliste de la réflexivité de l'action peut d'ailleurs être trouvée dans le fait que, bien qu'elle entend pourtant repenser, en termes d'incitants réflexifs, nos dispositifs de gouvernance, elle semble déboucher, principalement chez Teubner, sur des perspectives concrètes qui restent fortement semblables à celles qui découlent des propositions de réformes inspirées par les tenants de la théorie des contrats incitatifs en théorie économique. Celles-ci visent à recomposer les mécanismes de régulation sous la forme d'autorégulation par participation des acteurs du milieu. Mais, aucune construction des « capacités » de ces acteurs et de l'agenda des négociations n'est réfléchi réflexivement. Tout semble se passer comme si cette « capacité » des acteurs et de la négociation était supposée exister d'elle-même et donc, être supposée inscrite dans le sous-système, un peu comme les « codes » que Teubner, à la suite de Luhmann, suppose aussi

Norms, London, Kluwer Law International, c. 6 [à paraître 2003] [ci-après *Action of Norms*].

⁶ P. Nonet et P. Selznick, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, New York, 1978 [*Law and Society in Transition*].

⁷ Voir notamment, G. Teubner, *Droit et Réflexivité*, Paris, LGDJ, 1996 et N. Luhmann, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989 (trad. fr. Paris, Presses Universitaires de France, 1993).

⁸ Voir J. Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994 [ci-après *Droit et communication*].

« donnés ». Penser que la seule convocation des acteurs suffit à créer les conditions d'élaboration d'une solution adaptée à l'environnement implique que la détermination de la solution « d'équilibre » entre le sous-système et le contexte résulterait de la seule application de règles mentalement mobilisées par les acteurs du sous-système. Mais, une telle approche mentaliste de l'action implique un déni de la réflexivité que le fonctionnalisme de Luhmann avait cependant pour projet de sauvegarder. La seule manière de respecter cette réflexivité est de construire réflexivement les « capacités » des acteurs à convoquer en instaurant des dispositifs à même de créer leur possibilité réflexive, c'est-à-dire de reconstruire collectivement les enjeux contextuels des problèmes à rencontrer pour « adapter » leurs formes de vie en vue de dépasser les insuffisances perçues. C'est pour prendre en compte ce degré de réflexivité supplémentaire, manqué par Luhmann et Teubner, que nous usons du néologisme de 'capacitation'.

Mais, quelle qu'en soit la limite, la démarche procédurale et réflexive de Luhmann et Teubner traduit déjà, en sociologie du droit, un déplacement fécond. Elle rejoint, sur ce plan, les démarches contemporaines de la recherche en sciences sociales (principalement économique et politologique) ou en philosophie (Habermas et Putnam principalement). C'est ce même chemin que nous entendons emprunter. Ce détour, plus spéculatif, doit permettre de mieux cerner la nature procédurale et réflexive de l'action et des conditions qui en commandent l'effectuation. Il conduit aussi à dépasser la fausse antinomie des approches de la gouvernance qui mettent respectivement l'accent soit sur les conditions de légitimité de nos actions collectives soit sur leurs conditions d'efficacité.

Crise contemporaine de la gouvernance démocratique et nouvelles approches de la théorie de la norme

Nos démocraties ont connu, dès la fin du 19^{ième} siècle, une grande remise en cause de leurs modèles de gouvernance. L'instauration de nos États sociaux et, aux États-Unis, du *New Deal*, en avait marqué l'issue. Dans les années 1950, s'inaugure une seconde crise. Une réflexion et une transformation institutionnelle sont lancées, qui sont d'ailleurs toujours en cours. Cette seconde crise connaît diverses phases, correspondant à autant de solutions institutionnelles. Ces diverses orientations ne sont elles-mêmes que le reflet d'approches théoriques qui proviennent de divers champs disciplinaires (politique, juridique, économique ou philosophique) et offrent un nouveau regard sur la théorie de la gouvernance. On ne peut comprendre l'orientation actuelle des politiques régulatrices qu'en se référant à ces débats théoriques. Avant de les présenter, deux observations préliminaires doivent être faites.

Premièrement, nous prendrons pour champ d'analyse la version américaine de cette crise. En effet, c'est celle qui a donné lieu aux débats les plus denses et les plus explicites. Pour des raisons qui tiennent sans doute au rôle important joué par la Cour Suprême et au cadre pragmatique qui domine la pensée américaine, les juristes américains, à la différence des juristes

européens, se sont directement confrontés, dès la fin du 19^e siècle, à la question des formes institutionnelles par lesquelles la régulation étatique devait s'exercer. Les limites du pouvoir des juges, leur rôle par rapport aux autres pouvoirs, la forme que doit prendre la fonction d'administrer et les limites à lui imposer, notamment en ce qui concerne l'activité économique, sont des questions qui traversent le débat juridique. La réflexion ne fera que s'amplifier au sortir de la seconde guerre mondiale. Car se pose alors la question de la réorganisation nécessaire de la fonction régulatrice telle que le New Deal l'avait organisée. Dans les années 1950, les juristes américains sont confrontés à l'inefficience du dispositif de gouvernance mis en place par le New Deal. Sans doute le New Deal, au même titre que l'État social européen, avait-il tenté d'améliorer le dispositif institutionnel de la démocratie libérale. Mais dorénavant la mise en place d'une administration chargée de pallier les imperfections du marché et de satisfaire les exigences de la justice distributive n'est plus suffisante. Ce dispositif se révèle inapte à assurer le respect de nombre de droits que la démocratie a pour tâche de protéger : droit à la protection de l'environnement, droit à la protection sociale, droit des consommateurs, droit à l'égalité raciale et des sexes ...

Une seconde observation tient au cadre général des réponses qui vont progressivement être élaborées. On peut en distinguer trois types, qui vont tous tisser des liens avec une idée qui commence à émerger dans la théorie de la gouvernance, celle de sa nécessaire procéduralisation.

Dans les années 1960 et 1970, il sera d'abord proposé de recourir aux juges pour assurer un meilleur respect effectif des droits fondamentaux. Pour disposer des moyens nécessaires à ce nouvel activisme judiciaire, les juges se dotent de modes d'intervention qui conduisent à une transformation significative de l'exercice tant de la fonction de juger (la création du public law litigation⁹) que de la fonction d'administrer¹⁰. A la fin des années 1970, sous l'inspiration du Law and Economics Movement, la fonction administrative est transformée en vue d'éviter le recours à des techniques de command and control. Dans cette perspective, se développe le recours au Cost Benefit Analysis Test et aux politiques incitatives. Enfin, en concurrence avec le mouvement Law and Economics et en s'inspirant d'une philosophie politique néo-kantienne représentée par excellence par Habermas, il s'agira maintenant de parfaire la démocratie par le renforcement du contrôle populaire que doit promouvoir un espace public renforcé.

Ces trois perspectives ont un lien avec ce qui va devenir un élément déterminant du débat sur la gouvernance, qu'on appelle aujourd'hui «

⁹ A. Chayes, « The Role of the Judge in the Public Law Litigation » (1976) 89 Harv. L. Rev. aux pp. 1281 et s.

¹⁰ R. Stewart, « The Reformation of American Administrative Law » (1975) 88 Harv. L. Rev. aux pp. 1667 et s.

l'approche procédurale de la régulation ou de la norme »¹¹. Mais ces liens varient fortement. En effet, ces trois approches procédurales¹² sont élaborées dans des cadres disciplinaires différents (philosophique, économique, politique et juridique) et répondent à des problématiques théoriques distinctes. Elles ne présentent pas le même degré de rigueur et d'approfondissement théorique. Mais elles recourent toutes, de façon directe ou indirecte, la question politique et juridique de la transformation du dispositif de gouvernance des démocraties. C'est pourquoi il faut les situer par rapport à ce qui constitue, aux États-Unis, le cœur théorique du débat régulateur dans les années 1970. Comme les deux dernières partagent, selon nous, un même souci implicite de dépasser l'insuffisance réflexive de l'approche de l'action collective mobilisée par la première tentative de rencontrer le déficit régulateur de l'État social, nous les rangerons sous un même chapeau et distinguerons donc deux réponses successives : une approche de procéduralisation conventionnaliste qui va reposer sur un renforcement du rôle du droit et du juge et une approche de procéduralisation réflexive qui se développera, dès les années 1980, soit au départ de la théorie économique soit au départ de la théorie délibérative de la démocratie.

¹¹ Le terme de « procéduralisation » s'entend des conséquences normatives sur l'organisation des dispositifs d'action qui résultent d'une compréhension « procédurale » des conditions d'une action rationnelle.

¹² Remarquons, pour éviter toute ambiguïté dans notre usage de la notion de « procéduralisation », que ce terme est parfois utilisé dans un quatrième sens dans le débat sur la gouvernance. Cet usage est réservé aux juristes et traduit l'approche habituelle que ceux-ci ont de leur pratique en la qualifiant, depuis les années 1940 et 1950 aux États-Unis, de *Legal Process*. Le mouvement du *Legal Process* s'initie avec les écrits de L. Fuller et tente, après la fin de l'activisme conservateur de la Cour Suprême des États-Unis et la légalisation définitive de l'État administratif du *New Deal*, de « réconcilier » les perspectives formalistes de Langdell et les réalités du début du siècle. Il s'agit, à l'instar de la position défendue par Dworkin et par les habermassiens, de soutenir la thèse de la neutralité du droit, sans nier pour autant sa nature interprétative. Voir H.M. Hart & A.M. Sacks, « The Legal Process. Basic Problems » dans W.N. Eskridge & P. Frickey, dir., *The Making and Application of Law*, Westbury, Foundation Press, 1994. Cette approche en termes de *Legal Process*, qui avait succédé au réalisme juridique dominant dans les années 1920 et 1930 aux États-Unis, a été fortement ébranlée par l'arrêt *Brown c. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) [ci-après *Brown*], rendu en 1954 par la Cour Suprême. Cet arrêt a d'ailleurs conduit H. Hart et A. Sacks, deux des plus ardents défenseurs de cette approche, à annuler la publication de leur ouvrage intitulé *The Legal Process*. Il en est résulté une critique de cette approche « procédurale » de la neutralité du droit, notamment, par les *Critical Legal Studies* et par les partisans d'une analyse économique du droit. Aujourd'hui, quoique le mouvement soit peu homogène et intègre des tendances différentes non réductibles à la simple affirmation d'une distinction entre justification et application, certains parlent du retour en force, au sein de la communauté des juristes américains, d'un courant dénommé *New Legal Process*. Voir notamment, E. Rubin, « The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions » (1996) 109 Harv. L. Rev. aux pp. 1393-1438.

La procéduralisation conventionnaliste du droit : la « Théorie politique des groupes d'intérêt » et la transformation du droit dans les années 1960 et 1970

Ce lien n'est qu'implicite en ce qui concerne la solution qui s'impose en premier dans les années 1960 et 1970. L'expression, tout d'abord, d'approche procédurale n'émerge pas expressément. Mais, l'esprit du modèle politique sur base duquel elle est justifiée participe de ce qu'on peut appeler un procéduralisme conventionnaliste. En quel sens ?

Dès les années 1950, l'observation est faite aux États-Unis que le modèle de 'l'ingénieur social', sur la base duquel s'était construit l'État administratif de l'État social et s'était recomposé le dispositif de gouvernance de l'État libéral propre au 19^{ième} siècle, s'avérait insuffisant pour réaliser les objectifs d'efficacité et de réalisation des droits fondamentaux (égalité et solidarité sociale) portés par les exigences de légitimité démocratique. Le juge va, dès lors, se mettre en position de thérapeute du processus régulateur pour créer les conditions nécessaires à la réalisation effective du respect dû à ces droits¹³. S'inaugure, dès ce moment, une nouvelle période d'activisme judiciaire qui fait suite à celle qui, dès la fin du 19^{ième} siècle avait tenté d'empêcher l'instauration du *New Deal*¹⁴. Cette forme d'activisme va donner forme à une première réponse à la crise du modèle régulateur de nos États sociaux. Cette réponse prendra essentiellement la forme d'une « procéduralisation conventionnelle »¹⁵ de l'élaboration des politiques publiques. Cette première réforme, inaugurée par un article célèbre de Reich¹⁶ et mise en application par les Cours et tribunaux, marque la pénétration de l'État administratif par les exigences constitutionnelles concernant les droits fondamentaux (processus dit de « constitutionnalisation du droit »). Parallèlement, elle traduit une mise en cause de la croyance portée par le *New Deal* en l'efficacité des *independent administrative agencies* pour réaliser les objectifs de l'État social.

Cette réforme va inaugurer une dynamique de transformation du droit administratif et de la fonction de juger. Elle conduira, sur le plan

¹³ On fait généralement remonter ce tournant au célèbre arrêt *Brown* qui portait sur l'interdiction de la ségrégation raciale dans l'enseignement public.

¹⁴ Voir notamment pour une analyse de la spécificité de ce nouvel activisme judiciaire par rapport à celui qui avait été exercé par la Cour Suprême en opposition aux tentatives d'instauration du *New Deal* dès la fin du 19^{ième} siècle, A. Mason, « Judicial Activism: Old and New » (1969) 55 Va L. Rev. 385; voir aussi pour une analyse plus générale de cette transformation du droit amenée par le *Civil Rights movement* dans les années 1950 et 1960 aux États-Unis, outre les articles déjà cités, *Law and Society in Transition*, *supra* note 6 et la bibliographie citée.

¹⁵ Le terme « conventionnelle » s'oppose à « postconventionnelle ». Ce dernier entend mettre l'accent sur l'idée, qui sera notamment développée par Habermas, qu'un accord négocié n'est constitutif d'une norme acceptable que pour autant que le consensus « convenu » satisfasse aux conditions qui le rendent rationnellement acceptable eu égard aux exigences d'une morale universaliste.

¹⁶ C. Reich, « The New Property » (1964) 73 Yale L. J. 733; « Individual Rights and Social Welfare » (1965) 74 Yale L.J. 1245

12 Jacques Lenoble

institutionnel, à un recours accru au juge pour suppléer aux insuffisances de l'administrateur-ingénieur social et assurer, par le biais de cette procéduralisation conventionnelle des politiques publiques, la réalisation supposée effective des exigences des droits fondamentaux et des objectifs d'efficience et de légitimité des idéaux démocratiques. C'est dans ce cadre qu'apparaît un premier sens du terme « procéduralisation ». Héritée de la théorie politique pluraliste des années 1950 connue sous le nom de '*group interest politics*', l'idée est de conditionner la rationalité des politiques publiques élaborées par l'administration à la possibilité donnée à tous les groupements d'intérêt concernés d'éclairer l'autorité et de participer à l'élaboration des compromis réglementaires¹⁷. Cela conduira le juge à subordonner la légalité des interventions administratives au respect de toutes les conditions procédurales garantissant cette participation¹⁸. Parallèlement, le juge lui-même, dans le cadre du contentieux des droits fondamentaux (principalement celui du respect dû à l'égalité raciale), se dote de nouvelles formes d'intervention (*public law litigation*). Il s'agit, dans le cadre de certaines politiques publiques (gestion des prisons, des logements sociaux, des hôpitaux pour malades mentaux ...), de créer des espaces de négociation où s'élaborent, sous le contrôle tutélaire final du juge, les conditions substantielles auxquelles doivent satisfaire les politiques publiques concernées en vue d'assurer l'application effective des droits à l'égalité et à la dignité humaine. Ainsi, à la fois au plan du juge ou à celui des autorités administratives, les conditions de rationalité (légitimité et efficience) d'une politique publique sont supposées rencontrées par la possibilité donnée aux groupes d'intérêt concernés de participer à la décision publique.

¹⁷ Ce mouvement ne sera pas spécifique au droit américain, même si la nouvelle forme d'activisme judiciaire qu'il entraîne y sera beaucoup plus développée. Mais, dans nombre de systèmes juridiques, l'appareil administratif va, à des rythmes différents, se réorganiser en fonction de cette logique « participative » de l'action publique telle que pensée par la « *group interest politics* ». Voir ainsi en droit canadien l'excellent article de synthèse de P. Issalys, « La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation » (1983) 24 C. de D. aux pp. 831-900

¹⁸ Cela va se marquer, d'un point de vue juridique, par un accroissement significatif des possibilités d'action en justice données soit aux individus soit aux groupes sociaux, par le développement des garanties procédurales (*procedural safeguards*) et, enfin, par le contrôle accru par le juge de la rationalité substantielle du contenu de la décision (*hard look review*) : sous le couvert de cette doctrine, « the courts must take a hard look at the administrative record and the agency's explanatory material to determine whether the agency used the correct analytical methodology, applied the proper criteria, considered the relevant factors, chose from among the available range of regulatory options, relied upon appropriate policies, and pointed to adequate support in the record for material empirical propositions », voir T. McGarity, « The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld » (1997) 75 Texas L. Rev. 525 à la p. 527; voir aussi C. Sunstein, « Deregulation and the Hard Look Doctrine » (1984) 5 S. Ct. Rev. 177, et la bibliographie citée.

Vers une approche réflexive de la procéduralisation : la perspective issue de la théorie économique de l'efficacité et celle de la théorie délibérative de la démocratie

Les deuxième et troisième sens du terme « procéduralisation » apparaissent dans le cadre des réactions critiques que suscite, au tournant des années 1980, cette première reconstruction du dispositif de gouvernance de l'État social. Cette solution d'un activisme judiciaire associé à une approche procédurale « conventionnaliste » de la démocratie va, en effet, susciter deux critiques différentes. La première s'alimente aux approches économiques développées après la seconde guerre mondiale et donne naissance au courant *Law and Economics*. La seconde est d'inspiration philosophique et s'appuie sur le renouveau, à cette même époque, d'une approche néo-kantienne de la démocratie¹⁹. Elle trouve sa figure paradigmatique dans la théorie habermassienne du droit et de la démocratie.

Ce sont ces deux dernières réponses à la crise régulatoire qui vont progressivement devenir dominantes dès la fin des années 1970 et qui définissent encore aujourd'hui le cadre du débat théorique sur la gouvernance en régime de démocratie libérale. Analysons les formes qu'elles prennent, les principales réorganisations des dispositifs de gouvernance qu'elles suggèrent et leurs liens avec une approche procédurale de la norme. En ce qui concerne ces liens, il faut noter, en effet, que l'une et l'autre de ces réactions critiques sont inspirées d'une approche qui se veut nouvelle de la rationalité et qui, quoique partiellement pour ce qui concerne la réponse liée à la théorie économique, prend la forme d'une approche procédurale de l'action²⁰ et de la gouvernance. Ce sont précisément ces liens avec une approche procédurale de l'action et de la raison qui attestent de la volonté de ces deux nouvelles approches de la gouvernance de mieux mettre en évidence la nécessité de prendre en compte la *réflexivité* des processus à l'œuvre dans la construction d'une action rationnelle. Nous ne développerons pas ici les théories de la rationalité mobilisées par ces approches²¹, pour en rester à une présentation rapide de la dynamique du débat régulatoire et de ses traces institutionnelles. Sur le plan des propositions institutionnelles, la dynamique de l'évolution du débat nécessite une présentation moins dichotomique. En fait, les versions les plus récentes de la dynamique ouverte, au sein de la théorie économique, par la réflexion critique de la théorie du choix rationnel rejoignent souvent celles d'une

¹⁹ Voir A. Berten et J. Lenoble, *Dire la norme*, Paris, LGDJ-Kluwer, 1990.

²⁰ Il est, en effet, utile de relever qu'aujourd'hui le débat sur les dispositifs de gouvernance en régime démocratique est directement ancré dans une réflexion plus théorique sur la théorie de l'action. On peut reformuler cette question sous deux aspects corrélatifs : quelles sont les conditions qui déterminent la réalisation efficiente d'un objectif normatif posé ? ou encore : quelles sont les conditions d'effectuation d'une action ? Les deux solutions (celle liée à la théorie économique de l'efficacité et celle inspirée de la théorie habermassienne) qui dominent le débat régulatoire depuis les années 1980 reposent en effet toutes deux, d'une manière ou d'une autre, sur une théorie de l'action.

²¹ Voir *Action of Norms*, supra note 5.

approche délibérative et habermasienne de la démocratie. Elles présentent ce trait commun de vouloir « articuler » la décentralisation opérée par la logique du marché à des mécanismes de coopération sociale.

Après avoir ainsi présenté ces deux réponses ‘procédurales’ actuelles à la crise régulatoire, nous développerons notre propre hypothèse de la procéduralisation contextuelle. Nous soulignerons en quoi elle aide à mieux construire la réflexivité de l’opération d’application de la norme que ces deux réponses convoquent implicitement.

Critique du procéduralisme conventionnaliste de la group interest politics et théorie économique

Une reconstruction de cette critique économique en deux temps permet de mettre en évidence que la dynamique de la théorie de la gouvernance qui en est issue, repose sur l’attention croissante donnée au rôle de la réflexivité dans la nature des opérations de jugement qui conditionnent l’efficacité de l’action collective.

Au tournant des années 1980, la solution, en matière de politique publique, de l’activisme judiciaire et de la « group interest politics » se trouve combattue, au sein du monde politique et juridique, au nom de la théorie économique²². L’idée est simple. Il s’agit de mettre en question le présupposé de l’approche procédurale prônée par la « *group interest politics* »²³. Non seulement, soulignent les critiques, les groupes d’intérêt n’abordent la scène publique qu’au départ d’une perspective stratégique, mais surtout, rien ne garantit que le compromis qui résultera de leur délibération satisfera aux exigences d’une rationalité optimisatrice.

Cette orientation critique, héritée du courant dénommé *public choice theory*, trouve son origine dans les travaux de Arrows, Downs, Buchanan et Tullock²⁴. Cette perspective, enrichie de ses diverses réinterprétations, conduit à repenser l’action publique au départ de la théorie du choix rationnel. Dans la ligne de cette réflexion, se développe ainsi progressivement, à l’aide des instruments d’analyse fournis par la théorie économique (principalement ceux de l’approche contractualiste de la

²² Remarquons que la mise en cause de l’efficacité de la solution de l’activisme judiciaire ne s’est pas faite exclusivement au départ de l’analyse économique. Un large courant critique s’est développé dans les années 1980 et 1990 au départ d’horizons très différents. Citons de façon purement exemplative, W. Simon, « Bureaucracy, and Class in the Welfare System » (1983) 92 Yale L.J. 1198; R. Pierce Jr, « The Due Process Counterrevolution » (1996) 96 Colum. L. Rev. 1973.

²³ Voir notamment E. Elhauge, « Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review ? » (1991) 101 Yale L. J. 31; voir aussi les articles bien connus de R. Stewart, « The Discontents of Legalism : Interest Group Relations in Administrative Regulation » (1985) Wis. L. Rev. 655 ; Madison’s Nightmare (1990) 57 Chi. L. Rev. 335.

²⁴ K. Arrows, *Social Choice and Individual Values*, New York, Wiley, 1951 ; A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper and Row, 1957 ; J. Buchanan et G. Tullock, *The Calculus of Consent*, Ann Harbor, Michigan University Press, 1962.

relation principal-agent) et la théorie des jeux, une « *Positive Political Theory* »²⁵.

Il y a donc lieu de conditionner les décisions publiques au test d'une rationalité substantielle comme la théorie économique permet d'en définir les conditions. Le déplacement est important. Ce qu'il faut abandonner, c'est l'effet pervers du modèle traditionnel d'une régulation qui reste prise dans le modèle centralisé d'une *command-and-control regulation*. Les inefficiences des modes centralisés d'intervention publique sont fustigées. Différentes réorganisations sont suggérées, qui doivent permettre l'efficience optimisatrice des régulations opérées. L'efficience d'une régulation publique requiert une décentralisation. Le mouvement qui s'amorce ainsi au début des années 1980 ne conduit pas, sauf cas rares (ainsi en matière de transport), à une dérégulation, comme on le dit trop souvent. La transformation porte sur le mode d'exercice de l'intervention régulatoire et son dispositif institutionnel.

La transformation portera essentiellement sur trois plans : usage renforcé du test de l'analyse coût-bénéfice (tant au plan de l'administration²⁶ qu'au plan du juge) ; usage des techniques incitatives et des techniques du marché²⁷ ; et, enfin, renforcement du rôle des « autorités administratives indépendantes » par le recours accru au modèle de l'autorégulation des milieux professionnels. Se profile ainsi, dès le début des années 1980, une nouvelle réponse à la question de la transformation des dispositifs de gouvernance de l'État social. Cette réponse reste aujourd'hui dominante

²⁵ Voir notamment J. Macey, « Separated Powers and Positive Political Theory : The Tug of War Over Administrative Agencies » (1992) 80 *Geo. L. Rev.* 671 ; W. Bishop, « A Theory of Administrative Law » (1990) XIX *J. Leg. Stud.* aux pp. 489-528 ; et le numéro spécial intitulé « Regulating Regulation : The Political Economy of Administrative Procedures and Regulatory Instruments » (1994) 57 *L. & Contemp. Probs* ; M. McCubbins, R. Noll et B. Weingast, « Administrative Procedures as Instruments of Political Control » (1987) 3 *J.L.E. & Org.* aux pp. 243-77.

²⁶ La suggestion est faite de réorganiser les administrations publiques de manière à assurer l'efficience instrumentale et fonctionnelle de leurs activités par leur subordination, notamment, à une évaluation de leur rapport coût-bénéfice ; voir notamment S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1993 ; voir aussi C. Sunstein and R. Pildes, « Reinventing the Regulatory State » (1995) 62 *U. Chi. L. Rev.* 1 et la bibliographie qui y est citée ; voir aussi des mêmes auteurs, « Démocrates et Technocrates » dans P. Coppens et J. Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du Droit* Bruxelles, Bruylant, 2000, aux pp. 205 et s.

²⁷ Celles-ci conduisent à promouvoir le recours à des formes d'intervention « basées sur le marché » comme la contractualisation de services publics au profit d'acteurs privés, le recours à la technique des chèques publics (*vouchers*) en matière d'éducation et de logement, la constitution d'un « marché des droits de polluer » (*trading emissions rights*) ou encore l'usage généralisé des techniques incitatives ; sur ceci, voir notamment S. Rose-Ackerman, « Social Services and the Market » (1983) 83 *Colum. L. Rev.* 1405 ; *Rethinking the Progressive Agenda. The Reform of the American Regulatory State*, New York, Free Press, 1992.

dans bien des cercles gouvernementaux tant américains qu'européens et domine le monde juridique américain²⁸.

Cela dit, les débats qui alimentent les approches de *Law and Economics* ne se ramènent pas à un seul courant. Des perspectives différentes se développent tout en restant inscrites dans le cadre d'une théorie de l'efficacité. Elles sont l'expression des évolutions qui sont apparues ces dernières années en ce qui concerne les fondements de la théorie économique et, plus précisément, la conception qu'elle se fait de la rationalité de l'acteur individuel. La dynamique contemporaine de théorie de la gouvernance issue des approches économiques résulte de débats épistémologiques relatifs à la théorie du choix rationnel. C'est dans ce dernier cadre que se sont développées les approches procédurales en économie. Contentons-nous ici d'énoncer l'idée élémentaire de cette approche procédurale proposée en alternative à la version classique de la théorie du choix rationnel²⁹.

A la suite de la critique antimarginaliste des années 1930 et 1940, H. Simon et ses collègues ont interrogé la manière dont la théorie économique néoclassique concevait la rationalité des acteurs économiques et les conditions d'efficacité des modes de coordination entre ces acteurs. Il en est résulté une considération renouvelée pour les modes de gouvernance. L'idée s'est développée que des limitations affectent les capacités d'anticipation (et donc de maximisation) des acteurs économiques et qu'en conséquence, la coordination « optimisatrice » devait être conditionnée par des dispositifs institutionnels et normatifs. C'est pour construire une théorie plus respectueuse de ces limitations et donc des modalités de jugement qui conditionnaient l'effectuation des actions individuelles ou collectives que, parmi d'autres tentatives³⁰. Simon a développé ce qu'il a appelé une théorie de la raison procédurale. Celle-ci devait, selon lui, se substituer aux approches économiques néoclassiques conçues en termes de rationalité

²⁸ A bien des égards les propositions du courant *Law and Economics* en matière de régulation s'alimentent, non seulement aux approches néoclassiques du marché, mais aussi aux approches néo-institutionnalistes de la théorie contractualiste (théorie des contrats incitatifs en fonction des asymétries d'information) ou de la théorie des coûts de transaction (Williamson). Ces dernières approches se sont surtout développées à propos d'autres questions de gouvernance que celles des politiques publiques. Citons notamment le domaine de la théorie de la firme. Pour une reconstruction des débats économiques sur la gouvernance d'entreprises et la théorie de la firme, voir J. Lenoble, « *Norme et Action. Corporate Governance et procéduralisation contextuelle* (1999) 71 Carnets du Centre de philosophie du droit, et celui du risque d'assurance. C'est dans ces domaines que s'est principalement forgée la théorie des contrats incitatifs et des contrats incomplets. Voir E. Brousseau, « La Théorie des contrats : une revue » (1993) 103 Rev. Econ. Pol. 1, qui, par la prise en compte des asymétries d'information, a modalisé la théorie de l'équilibre général et a réfléchi les dispositifs institutionnels (essentiellement de nature incitative) devant conditionner la coordination optimale des acteurs en contexte d'incertitude.

²⁹ Pour une critique théorique plus substantielle, voir *Action of Norms*, *supra* note 5.

³⁰ Sur l'évolution de cette réflexion critique et les diverses tentatives qui se sont développées, *ibid.*

substantielle c'est-à-dire d'une rationalité fondée sur la possibilité de définir le contenu du comportement optimisateur.

Les conséquences attachées, directement ou indirectement, à cette réflexion critique sur les fondements cognitifs de l'approche économique furent diverses. À certains égards, les approches les plus nuancées et les moins réductrices qui ont alimenté la critique économique de l'État régulateur et qui ont conduit à son réaménagement dans les années 1980 ne sont pas sans lien avec les critiques issues de la théorie de la raison procédurale de Simon. La théorie néo-institutionnaliste et contractualiste et, *a fortiori*, celle des contrats incomplets qui a servi de cadre théorique à bien des approches économiques contemporaines de la régulation entend, d'une certaine manière, intégrer ces critiques de la théorie du choix rationnel³¹.

Mais c'est surtout dans des développements connexes ou ultérieurs que se sont développées les réflexions liées, expressément ou implicitement³², à cette approche procédurale critique de la théorie néoclassique du choix rationnel. Dans cette perspective, trois orientations nous paraissent pouvoir être privilégiées qui visent à approfondir ou réorienter, suivant le cas, les premières analyses développées par l'approche économique de la régulation proposée dès les années 1970 et qui ont orienté la politique des années 1980. Deux traits les caractérisent.

Le premier consiste à subordonner la rationalité du processus d'élaboration de la politique publique à une procédure coopérative et participative institutionnalisée qui ne peut se satisfaire du cadre formel de la *public choice theory*. En conséquence, les éléments constitutifs de la rationalité économique ne peuvent se réduire aux seules ressources fournies par le calcul d'optimisation. De même, la coordination par le marché (recherche par chaque acteur de la maximisation de ses préférences individuelles) ne peut seule fournir la clé de la régulation la plus efficiente. Ces observations rejoignent notre propre hypothèse qui entend également mettre en exergue l'existence d'un second ordre de conditionnalité de l'efficacité d'une norme³³ lié à la limitation contextuelle de tout formalisme³⁴.

³¹ Voir notamment Brousseau, *supra* note 28 et O. Williamson, *Mechanisms of Governance*, New York, Oxford University Press, 1996 à la p. 46.

³² Il est évident que nombre de réflexions, notamment parmi les chercheurs de *Law and Economics* – par exemple, celles particulièrement intéressantes de R. Coase – ne sont pas expressément rattachées à celles de Simon sur la '*bounded rationality*'. Mais elles le sont implicitement en ce qu'elles participent des réflexions contemporaines de théorie économique visant à réfléchir la 'coordination' collective à la lumière d'une théorie de l'apprentissage et d'une théorie des normes.

³³ A côté donc des conditions de son « acceptabilité rationnelle », telle que par exemple un calcul formel d'optimisation permettrait de les définir.

³⁴ Comme on l'a déjà indiqué et comme nous y reviendrons ci-dessous, notre propre hypothèse soulignera l'insuffisance de ces approches théoriques contemporaines dans leur construction de cette « limitation coopérative » de l'efficacité formelle de l'intervention régulatoire. Ces différentes approches, qui manquent la nature de cette limitation contextuelle, restent prisonnières d'une conception déterminante du jugement normatif et

Le second trait qui caractérise les approches procédurales héritées de Simon est qu'elles réfléchissent toutes les conditions d'efficience d'un dispositif de coordination collective à la lumière d'une approche réflexive de la rationalité au départ d'une théorie de l'apprentissage. Sans doute, comme nous le verrons, cette approche réflexive reste foncièrement incomplète. Mais, un gain substantiel est réalisé par rapport aux cadres théoriques³⁵ des approches néoclassiques de *Law and Economics* en matière de gouvernance des politiques publiques.

L'identification de trois orientations, au sein de la dynamique ouverte par cette critique procédurale de la théorie classique du choix rationnel, est, sans doute, pour partie arbitraire, tant il est vrai que sont nombreuses, multiformes et souvent peu construites les positions qui en appellent à la nécessité de conditionner la légitimité ou l'efficience des politiques publiques à la participation des parties concernées. Mais, elle a l'avantage de mettre en lumière la volonté croissante, au sein des critiques économiques des approches procédurales des années 1960 et 1970, de mieux prendre en compte la réflexivité de l'opération d'application dans l'action collective. La première orientation est celle ouverte par ce que Sabatier a appelé « *institutional rational choice approach* ». La deuxième est constituée par le courant « néo-institutionnaliste » ouvert en théorie politique par les travaux de Simon³⁶. Enfin, la troisième orientation théorique est celle qui s'est développée en théorie du risque au départ d'une critique des approches formelles du *risk assessment* et du *comparative risk assessment*.

Le premier mouvement théorique est celui qui reste le plus proche des perspectives néoclassiques ou des approches néo-institutionnalistes et contractualistes. La démarche entend emprunter, en la prolongeant ou en l'amendant, celle de la *public choice theory* et de la théorie du choix rationnel. Il s'agit, en effet, de réfléchir les conditions qui permettent de donner une solution coopérative du dilemme du prisonnier. Cette coopération est réfléchie en référence à une théorie de la *self-governance*. En adoptant, dans nombre de cas, l'approche de la théorie des jeux répétés ou le présupposé d'une capacité d'adaptation fonctionnelle optimale des systèmes à trouver les solutions qu'un environnement nouveau appelle, la question de la coopération et de l'apprentissage adaptatif ne peut, cependant, être réfléchie dans ses conditions de « possibilité ». Celles-ci sont supposées données d'emblée dans les capacités cognitives et motivationnelles des acteurs individuels, ou, éventuellement, dans une perspective plus systémique³⁷, dans les « capacités cognitives » du système que les acteurs

restent en défaut de définir les conditions réflexives que devraient satisfaire cette structure coopérative pour assurer l'efficience et la légitimité de l'intervention régulatoire.

³⁵ Notre critique n'implique, évidemment pas, celle de toutes les propositions concrètes faites dans les années 1980 au départ de la théorie des contrats incitatifs.

³⁶ Principalement par son ouvrage de 1947, *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, 3^e ed., New York, Free Press, 1976.

³⁷ Nous pensons principalement, s'agissant du droit, aux travaux de Luhmann et de Teubner, *supra* note 7.

individuels ne manqueraient pas de mettre en œuvre collectivement et naturellement. La question d'une élucidation des conditions institutionnelles de la solution coopérative devient, pour cette raison, difficile à construire, même là où les auteurs reconnaissent la nécessité d'un dispositif institutionnel coopératif, comme chez Ostrom ou Teubner. De même, la double idée que le jugement d'efficacité est toujours déjà fonction d'un choix d'une forme de vie collective – c'est-à-dire d'un choix parmi les divers possibles – et que ce choix nécessite une opération de jugement non réductible à une opération d'optimisation (ou d'adaptation fonctionnelle ou systémique) n'est pas intuitionnée. La raison en est une insuffisante construction de la réflexivité du jugement rationnel et donc de la limitation contextuelle qui conditionne toute opération normative (et donc l'efficacité de toute action de gouvernance collective). Cette orientation théorique est à la base de bien des développements réglementaires contemporains dans nos démocraties libérales³⁸ (et il explique, d'ailleurs, l'apparition en Europe continentale des autorités administratives dites indépendantes). Elle recouvre aujourd'hui divers travaux parmi lesquels on peut citer ceux de Cooter³⁹ en *Law and Economics*, ceux de Ostrom⁴⁰ en ce qui concerne la question des biens communs.

Les deux autres orientations théoriques permettent d'approfondir et de radicaliser le déplacement recherché par les théories de la *self-governance*. Elles tentent d'interroger les conditions de la solution coopérative et des processus d'apprentissage que cette solution requiert. Voyons rapidement le déplacement que ces deux orientations théoriques contemporaines apportent par rapport aux approches antérieures de l'efficacité de la norme. Elles peuvent d'ailleurs utilement introduire au déplacement que nous proposons. La seconde interrogation qui s'est développée à l'égard de l'approche de la régulation fondée sur la théorie du choix rationnel est ouvertement plus critique que celle liée aux approches fonctionnalistes de l'autorégulation. Elle s'est constituée dans le droit fil de la perspective ouverte par la critique procédurale de la raison économique amorcée par Simon. La limitation coopérative est ici construite au départ d'une critique épistémologique des présupposés de la théorie du choix rationnel et de son insuffisance à cerner les limites de rationalité cognitive qui conditionnent l'action individuelle ou collective. La prise en compte de ces limites (résultant essentiellement du

³⁸ Pensons ainsi au rôle joué par l'autorégulation des milieux financiers et à celui joué par les codes de déontologie émanés de la pratique des milieux professionnels. Voir D.C. Michael, « Federal Agency Use of Audited Self-Regulation as a Regulatory Technique » (1995) 47 *Admin. L. Rev.* 171 ; I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford University Press, 1992 ; A.J. Campbell, « Self-Regulation and the Media » (1999) 51 *Federal Comm. L. J.* 711 ; J. Freeman, « The Private role in public Governance » 75 (2000) *N.Y.U.L. Rev.* 543 ; M. Priest, « The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation » (1997-98) 29 *Ottawa L. Rev.* 233

³⁹ Voir notamment R. Cooter, « Structural Adjudication and the New Law Merchant : A Model of Decentralized Law », *Int'l Rev. L. & Econ.* (1994) 14 aux pp. 215-31.

⁴⁰ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1990 ; *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

contexte d'incertitude dans lequel la décision est à élaborer) nous obligerait alors de faire droit à une approche procédurale de la rationalité⁴¹. A la différence des approches classiques qui s'attachent à définir le contenu du bon comportement, l'accent est dorénavant placé sur la « recherche d'un mode de détermination d'une façon d'agir ». Cette approche procédurale de la rationalité oblige à mieux comprendre le mode de fonctionnement des dispositifs institutionnels et à dépasser les dichotomies classiques sur base desquelles ils sont traditionnellement réfléchis et organisés : les distinctions moyen-fin, décision-application, fait-valeur. En effet, puisque le jugement est lié à la mise en œuvre de routines configurées par l'expérience vécue et par la culture, il procédera par une démarche contextuelle adaptant les catégories aux contextes nouveaux auxquels le sujet est confronté. Dès lors, l'efficacité des organisations dépendra de leur capacité à instaurer un cadre délibératif porteur des conditions d'un *apprentissage collectif*. Cette théorie, développée au plan de la théorie des organisations et de la théorie politique par Simon, March et Olsen, Argyris et Schön⁴², a donné lieu à divers prolongements récents très stimulants sur le plan d'une théorie de la gouvernance publique conçue en termes d'*apprentissage collectif*⁴³. Il s'en dégage une approche institutionnelle de la gouvernance conçue en termes de « *frame reflection* » et de « *democratic experimentalism* ». Sans doute, le gain est-il ici important. Elle souligne, en effet, combien l'incertitude des contextes oblige à complexifier l'approche de la réflexivité de la théorie de l'action rationnelle proposée par les courants néoclassiques, même réinterprétés par les théories de l'autorégulation formalisées par la théorie

⁴¹ H. Simon, « A Behavioral Model of Rational Choice. From Substantive to Procedural Rationality » dans S. Latsis dir., *Methods and Appraisal in Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976 aux pp. 129-48.

⁴² J. March et H. Simon, *Organizations*, 2^e ed., New York, Wiley, 1958, Oxford, Blackwell, 1993 ; J. March, *Decisions and Organizations*, Oxford, Blackwell, 1988 ; H. Simon, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge, MIT Press, 1981 ; J. March et J. Olsen, *Ambiguity and Choice in Organizations*, Bergen, Universitetsforlaget, 1976 ; « The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life » (1984) 78 *Am. Pol. Sc. Rev.* aux pp. 734-49 ; *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, Free Press, 1989 ; C. Argyris et D. Schön, *Organizational Learning II - Theory, Method and Practice*, New York, Addison-Wesley Publishing Cy, 1996 (reprinted with corrections). C'est dans cette même mouvance, aux ramifications aujourd'hui diverses, qu'il faut citer les très féconds travaux en économie du courant de *l'Economie des conventions*, voir *Analyse économique des conventions*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

⁴³ Voir D. Schön et M. Rein, *Framing Reflection*, New York, Basic Books, 1994. Voir en ce sens, les perspectives développées par M. Dorf et C. Sabel, « A Constitution of Democratic Experimentalism » (1998) 98 *Columbia L. Rev.* aux pp. 267 et s. ; J. Cohen et C. Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy* dans C. Joerges et O. Gerstenberg, dir., *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, aux pp. 1-30, Proceedings of the COST A7 seminar, European Commission, 1998. Cette position a trouvé aussi ses expressions juridiques, voir J. Freeman, « Collaborative Governance in the Administrative State » (1997) 45 *U.C.L.A. L. Rev.* aux pp. 1 et s. ; J. De Munck et J. Lenoble « Droit négocié et procéduralisation » dans F. Ost, dir., *Le droit négocié*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1996 aux pp. 171 et s.

des jeux ou les modèles fonctionnalistes et systémiques hérités de la biologie. L'adaptation par apprentissage n'est plus automatiquement le résultat ni d'une simple opération de calcul d'optimisation, ni d'une simple mise en commun des acteurs d'un sous-système. Les opérations d'ajustement vont être ici déconnectées des opérations fonctionnelles de sélection. Dans cette perspective, la coopération que nécessite la réduction d'incertitude des contextes et qui conditionne la possibilité d'une réalisation efficiente de l'équilibre « optimal » visé nécessite un « accroissement de réflexivité » et la création interactive d'un sens commun, avec les choix axiologiques que cela implique et les réévaluations éventuelles qui s'imposent des valeurs routinières (*double loop learning*). Les dispositifs à instituer doivent intégrer les incitants rendant possible cet apprentissage organisationnel et cette recherche d'un accord délibéré en commun. C'est cette même perspective que va d'ailleurs approfondir la réflexion contemporaine ouverte par la réflexion procédurale sur les limitations de la théorie du choix rationnel.

L'intérêt du troisième mouvement critique est d'ouvrir plus profondément la boîte noire de cette opération d'apprentissage réflexif et de ses conditions institutionnelles. En tentant de mieux comprendre la nature des dispositifs institutionnels de gouvernance susceptibles de conditionner cet apprentissage réflexif auquel est suspendue l'efficacité de nos modes d'action collective, cette réflexion contemporaine vise à mieux construire la nature de l'insuffisance réflexive et des limitations contextuelles qui affectent une approche formaliste et sémantique de la raison.

Ce troisième mouvement s'est manifesté de façon exemplaire à propos de la question particulière de la régulation du risque technologique⁴⁴. Dès les années 1980, cette régulation est essentiellement réorganisée au départ de techniques de type market oriented. Mais, rapidement, la réflexion sur les dispositifs exigés par une régulation efficiente va tenter d'intégrer une théorie du « calcul de la solution la plus efficiente » qui fasse droit aux critiques fondées sur la « rationalité limitée ». Les interrogations critiques conduisent à mettre en question le modèle d'une régulation par calcul d'anticipation. Elles intuitionnent que les conséquences effectives d'une norme sont fonction d'autres choix que ceux opérés par un calcul d'optimisation en fonction de préférences données. Le contexte d'incertitude ne conduit pas seulement à une prudence conséquentialiste. L'intuition est que tout jugement normatif nécessite aussi d'autres opérations de choix que celle du calcul d'anticipation propre à la raison stratégique. En effet, les auteurs vont progressivement souligner la nécessaire limitation coopérative des processus de « risk assessment » et de « comparative risk assessment ». Celle-ci va rapidement être référée à une théorie de la limitation contextuelle (perception du risque, répartition inévitable du risque) et à la mise en

⁴⁴ Voir pour une analyse plus développée J. Lenoble, *Réflexivité et gouvernance du risque*, n° 94, Carnets du Centre de Philosophie du Droit 2002 [ci-après *Réflexivité et gouvernance du risque*] disponible sur www.cpdr.ucl.ac.be.

évidence d'un second ordre de conditionnalité – *l'acceptation pratique* – qui vient « croiser » la condition formelle d'acceptabilité rationnelle que permettrait de mesurer un jugement d'expert (qu'il s'agisse du test coût-bénéfice de l'économiste ou de l'expertise du spécialiste de la technologie à évaluer). Certes, ce second ordre de conditionnalité reste souvent peu construit théoriquement. Mais, à nouveau, ce qu'il est intéressant de relever est la dynamique qui traverse la réflexion actuelle. C'est au travers du concept de « perception du risque » que l'insuffisance des approches véhiculées par les théories classiques du choix rationnel en économie et en science va être construite. Les techniques formalistes que ces approches entendent proposer pour réduire l'incertitude des contextes d'application s'avèrent insuffisantes pour ne pas prendre en compte la perception des acteurs. Un accroissement de réflexivité s'impose donc dans les procédures de régulation du risque à l'effet de prendre en compte cette perception contextuelle du risque. Mais, l'appui pris dans l'approche culturaliste de Douglas ou de Slovic⁴⁵ pour construire cette notion de perception ou dans celle de Tversky et Kahneman⁴⁶ aboutit à nouveau à un traitement schématique du contexte. Le modèle sur lequel débouche implicitement cette approche est celui de la pragmatique formelle de Habermas : les modèles délibératifs qui doivent mettre en forme la construction coopérative du sens commun trouveraient leurs conditions de possibilité dans les règles argumentatives du discours dont chaque individu est porteur. Une formalisation par le procéduralisme formel de l'éthique de la discussion implique à nouveau un traitement schématique du contexte. Les récents travaux juridiques de Sunstein ou, mieux encore, de Godard⁴⁷ sur le principe de précaution sont ici particulièrement représentatifs de cette tentative de dépassement des insuffisances des approches habituelles de la gouvernance du risque, qu'il s'agisse de celles défendues par les juristes dans les années 1960 et 1970 ou de celles proposées, dans les années 1980, par les économistes. Dans cette même perspective, les travaux de Latour sur la sociologie des sciences et la gouvernance du risque constituent certainement une avancée supplémentaire. Le projet de Latour est de radicaliser la réflexivité à l'œuvre dans toute construction scientifique (et donc celle mobilisée par nos jugements sur le risque) et le nécessaire dépassement d'une conception représentationniste de la raison scientifique. C'est la supposition d'un sujet capable de se représenter, soit le monde objectivé des faits naturels, soit le monde objectivé des conditions de coexistence des libertés individuelles que Latour entend remettre en cause au terme d'une

⁴⁵ M. Douglas et A. Wildavsky, *Risk and Culture*, Berkeley, University of California Press, 1982 ; P. Slovic, « Perception of Risk » (1987) 236 *Science* aux pp. 280-85.

⁴⁶ A. Tversky et D. Kahneman, « Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases » (1974) *Science* aux pp.1134-41; « The Framing of Decisions and the Psychology of Choice » (1981) *Science* aux pp.455-63 ; D. Kahneman, P. Slovic and A. Tversky, eds., *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

⁴⁷ Voir sur ceci notre article précité et la bibliographie de ces deux auteurs qui y est mentionnée, *supra* note 44.

analyse plus respectueuse des pratiques effectives de la science « en action ». Toute pratique scientifique s'atteste comme liée à des conditions sociales spécifiques qui n'en altèrent pas pour autant la « vérité » mais qui obligent de référer cette « vérité » à une sélectivité spécifique, directement liée aux pratiques sociales qui l'ont informée. La pratique scientifique ne se laisse donc comprendre que comme une « alliance » d'humains et de non-humains et non pas comme une représentation idéalisée d'un monde objectif par un sujet. Cette destitution d'un sujet idéalisé ouvre ainsi la voie, note Latour, à une nouvelle pensée du social qui abandonne toute idée d'une extériorisation possible des conditions de sa gouvernance. A cette fin, il propose un modèle de « procéduralisation à base d'humanisme expérimental » qui suggère une modification des formes de représentation politique en vue de donner forme à des réseaux « d'humains et de non-humains » censés incarner les conditions contextuelles qui font l'arrière-plan de nos constructions rationnelles. Cette forme de procéduralisation doit permettre un apprentissage plus réflexif que celui réfléchi par Argyris et Schön ou encore par Habermas. Comme nous le montrons ailleurs⁴⁸, Latour prête, cependant, à son dispositif procédural de type « expérimental » des capacités de « performance » dont les conditions de possibilité ne sont pas raisonnées pour elles-mêmes, sauf, précisément, à supposer ces capacités « inscrites » soit dans des capacités mentales des acteurs « participants » soit dans des mécanismes objectifs du réel. Par là, quel que soit à nouveau l'approfondissement réalisé par rapport aux approches procédurales ouvertes par Simon et prolongées par Argyris et Schön, Latour restaure une approche schématique et mentaliste de l'apprentissage collectif qui conditionne toute action normative de la société sur elle-même. Ceci explique, d'ailleurs, que, sur un plan pratique et institutionnel, les modèles d'organisation des dispositifs réglementaires qu'il propose, à l'instar de ceux proposés par Sunstein ou Godard, restent conçus sur le seul modèle d'un agrégat communicationnel comme chez les disciples contemporains de Simon ou d'Argyris et Schön.

Avant d'examiner en quoi cette approche mentaliste et schématique du mode d'opération de la norme en contexte social traduit une approche incomplète de la réflexivité à l'œuvre dans cette opération, il reste à présenter la deuxième approche réflexive de la procéduralisation de nos dispositifs de gouvernance qui s'est construite en opposition à la réponse procédurale de type « conventionnaliste » que les juristes et politologues des années 1960 et 1970 avaient cru pouvoir proposer pour répondre aux inefficiences de l'État social du New Deal.

⁴⁸ Voir sur ceci *Réflexivité et gouvernance du risque*, supra note 44 et, pour une analyse plus approfondie des présupposés épistémologiques de Latour, voir *Action of Norms*, supra note 5, c. 3.

Critique du procéduralisme conventionnaliste de la group interest politics et théorie de la démocratie délibérative

Repartons, pour situer cette seconde approche procédurale réflexive, du contexte proprement américain de la crise régulatoire telle que le droit américain la manifeste dès la fin des années 1950. L'activisme judiciaire des années 1960 et 1970 va en effet susciter une seconde critique, distincte de celle apportée par le « *Law and Economics movement* » et qui s'est d'ailleurs constituée en réaction à ce dernier courant. L'ensemble des positions qui s'y rattachent traduisent le projet commun de mieux construire l'intuition qui avait conduit à la « procéduralisation conventionnaliste » des décisions publiques pour rencontrer les insuffisances du cadre régulatoire de l'État social. Dans cette perspective, elles soulignent généralement les limites d'une approche exclusivement économique du « jugement normatif », même si celle-ci est enrichie d'une prise en compte des biais cognitifs.

A la base de cette orientation, repose l'idée que le moteur essentiel de l'évolution régulatoire de nos démocraties libérales, depuis le milieu des années 1950, est le rôle accru donné aux droits fondamentaux⁴⁹. L'extension donnée à ces droits et la recherche d'un contrôle accru du respect qui leur est dû constituent à la fois le principe explicatif des remaniements opérés et celui qui doit guider la réflexion toujours en cours d'une amélioration de nos dispositifs régulatoires. La réflexion dès lors se déplace. L'accent sera porté sur les conditions de légitimité des normes dont doivent tenir compte les décideurs bien davantage que sur celles d'efficacité des objectifs poursuivis. Le respect des conditions imposées par les valeurs proprement démocratiques est censé assurer une meilleure réalisation de nos objectifs démocratiques. Ceci explique l'organisation de plusieurs orientations actuelles de la pensée juridique et politique, principalement américaine, autour des trois axes suivants : la notion de civil rights ; le problème de l'interprétation et de l'étendue de la fonction du juge ; et la question des limites de la rationalité. D'une manière ou d'une autre, les nombreux auteurs qui seraient ici à citer se rattachent à un courant bien connu de la littérature juridique américaine qu'on dénomme le « civic-republicanism⁵⁰ ». Ce courant propose de repenser la fonction du juge comme gardien des conditions du débat public démocratique auquel le pouvoir politique doit toujours rester subordonné. Les conditions de rationalité d'une politique publique sont ainsi suspendues, non plus seulement à celles d'efficacité basées sur une évaluation calculable du coût-bénéfice, mais à celles de légitimation ultime dont le juge aurait toujours la garde et qui résultent, en dernier ressort, des droits fondamentaux à la fois garants et résultats de la délibération publique.

⁴⁹ Ainsi, M. Landy et M. Levin, *The New Politics of Public Policy*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1995.

⁵⁰ Voir notamment pour une mise en perspective plus large de cette orientation contemporaine au sein de la pensée juridique américaine, G. Peller et W. Eskridge, « The New Public Law Movement » (1991) 89 Mich. L. Rev. 707

Trois remarques suffisent pour situer cette seconde proposition de procéduralisation réflexive de nos dispositifs de gouvernance démocratique⁵¹.

- Ce modèle délibératif trouve évidemment des traductions et des justifications différentes. Mais, malgré les nuances introduites, il nous paraît inspiré, de façon consciente ou inconsciente, par le modèle de la rationalité communicationnelle développé par Habermas. Ce dernier conduit à une approche procédurale de la démocratie que nous qualifions de formelle et réflexive. Le formalisme, comme celui qui préside aux approches économiques de la régulation, résulte, d'une approche « intentionnaliste, schématique et mentaliste »⁵² de l'opération d'application des normes sociales. Mais cette approche procédurale, si elle reste formelle entend, cependant, faire droit à la réflexivité du jugement normatif en contexte social. A la différence des approches conventionnelles de la gouvernance démocratique, Habermas entend faire acte de l'irréductible pluralisme axiologique qui caractérise nos sociétés. En ce sens, il n'y a plus d'accord sur une représentation du sens sur base de laquelle articuler nos normes collectives. Cette perte sémantique oblige ainsi à concevoir autrement la construction de nos accords normatifs. Les exigences d'une société juste ne peuvent plus être définies au départ d'une vision du monde jugée substantiellement « bonne ». Au contraire, elles sont dorénavant fondées sur des critères d'acceptabilité rationnelle libérant les justifications morales de leurs particularismes culturels et historiques. La coordination collective trouve ses critères de légitimité dans le respect des « principes » qu'une logique procédurale argumentative au plan de la discussion publique conduit à dégager. L'organisation de la vie en commun repose dans l'intercompréhension des différentes situations vécues et dans une recherche commune de solutions appropriées par le médium du discours argumenté. La rationalité de la norme dépend donc d'un « retour » sur les contextes du monde vécu au sein desquels les normes auront à s'appliquer. Cette dépendance de la justification de la norme par rapport à ses contextes d'application oblige ainsi à faire acte de cette 'réversibilité' (ou dépendance réciproque) des opérations de justification et d'application au sein de toute production des normes sociales. La gouvernance démocratique doit donc se faire réflexive. Cette réflexivité, dans l'approche procédurale ici envisagée, est censée résulter des contraintes pragmatiques du discours et des exigences de symétrisation (c'est-à-dire d'interchangeabilité des rôles entre les différents participants à la discussion) que tout échange argumenté implique nécessairement.
- Ce cadre théorique conduit à déplacer le débat contemporain sur l'amélioration des dispositifs de gouvernance de la démocratie et à

⁵¹ Pour une présentation plus développée, voir *Droit et communication*, supra note 8.

⁵² Voir sur ces notions, supra note 4.

s'affranchir des deux positions développées dans le cadre de ce débat aux États-Unis depuis les années 1950. Sont ainsi critiquées aussi bien la version conventionnaliste de la procéduralisation de l'action publique (qui manque la dimension postconventionnelle des contraintes de principes qui définit la nature de la procédure démocratique) et l'activisme judiciaire qui lui est corrélatif (qui manque une correcte compréhension de la nature de la fonction de juger) que la version économiste néo-institutionnaliste de la théorie de la régulation qui domine aujourd'hui le débat public aux États-Unis et en Europe. Sans doute, s'agissant des débats portés par ces économistes, y a-t-il des réformes de l'action publique à effectuer au nom de l'efficacité. Mais tel n'est pas l'enjeu fondamental d'une compréhension adéquate des exigences fondamentales du moment. Quelles que soient les réformes à mener au nom de l'efficacité, l'action administrative et celle du marché restent fondamentalement soumises aux normes juridiques qui traduisent les limites imposées par les principes éthiques légitimés par la discussion publique. Cette subordination de l'action étatique aux contraintes des principes et des exigences du respect dû aux droits fondamentaux risque d'être manquée par un discours qui réduit les contraintes de rationalité aux conditions d'une rationalité instrumentale et stratégique.

À l'inverse, la croyance selon laquelle le contrôle du respect des droits fondamentaux impliquerait un rôle nouveau et renforcé du juge repose sur une méconnaissance tant de la théorie du droit en démocratie que de la nature du raisonnement juridique. En effet, une compréhension correcte et procédurale de la rationalité et de ses conséquences pour la construction de la démocratie conduit à concevoir tout autrement l'insuffisance actuelle de nos dispositifs institutionnels. L'insuffisance ne porte en aucune manière sur l'aménagement de nos institutions tel que défini par le principe juridique traditionnel de la séparation des pouvoirs. En aucune manière, le modèle de séparation des pouvoirs hérité des révolutions américaine et française et la position subordonnée qu'y prennent, chacun à leur manière, le juge et l'administration par rapport au pouvoir législatif ne sont à remettre en cause. La distinction entre la justification d'une règle et son application⁵³ de même que l'idée que le juge ne statue que par droit et sentence – à la différence de l'administrateur qui vise à définir les exigences de l'intérêt général dans le respect des règles de droit –, constituent deux principes directeurs de nos dispositifs de gouvernance. À ce titre, souligne Habermas, la nature interprétative de la démarche du juge ne l'institue pas « cocréateur » du

⁵³ Ceci n'est pas contradictoire avec la volonté de Habermas de faire droit à la 'réversibilité' (et donc à la réflexivité) des opérations de justification et d'application dans la production des normes sociales. En effet, les conséquences de cette réversibilité, suivant la conception 'symétrique' qu'il en a, se situent dans la construction 'communicationnelle' d'un espace public et non pas dans une transformation quelconque de l'approche de la fonction de juger.

droit avec le législateur. Bien plus, c'est de façon erronée que certains, principalement aux États-Unis comme, par exemple, F. Michelman, suggèrent, pour parfaire le dispositif démocratique, de mettre le juge constitutionnel en position de « tuteur » (et non pas seulement de « dauphin » comme exigé par le principe de séparation des pouvoirs) du pouvoir législatif en vue d'assurer le respect effectif des contraintes « délibératives » d'une formation discursive de la volonté générale.

- C'est sur un autre plan que notre démocratie traduit une insuffisance « régulatoire ». Celle-ci porte sur les dispositifs « culturels » devant permettre une véritable discussion au sein de l'opinion publique afin de conditionner la formation d'une véritable volonté générale selon les exigences d'une éthique procédurale postconventionnelle d'une formation discursive et réflexive de la souveraineté populaire.

Vers une procéduralisation contextuelle du droit et de la gouvernance démocratique

Quel est le déplacement que nous entendons opérer tant par rapport au procéduralisme conventionnaliste des années 1960 et 1970 que par rapport aux deux modèles théoriques qui dominent le débat régulatoire aujourd'hui : les approches liées au débat suscité par les réinterprétations de la théorie du choix rationnel en termes de théorie de l'apprentissage d'une part et celles liées à la théorie déontologique de l'éthique de la discussion ? Pourquoi qualifier le déplacement que nous suggérons sur le plan de la théorie de l'action et de la rationalité de « *pragmatique contextuelle*⁵⁴ » ? Quelles sont les conséquences de cette dernière hypothèse sur le plan d'une approche procédurale de la norme et de la gouvernance 'démocratique' ? Exposons successivement la signification de notre hypothèse, ses conséquences sur le plan de la théorie de l'efficacité et de la théorie de la gouvernance et, enfin, sa portée au regard des approches précédemment dégagées.

L'hypothèse de la procéduralisation contextuelle

Notre hypothèse tient en deux propositions. Tout d'abord, elle pose l'insuffisance théorique du présupposé mentaliste dont on vient de montrer qu'il sous-tend l'ensemble des approches actuelles de la gouvernance. Ensuite, elle pose que cette insuffisance explique celle, récurrente, que la recherche actuelle en théorie de la gouvernance s'efforce de rencontrer et que sa résolution permettrait de réorienter la réflexion sur l'amélioration nécessaire de nos dispositifs de gouvernance. L'erreur mentaliste tient en

⁵⁴ Cette hypothèse développée au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain est le fruit d'une recherche poursuivie depuis la fin des années 1980 et qui a connu trois formulations successives. Voir sur les trois formulations progressives, J. Lenoble, *La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle*, n° 70, Carnets du Centre de Philosophie du Droit, 1999. Sa dernière formulation a été rendue possible grâce au développement, par Maesschalck, d'une pragmatique contextuelle en liaison avec sa relecture de Fichte. Sur ceci, voir notamment, M. Maesschalck, *Normes et Contextes*, Hildesheim, Olms, 2001 [ci-après *Normes et Contextes*].

une construction incomplète de la réflexivité à l'œuvre dans tout jugement normatif (théorie de la réflexivité). Il en découle une construction insuffisante des processus à l'œuvre dans l'opération de production d'une norme en contexte social (théorie de la norme) et par conséquent, une approche insuffisante de la réflexivité de nos dispositifs de gouvernance (théorie de la gouvernance) ou de ceux aujourd'hui proposés au nom des droits de l'homme ou de l'efficacité économique pour améliorer les dispositifs existants. Reprenons les étapes essentielles de l'argumentation.

- Le point sur lequel porte l'essentiel du déplacement théorique que suggère l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle concerne le présupposé mentaliste et schématique des approches procédurales actuelles. Pourquoi ce présupposé pose-t-il question et quelle en est d'ailleurs la signification dernière hautement problématique ? L'enjeu de ce déplacement théorique porte loin sur le plan d'une correcte compréhension des étapes du processus de production d'une norme efficace au sein d'un contexte social. En effet, un tel présupposé emporte l'idée que la démarche discursive mobilisée pour définir la norme jugée pertinente est capable, par elle-même, de prendre en compte tous les « possibles » du contexte social à réguler. L'acte formel de la raison, par sa discursivité même, est capable de se représenter l'ensemble des possibles sociaux du contexte. Quelle que soit la complexité des mécanismes formels à prendre en compte pour compenser les illusions des approches classiques de la raison, en dernier ressort, il est supposé que les règles formelles de la raison mobilisée par le dispositif discursif opéreront une sélection (même précaire et, par nature, révisable) parmi les divers possibles existants. Quelle que soit la réflexivité à laquelle oblige le retour sur le contexte que la raison doit faire pour produire une norme pertinente, il est supposé que la raison trouve en elle-même, c'est-à-dire dans les règles formelles qui en conditionnent le fonctionnement, la capacité d'opérer ce retour réflexif. Or cette présupposition est hautement problématique. Elle méconnaît une limitation essentielle du fonctionnement de la raison. Par conséquent, une telle présupposition méconnaît que le choix concret d'une norme, même jugée pertinente au terme du processus discursif de la raison, résulte nécessairement d'une opération de sélection des possibles qui lui est préalable et dépend donc d'autre chose que du seul jeu discursif de la raison. La détermination des possibles au départ desquels le processus discursif pourra opérer son contrôle de pertinence (d'acceptabilité rationnelle) doit faire l'objet d'un dispositif spécifique organisant la réflexivité des acteurs concernés. Il ne peut, en effet, être supposé que les « capacités » de ces acteurs sont telles qu'ils peuvent par eux-mêmes spontanément ou par l'effet des contraintes argumentatives reconstruire leur contexte pour identifier les possibles à soumettre au crible de la pertinence. C'est cette opération préalable que cette supposition liée à l'approche mentaliste et schématique du jugement normatif aboutit à oblitérer.

Mais pourquoi une telle supposition est-elle théoriquement inexacte et pourquoi contredit-elle une juste compréhension des conditions de

possibilité de la raison ? La raison est de logique spéculative. En effet, une telle approche mentaliste et schématique repose sur une méconnaissance de la réflexivité de la raison c'est-à-dire du fait que la raison ne trouve pas en elle-même les conditions de possibilité de sa capacité à produire des effets de sens dans le réel. Même là donc, où comme chez Habermas ou les émules de Simon, il y a une volonté effective de prendre en compte la réflexivité nécessaire de l'opération rationnelle de production d'une norme, cette réflexivité est incomplète puisqu'il y a un degré qui n'est pas pris en compte à raison de l'option mentaliste. C'est ce degré ultime de réflexivité qui définit la limitation contextuelle et que Fichte a permis de mettre en lumière. Sans s'appesantir ici sur cet argument spéculatif, rappelons-en seulement l'essentiel. En effet, ce qu'indique justement le renvoi à une structure d'arrière-plan est que la raison (l'acte de connaissance qui impose une norme d'action) ne peut opérer qu'en s'appuyant sur quelque chose qui n'est pas elle. Toute opération de la raison fait, comme disait Fichte, l'expérience d'un choc (*Anstoss*) qui lui vient de ne pouvoir produire des effets qu'en s'appuyant sur quelque chose qui n'est pas elle. Ici se révèle l'irréductibilité du renvoi à l'arrière-plan. Ce renvoi à l'arrière-plan constitue donc une contrainte 'logique'⁵⁵ qui conditionne l'opérativité même de la raison. Cet irréductible renvoi de l'opération formelle de la raison à 'quelque chose qui n'est pas elle' se révèle, lorsqu'on met en évidence le rapport réversible qu'entretient tout acte de raison avec un acte de 'croyance' qui le rend possible⁵⁶. Ce n'est pas la raison qui justifie la croyance en la capacité qu'elle aurait de transformer le réel. Mais c'est l'inverse. L'application de la raison dans le monde est conditionnée par la croyance en sa possible réalisation. L'effectuation de la raison s'appuie en dernier ressort sur la croyance, sur l'intuition du pouvoir de la raison à transformer le réel. Le pouvoir de la raison renvoie ainsi réflexivement à un extérieur qui n'est pas elle, à un 'contexte' qui la rend possible.

C'est en rapport avec cette démarche que nous parlons de 'structure réversible et asymétrique', du contexte comme 'forme potentialisante' et de 'réflexivité étendue'. Ces trois concepts visent à mieux qualifier toute opération cognitive que ne le font les auteurs précités, qu'il s'agisse de ceux qui ont contribué au débat issu de la théorie du choix rationnel ou de ceux liés aux procéduralismes déontologiques des éthiques de la discussion (Habermas et Rawls). Ce n'est pas le lieu ici de les construire de façon étendue. Mais leur portée essentielle se laisse déjà intuitionner sur la seule base du déplacement suggéré par cette réflexivité fondamentale où s'enracine toute opération de production d'une norme.

Réversibilité asymétrique. La mise en évidence de la dimension réflexive en laquelle s'enracine la capacité de la norme à produire des effets

⁵⁵ Il s'agit d'une contrainte de logique spéculative et transcendantale, et non de logique formelle.

⁵⁶ Ou, encore, dans cet 'impossible métalanguage' qui, depuis Russell, n'a pas manqué de traverser les meilleures réflexions épistémologiques.

de sens dans le réel oblige à recomposer la compréhension classique de ce qu'est l'opération par laquelle un groupe social agit normativement sur lui-même. Certes, dans le meilleur des cas – tel est le sens des remises en cause par les économistes ou par les habermassiens des approches classiques de la norme, généralement véhiculées d'ailleurs par les approches positivistes des juristes –, les approches procédurales actuelles de la gouvernance prennent en compte la « réversibilité » des opérations de justification et d'application des règles. Cette dimension de réversibilité indique une codépendance de ces deux opérations, c'est-à-dire que l'application de la règle rejait sur sa justification. En d'autres mots, le choix d'une norme pertinente nécessite un retour réflexif sur son contexte d'application. Mais le présumé schématique et mentaliste mobilisé par ces mêmes approches aboutit à « symétriser » cette réversibilité c'est-à-dire à supposer que les éléments qui conditionneront l'application de la règle et en commanderont la signification dernière sont « subsumables » (rattachables déductivement) sous les règles qui guident la discursivité formelle du mécanisme mobilisé par le 'calcul' formel de la règle pertinente. Au contraire, la mise en évidence du degré de réflexivité oblitéré par cette approche de la réversibilité permet de souligner l'asymétrie de cette réversibilité des opérations de pertinence et d'application. L'idée est simple à comprendre. Cette asymétrie veut dire que la signification sociale d'une norme est conditionnée par une opération qui ne peut être anticipée par les variables formelles du raisonnement qui en conditionne la pertinence. Sans doute le juriste nourri des débats sur l'interprétation des règles juridiques peut-il intuitionner cette asymétrie. Mais l'analogie n'est pas sans risque car les approches critiques du formalisme en droit finissent habituellement par « resymétriser » cet écart pour raisonner le problème dans la seule perspective de l'application juridictionnelle comme si les « règles » de production du sens reposaient sur les capacités supposées du juge à anticiper les conditions 'contextuelles' non formalisables par le législateur⁵⁷. C'est d'ailleurs le mérite des critiques économiques, fonctionnalistes ou habermassiennes actuelles des formes conventionnelles de la gouvernance dont restent prisonnières les approches juridiques que d'avoir déplacé les réflexions sur la gouvernance et mis l'accent sur d'autres réformes que le renforcement des pouvoirs du juge, même confiné au contrôle des droits fondamentaux. L'asymétrie indique ainsi que toute reconstruction des processus mobilisés par la production d'une norme mobilise deux opérations qui ne répondent pas aux mêmes conditions de production. Cela n'invalide évidemment pas les procédures discursives d'élaboration raisonnée des règles jugées pertinentes. Cela oblige cependant à complexifier les dispositifs de production normative. Le choix d'une règle pertinente consiste en une opération de choix d'une solution concrète censée optimiser l'objectif idéal dégagé par une anticipation d'une

⁵⁷ Sur les conséquences de cette hypothèse en théorie du droit et la reformulation qu'elle permet des approches positivistes analytiques ou pragmatiques de la validité et de l'interprétation en droit, voir *Action of Norms*, *supra* note 5, c. 6.

forme de vie idéalisée. Mais précisément, le choix de cette solution concrète repose sur une opération de sélection des possibles qui n'épuise pas les possibles, mêmes limités, du contexte au sein duquel la forme de vie idéalisée devrait se réaliser. La question de la transformation effective de ce contexte en vue d'y inscrire la forme de vie idéalisée résultera d'opérations d'interprétations non formalisables. Rien dans le mécanisme formel ne peut garantir que le choix des possibles pris en compte pour définir le choix de la norme supposée assurer la réalisation de cet objectif idéal correspond aux divers possibles liés aux problèmes perçus par les acteurs en situation. Il faut donc croiser la procédure rationnelle de calcul des normes avec des incitants réflexifs. Ceux-ci auront pour enjeu de créer les possibilités de reconstruction en commun des problèmes qui conditionnent l'acceptation pratique par les gens des transformations de leurs formes de vie. Sans ce travail réflexif préalable, les processus qui rendront possible l'insertion effective des normes jugées pertinentes risquent de ne pas être pris en compte. L'opération de sélection des possibles qu'opère toute production d'une norme ne peut donc être tenue pour garantie par les règles de l'opération discursive de la raison formelle (raison optimisatrice des économistes ou raison argumentative des habermassiens). Les possibles effectifs que dégageront l'application sociale de la norme sont fonction d'une conditionnalité qui dépend des structures du contexte. Celles-ci ne peuvent être reconstruites que dans un acte concret de réflexivité communautaire dont les conditions ne sont pas anticipées par les règles formelles de l'acte discursif.

Comme on le voit, cette structure 'réversible et asymétrique' résulte du 'choc' interne à l'opération de la raison qui provient de ce qu'elle est dépendante de quelque chose qui lui est extérieur et qui en rend possible les effets. Cela signifie que tout jugement (donc aussi toute norme) ne peut s'appliquer et produire une signification et ses effets qu'au terme d'une opération complexe qui est un échange entre les effets 'attendus' par la norme posée 'abstraitement', d'une part, et, d'autre part, les effets rendus possibles par les cohérences propres aux 'formes de vie existantes'. Ceci montre déjà l'opération réversible de ce renvoi à un arrière-plan. Mais, comme on l'a déjà dit, cet arrière-plan – le contexte – doit lui-même être construit 'réflexivement' à peine de le supposer 'donné'⁵⁸. C'est pourquoi, il faut intégrer une dimension d'asymétrie au sein même de « l'effet de retour » produit par cette réversibilité de tout jugement d'application 'ou, ce

⁵⁸ En le posant comme un donné, on fait l'économie de la réflexivité de l'acte cognitif par lequel on le construit comme donné. On a vu que cette perspective réductrice est celle qui définit le 'contexte' comme un cadre offrant 'résistance'. Comme on l'a vu, si le 'contexte' se ramenait à un cadre offrant 'résistance', rien ne s'opposerait à ce qu'il soit anticipable comme l'ont bien perçu les économistes, quitte à intégrer à cette anticipation la dimension temporelle de l'incertitude du futur. Mais, même en y intégrant cette incertitude du futur, une telle interprétation du contexte, du reste fort banale et habituelle, n'implique aucune réflexivité dans sa construction même.

qui est la même chose, de toute opération d'interprétation). Il y a donc, dans cet échange, une double opération inversée.

Le concept de 'contexte' se laisse maintenant mieux appréhender. Il n'est pas un ensemble local de contraintes factuelles. Il n'est pas cette fausse 'représentation' de l'idéologie marxiste. Il n'est pas cette culture particulière que les anthropologues culturels pourraient identifier et qui serait 'déposée' dans les esprits des acteurs individuels comme des conventions continuellement adaptables qui serviraient de structures de 'capacitations' des acteurs. Certes, ces trois ingrédients existent comme autant de fonctions du contexte. Mais, à elles seules, elles n'épuisent pas la fonction du contexte. Au contraire, à réduire le contexte à l'une ou l'autre de ces fonctions, on manque la question de la 'possibilisation ou de la capacitation du contexte' à produire ces effets de sens. Ces néologismes indiquent la nécessaire réflexivité du jugement par lequel se trouve perçu le contexte au départ duquel une norme prend sens. Le concept de 'contexte' doit lui-même être construit réflexivement, comme on vient de le rappeler. C'est pourquoi, nous utilisons, pour le définir, l'expression de 'forme de vie potentialisante'. A le qualifier ainsi, on veut mettre en évidence cette réflexivité du concept de contexte, qui ne se laisse réduire à aucune 'convention' supposée donnée (et spontanément révisable par les capacités cognitives et communicationnelles des sujets).

Réflexivité étendue. Ce qui précède indique aussi pourquoi nous parlons de réflexivité 'étendue'. Tant les perspectives procédurales issues des débats critiques sur la théorie du choix rationnel, que les perspectives procédurales des éthiques de la discussion reposent sur une approche réflexive de la rationalité. C'est, d'ailleurs, à raison de cette réflexivité de la rationalité que les unes et les autres ont fortement critiqué l'insuffisance des modifications réglementaires que les juges et les politologues ont imposées dans les années 1960 et 1970 aux États-Unis pour améliorer l'État social au nom d'un 'procéduralisme conventionnaliste' inspiré de *interest group politics*. Mais, quels que soient les gains successifs de ces approches, la réflexivité du concept de contexte est à chaque fois oblitérée. Les effets d'une insuffisante prise en compte de cette 'réflexivité du contexte', c'est-à-dire de cette 'réflexivité étendue' sont importants sur la manière de concevoir les dispositifs institutionnels en matière de régulation.

Procéduralisation contextuelle et théorie de la gouvernance

Pour y introduire, repartons de l'exemple déjà indiqué : celui des inefficiences constatées des politiques de 'libéralisation' des régimes d'Europe centrale et de l'Est. Ce que cet exemple indique n'est pas l'illégitimité des objectifs poursuivis. Il enseigne que les politiques menées,

pour être restées purement formelles⁵⁹, se sont révélées inefficaces à assurer la transformation des contextes en vue d'assurer l'implémentation des objectifs poursuivis. Les conséquences sur lesquelles ont débouché les politiques menées n'ont pu être entièrement anticipées. Leur 'effectuation' a conduit à des effets qui résultent, pour partie, de la manière dont les acteurs locaux ont 'incorporé' ces objectifs. Les effets de sens (la signification) des normes ainsi 'appliquées' à ces contextes locaux résultent d'un 'arrière-plan' en fonction duquel s'est opérée cette 'incorporation'. Sans doute, cet arrière-plan contextuel sera-t-il lui-même généralement à nouveau réintégré formellement dans l'opération du calcul par anticipation des conséquences. Le contexte se ramène alors à cette observation banale d'un contexte 'qui fait résistance'. Il se ramène à un ensemble de contraintes anticipables et objectivables que tout choix rationnel devrait prendre en compte. Notre hypothèse est, au contraire, qu'à réduire ainsi la fonction du contexte, on méconnaît ce que cet exemple révèle de manière symptomatique.

La lecture du contexte comme 'résistance' et comme source de nouvelles contraintes à intégrer dans un calcul d'anticipation supprime d'emblée, ou plutôt annule logiquement la dimension de renvoi à l'arrière-plan qu'atteste notre exemple. Elle l'annule puisqu'elle implique qu'à réduire l'arrière-plan à des contraintes qu'une règle du calcul de la raison peut intégrer, celui-ci peut être réintégré dans l'opération formelle de la raison. Or, comme on vient de le voir, une prise en compte de la réflexivité complète de la raison interdit cette réduction du « contexte » à une donnée objectivable.

C'est sur ce plan que se situe l'insuffisance des diverses approches procédurales apparues ces dernières années, que ce soit dans le champ des débats ouverts par la théorie du choix rationnel ou dans celui lié aux approches communicationnelles. Dans le cadre des premiers, cela vise aussi bien, non seulement les approches néo-institutionnalistes de la New Institutional Economics, mais aussi les diverses interprétations contemporaines en termes de théorie d'apprentissage (en ce y compris celles de Simon, d'Argyris et Schön). Nul doute que tous ces auteurs tentent d'intégrer une fonction d'arrière-plan dans leur démarche. Aucun des économistes de l'École de Chicago ne méconnaît le caractère 'culturellement' construit des préférences des acteurs individuels. Sans doute, Simon tentera de mieux prendre en compte cette fonction d'arrière-plan. Ceci le conduira à mettre l'accent sur le caractère 'rule-following' du comportement. Mais, tous, à des degrés variables, restaurent à un moment ou à un autre, la possibilité pour la raison de s'appuyer sur quelque chose de donné et qu'elle peut traiter comme ce qui en règle le fonctionnement et en assure la possibilité. Ils manquent ainsi un degré de réflexivité de la raison. L'exemple significatif de Luhmann ou Teubner peut être rappelé. Alors

⁵⁹ Le raisonnement des experts était, comme on l'a déjà indiqué, à chaque fois le suivant : la seule transposition des cadres juridiques et institutionnels de nos démocraties libérales occidentales dans les contextes locaux concernés assurera, par elle-même, la transformation de ces contextes et leur adaptation aux exigences de fonctionnement propres aux démocraties de marché.

même qu'ils tentent de faire droit à cette réflexivité de toute opération normative, ils restaurent, par leur supposition d'un code inscrit comme donné dans chaque sous-système, une instance non réflexive qui rendrait possible le spontanéisme de la capacité auto-adaptative des sous-systèmes. Comme on l'a indiqué, cette neutralisation, en dernier ressort, de la réflexivité qu'implique la nomination de ce donné supposé lui-même immunisé de la réflexivité de sa nomination n'est pas sans effet sur les solutions institutionnelles proposées par leur approche de la gouvernance. En supposant données, à un quelconque niveau, la convention et les capacités adaptatives individuelles, qui rendent possible l'opération formelle de la raison, on s'interdit d'intégrer dans cette opération formelle la réflexivité qui la conditionne. En supposant donnée cette fonction d'arrière-plan, on clôture à nouveau l'opération de la raison et en donne une description formelle comme si cette opération se suffisait à elle-même. Ce faisant, on est conduit à passer sous silence, au plan des dispositifs institutionnels de gouvernance, les incitants réflexifs qui conditionnent la construction réflexive des procédures coopératives de production des normes sociales.

Ceci nous aide aussi à mieux percevoir les conséquences de notre approche de la réflexivité du jugement sur le plan de la construction des dispositifs de gouvernance. Toute norme vise à instaurer une forme de vie jugée rationnellement plus acceptable. Les règles formelles (calcul d'optimisation, règles argumentatives ou tout autre mécanisme formel d'apprentissage) qui conditionnent la 'rationalité' de ce choix ne garantissent cependant pas la transformation des formes de vie existantes. La réalisation de la forme de vie 'idéale' appelée par la norme est conditionnée par autre chose que la seule 'validité' formelle de la règle. La norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre « sens » qu'en s'appuyant, en mobilisant, en « faisant retour » (réflexivité), sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle. Supposer que l'adaptation de ces perceptions dominantes et des formes de vie organisées qui leur correspondent se fait automatiquement ou est directement liée à la seule mise en œuvre du mécanisme formel conditionnant l'acceptabilité de la norme, revient à méconnaître cette réflexivité. L'insuffisance des approches procédurales actuelles se marque ici : elles restent en défaut de mettre en place les dispositifs nécessaires pour organiser cette capacité réflexive des acteurs à identifier les divers possibles effectifs en fonction desquels l'opération de sélection de la norme pertinente sera à opérer. L'efficacité d'une norme à faire émerger une forme de vie jugée rationnellement acceptable suppose, indépendamment des procédures discursives utilisées pour sélectionner ce qui est rationnellement acceptable, que soient mobilisés les dispositifs rendant possible cette capacité réflexive à reconstruire réflexivement les problèmes et les perceptions dont la prise en compte rendra possible l'instauration effective d'une nouvelle forme de vie. Notre hypothèse entend ainsi accroître les capacités de réflexivité sur les conditions de production des normes sociales. L'efficacité d'une règle se

mesurera au degré des incitants qui auraient été mis en place pour rendre possible la reconstruction réflexive par les acteurs mobilisés de ce qui motivera leur instauration effective d'une nouvelle forme de vie concrète. Sans l'organisation de cette capacité réflexive commune et des formes de négociation qu'elle implique entre les destinataires finaux des normes à construire, l'injonction normative risque de rester inefficace, quelle que soit la pertinence de l'objectif jugé légitime. C'est que les opérations de jugement qui conditionnent le choix de la forme de vie idéalisée jugée rationnellement acceptable, la détermination rationnelle de la norme pensée rendre possible la réalisation effective de cet objectif et, d'autre part, la transformation effective de la forme de vie que l'application de cette norme rendra possible sont distinctes et asymétriques. C'est l'articulation croisée de cette asymétrie que doit rencontrer le dispositif de gouvernance. Pour ce faire, il faut organiser la capacité réflexive des acteurs jugés réflexivement concernés à reconstruire leurs problèmes. La construction des acteurs et de l'agenda exigent donc une construction des capacités de cette réflexivité qui ne peut être supposée réunie par la seule mobilisation des capacités formelles de l'argumentation ou de quelque autre mécanisme formel.

Ce qui nous est souvent présenté comme le seul choix 'efficient' s'avère ainsi toujours conditionné par une opération dont cette présentation ne rend pas compte. La critique suscitée par cette reconstruction de la réflexivité à l'œuvre dans l'opération de production d'une norme sociale ne vise pas seulement les théories économiques de l'efficacité. Elle concerne aussi les approches morales de la légitimité. Sans doute, les théories économiques oblitèrent-elles l'opération de choix des possibles qui toujours déjà conditionne les effets d'une décision rationnelle. Mais, à l'inverse, pour la même raison d'oblitération de l'asymétrie de l'opération réversible qui conditionne les effets d'une norme, les approches délibératives ou communicationnelles manquent la question des conditions d'une réalisation efficace des objectifs éthiques qu'elles entendent promouvoir. En ce sens, on peut renvoyer dos à dos les théories économiques de l'efficacité et les approches déontologiques de l'éthique de la discussion⁶⁰.

Les observations qui précèdent aident à comprendre pourquoi, logiquement, à la fois l'efficacité (au sens donc de respect des conditions

⁶⁰ Ceci nous permet aussi de voir que la normativité est inscrite dans la réversibilité de toute opération de la raison. Sans doute, les économistes manquent-ils cette 'incontournable' normativité qui est interne, et non externe, à toute décision rationnelle. Mais à l'inverse, les philosophes moralistes, comme encore récemment Nussbaum ou Dworkin, manquent-ils une construction adéquate de leurs critiques aux approches de *Law and Economics*, même chez des néoclassiques comme Epstein ou Posner. Voir par exemple, R. Posner, « The Problematics of Moral and Legal Theory » (1998) 111 *Harvard L. Rev.* 1637 ; R. Epstein, *A Preference for Preferences : A Defense of the Neoclassical Order, Such as It Is*, lecture given in the Law and Economics seminar of the Stanford Law School, March 4, 1999 ; R. Dworkin, « Darwin's New Bulldog » (1998) 111 *Harv. L. Rev.* 1718 ; M. Nussbaum, « Still Worthy of Praise » (1998) 111 *Harv. L. Rev.* 1776. En ce sens encore, ce dont on a besoin aujourd'hui, ce n'est pas d'une nouvelle 'éthique' mais d'une meilleure élucidation épistémologique du jugement normatif.

d'effectuation d'une opération formelle de la raison) et la légitimité dépendent d'un dispositif institutionnel de coopération. Il en découle notre critique de l'insuffisance des approches actuelles sur base desquelles sont proposées les transformations de nos modèles de gouvernance. Elle vise tout d'abord, évidemment, ceux qui croient que de tels dispositifs institutionnels de coopération ne conditionneraient pas l'efficacité des normes ou des décisions (aussi bien les économistes néoclassiques que les néoinstitutionnalistes). Mais, notre critique vise aussi la manière dont, aujourd'hui, soit dans les perspectives résultant des critiques en sciences sociales de la théorie du choix rationnel (et qui débouchent, pour l'essentiel, sur des approches de la gouvernance en termes d'apprentissage), soit dans celles ouvertes par les théories de la démocratie délibérative et des éthiques procédurales de la discussion, on analyse ces dispositifs institutionnels. Ceux-ci sont alors réfléchis sur le modèle d'un agrégat des compétences communicationnelles des acteurs individuels. Le défaut de prise en compte de la réversibilité de l'opération de 'sélection des possibles' et la non mise en évidence de l'asymétrie qui découle de la réflexivité du contexte amènent à ne pas percevoir la réflexivité de l'opération de construction tant des acteurs eux-mêmes⁶¹ que des agendas de la négociation. Pour cette raison, ceux qui raisonnent aujourd'hui la nécessaire mise en place d'une construction en commun des conditions d'un lien social comme conditions d'une gouvernance efficace et légitime restent prisonniers d'un formalisme de construction de ces dispositifs. Pour ne pas construire la réflexivité des conditions de construction des capacités des acteurs de la négociation sur la sélection des possibles, ils en restent à la seule agrégation de leurs supposées capacités adaptatives. Ils ne réfléchissent pas les conditions de « capacitation » à défaut desquelles ne peuvent émerger les « capacités » que suppose la négociation des normes par les « parties » jugées concernées.

Notre hypothèse d'une pragmatique et d'une procéduralisation contextuelle des dispositifs de gouvernance implique un dépassement par rapport aux deux approches de la procéduralisation qui se sont développées dès la fin des années 1970 et le début des années 1980 dans le cadre du débat américain. Les conséquences institutionnelles de cette approche contextuelle permettent de dépasser les trois réponses à la crise de gouvernance de nos États sociaux précédemment rapportées. Sans doute, Habermas a-t-il justement mis en lumière les insuffisances des approches tant conventionnalistes (procéduralisme conventionnaliste des « interest group politics ») qu'économistes ou fonctionnalistes. La participation ne se conçoit qu'inscrite dans un cadre qui en définit en même temps les contraintes d'acceptabilité rationnelle. Mais à l'inverse, pour méconnaître la limitation contextuelle de tout formalisme procédural, Habermas développe une lecture

⁶¹ La 'capacité' des acteurs à opérer la reconstruction réflexive des 'problèmes' à résoudre et des solutions possibles n'est pas donnée dans les seules capacités mentales ou sociales existantes. Souvent est ainsi passée sous silence la nécessaire articulation des acteurs et des acteurs collectifs.

de la démocratie et de ses contraintes régulatrices particulièrement idéaliste et insuffisante des exigences d'effectuation de ses objectifs éthiques. Pour supposer garanties par le seul jeu des règles argumentatives de son procéduralisme formel, Habermas suppose données les capacités réflexives des acteurs qui auraient à œuvrer dans l'espace public. Parallèlement, aucune attention n'est donnée aux dispositifs devant assurer une prise en compte des opérations d'application des règles. Sur ces deux plans se manifeste aujourd'hui le risque d'inefficacité des solutions formelles proposées par Habermas pour assurer la réalisation des principes universalistes dont, à bon droit, il promeut la réalisation. Cette insuffisance ne s'exprime-t-elle d'ailleurs pas de façon symptomatique dans sa théorie de la fonction de juger et du discours d'application en droit. Comme le montre bien, d'ailleurs, la pratique du « public law litigation », les opérations de « balance des intérêts » auxquelles contraint le contrôle du respect dû aux droits fondamentaux conduit le juge à des interventions qui obligent à dépasser les distinctions traditionnelles entre justifier et appliquer ou entre administrer et juger.

Il demeure que cet activisme judiciaire est resté lui-même pris dans les rets d'une interprétation substantielle qui nous semble inadmissible tant pour des raisons de légitimité que d'efficacité. Le juge n'est-il pas particulièrement inadapté pour prétendre maîtriser les conditions d'application de la norme ? Notre approche des limitations contextuelles aide à comprendre pourquoi et à éviter de tomber dans un subjectivisme pratiquement et théoriquement inadmissible. Elle aide à voir en quoi, là où les conflits portent sur des représentations potentiellement conflictuelles des formes de vie et des exigences de justice propres au contentieux engageant des conflits de droits fondamentaux, le juge doit s'assurer le concours d'une régulation négociée dont il peut, seulement, contrôler le processus réflexif et l'obligation qui devrait être mise à charge des législateurs de prévoir les incitants réflexifs devant rendre possible une 'capacitation' des acteurs à reconstruire en commun les transformations souhaitables de leurs formes de vie concrètes. Ceci exige une théorie de la négociation qui dépasse les croyances habituelles partagées par les conceptions procédurales non seulement des politologues conventionnalistes mais aussi des chercheurs issus du courant ouvert par Simon. Ces diverses perspectives, en effet, ne posent pas les questions des conditions réflexives de ses opérations de jugement. Ces conditions doivent permettre de mettre en scène les questions de choix collectif impliquées par ce type de contentieux. Elles exigent donc de réfléchir la construction des acteurs et des questions à mettre en discussion, en vue de porter le débat sur les transformations sociales à effectuer pour assurer la réalisation des exigences de justice et de choix des formes de vie appelées par le conflit de droits.

Abstract

Profound transformations of Western democracies are apparent today. These transformations express an insufficiency in traditional forms of social organisation. The question of governance, of its efficiency, has thus progressively become the major theme of our social debates. Law and social sciences have provided two contradictory responses to meet the need for a new approach to governance: either in terms of efficiency or in terms of procedural ethics. Even if both of these perspectives contain an element of truth, they are no doubt perceived to be intuitively unsatisfactory. It is this intuition of the insufficiency of these two solutions which our hypothesis (contextual proceduralization) aims to construct and to overcome. Our hypothesis states that the two solutions share, beyond their apparent opposition, the same presupposition which explains their parallel insufficiency. This common presupposition concerns their answer to the question of the 'norm's mode of action'. How should we understand the operation by which society aims to regulate itself and to act upon itself by norms which it considers legitimate?

Résumé

Sous différentes formes s'atteste aujourd'hui une transformation profonde de nos démocraties occidentales. Sans doute, ces transformations traduisent-elles une insuffisance de nos formes traditionnelles d'organisation sociale. La question de la gouvernance, de son efficacité et du respect effectif des objectifs qui lui sont assignés au nom de la démocratie est progressivement devenue, ces dernières années, l'enjeu majeur de nos débats sociaux. Pour la rencontrer, deux réponses antinomiques se trouvent aujourd'hui convoquées par le droit et les sciences sociales : l'une en termes d'éthique procédurale, l'autre en termes d'efficacité. Même si ces perspectives contiennent toutes deux un élément de vérité, elles ne laissent pas d'être perçues comme intuitivement insatisfaisantes. C'est cette intuition de leur insuffisance commune que notre hypothèse de la « procéduralisation contextuelle du droit » entend reconstruire et dépasser. Notre hypothèse est que ces deux solutions contemporaines partagent, par-delà leur apparente opposition, un même présupposé qui explique leur insuffisance parallèle. Ce présupposé concerne la question du 'mode d'action de la norme' : comment comprendre cette opération par laquelle la société entend se réguler et agir sur elle-même à travers des normes qu'elle juge légitimes ?

Jacques Lenoble
Faculté de droit, Centre de philosophie du droit
Université catholique de Louvain
Place Montesquieu,
2-B-1348 Louvain-La-Neuve, Belgique
e-mail : lenoble@cpdr.ucl.ac.be