

L'EFFICIENCE DE LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT Pour une procéduralisation contextuelle du droit

Jacques Lenoble

Volume 33, numéro 1-2, 2002–2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107609ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12297>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lenoble, J. (2002). L'EFFICIENCE DE LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT : pour une procéduralisation contextuelle du droit. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33(1-2), 13–67. <https://doi.org/10.17118/11143/12297>

L'EFFICIENCE DE LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT

Pour une procéduralisation contextuelle du droit*

par Jacques LENOBLE**

SOMMAIRE

I.	État de la question	15
II.	Crise de la régulation et théorie du droit	22
III.	Crise contemporaine de la gouvernance démocratique et nouvelles approches de la théorie de la norme	27
	§1. La procéduralisation conventionnaliste du droit : la «group interest politics» et la transformation du droit dans les années 60 et 70	30
	§2. 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	33
	1. Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie économique	34
	2. Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie de la démocratie délibérative	48
IV-	Vers un dépassement de ces approches procédurales de la théorie de la norme : vers une procéduralisation contextuelle du droit et de la gouvernance démocratique	52
	§1 La portée de l'hypothèse	53
	§2 Quelques concepts de base	59
	§3 Quelques conséquences : retour sur la théorie de la gouvernance et les dispositifs réglementaires	62

*. Veuillez noter qu'une version différente du texte de J. Lenoble a été publiée dans la RCDS/CJLS vol. 17 no 1, 2002 aux pp. 1-37.

** Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, directeur du centre de philosophie du droit.

I. État de la question

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 la transformation de ces sociétés en régimes de démocratie libérale et d'économie de marché s'effectuera par l'adoption des règles et mécanismes juridiques définissant le cadre formel propre à ces régimes. A la base d'une telle politique se trouve la croyance que la règle, dans sa toute-puissance formelle, assure par elle-même la transformation du contexte social qu'elle entend régir. Tout est supposé se passer comme si la logique présidant à l'effectuation de la règle était identique à celle de sa justification et de son adoption formelle. Or, comme semblent l'attester aujourd'hui les résultats effectifs sur lesquels débouche cette politique¹, la logique qui préside à l'effectuation d'une règle, et donc celle qui régit la manière dont s'opère la transformation effective des contextes sociaux est bien plus complexe que ne le suggère l'approche formaliste adoptée par les experts.

Cette manière d'aborder la question de la gouvernance suppose, à l'instar des conceptions dominantes en matière de coopération internationale, que le dispositif régulateur, dans les démocraties libérales, se ramène à un ensemble de dispositifs formels définissables a priori en fonction des exigences rationnelles déduites de la définition d'une société libérale d'économie de marché. L'efficience des dispositifs régulateurs commandés par l'instauration d'une économie de marché et, au-delà, par l'instauration d'une démocratie libérale, serait ainsi détachée de la spécificité des contextes locaux. L'incorporation des fins serait indépendante de la spécificité des contextes locaux et serait garantie par la seule rationalité formelle des appareils normatifs mis en place comme dispositifs régulateurs. En ce sens, la régulation exigée par

1. D'autres exemples, tout aussi significatifs, auraient pu être pris. Pensons à l'inefficience 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. Mais, de manière plus large, comme nous le verrons, c'est le même type d'analyse qui est au cœur des questions de gouvernance qui se posent aujourd'hui, par exemple, dans le champ de la négociation internationale des régimes internationaux en matière environnementale ou, encore, dans celui de la réforme de nos institutions européennes ou, enfin, dans le cadre plus habituel de la régulation (plus efficace ou plus légitime) de nos politiques publiques au sein d'États sociaux en voie de réorganisation.

une démocratie libérale et une économie de marché serait réductible à un certain nombre de techniques formellement identifiables a priori. Ces techniques seraient susceptibles d'être transposées dans quelque contexte que ce soit et leur application indifférenciée garantirait, par elle-même, l'instauration effective des formes de vie conformes au modèle formel de cette forme de société.

On perçoit aisément comment cette approche – que nous qualifierons de formaliste - de la régulation en régime de démocratie libérale conforte l'idée que les droits des démocraties américaines ou européennes constitueraient par eux-mêmes des modèles, incarnant ces techniques régulatrices conditionnant l'instauration automatique et effective d'une démocratie libérale à économie de marché.

Une meilleure attention à la dynamique de ces démocraties oblige cependant à remettre en question cette représentation. Cette dynamique montre au contraire une succession de tentatives destinées à réorganiser les dispositifs régulateurs en vue d'en assurer une plus grande efficience. La signification de cette dynamique est la recherche permanente d'une approche plus «rationnelle», en termes de légitimité et d'efficience, de la gouvernance démocratique. Depuis les années soixante, principalement aux USA, s'est ouverte une «crise» des appareils régulateurs qui s'est en même temps traduite, dans les sciences sociales et la philosophie, par une intense activité de remise en cause de la théorie de la gouvernance en démocratie libérale. L'observation des systèmes démocratiques occidentaux ne fournit donc pas une réponse assurée concernant la «formule» institutionnelle garantissant une régulation efficiente. Au contraire, l'histoire est riche des insuffisances des réponses traditionnelles et d'une intense réflexion théorique et pratique sur les moyens de les pallier. Bien plus, elle traduit aujourd'hui une transformation significative de nos modes de régulation juridique qui relance, d'ailleurs, la question de nos représentations théoriques du droit et de la gouvernance démocratique.

Ceci explique la démarche qui sera la nôtre dans le présent article. Un double objectif la guide. Il s'agit tout d'abord de retracer la dynamique des divers modèles de régulation que se sont données les démocraties libérales depuis leur instauration à la fin du XVIII^e siècle. Cette reconstruction, bien connue, sera esquissée et ramenée à ses traits les plus essentiels. Nous nous

concentrerons plus spécifiquement sur la «crise contemporaine» qui affecte, depuis bientôt plus de trente ans, les modes de gouvernance démocratiques. En second lieu, cette reconstruction sera adossée à un point de vue plus théorique et plus normatif. Notre propos vise en effet, par-delà cette description, à présenter une approche théorique des interventions régulatrices en démocratie libérale. De ce point de vue, l'appui que nous prendrons sur les débats qui se déroulent aux USA depuis la fin des années cinquante. En liaison avec la «crise» des modèles d'organisation démocratique se déroule, en effet, aujourd'hui, au sein des sociétés occidentales, un intense débat scientifique visant à redéfinir une approche théoriquement plus correcte des exigences d'une gouvernance légitime et efficiente en économie de marché. Ce débat traverse divers champs disciplinaires, de l'économie au droit en passant par la philosophie, la sociologie et la science politique. Il fait aujourd'hui apparaître diverses théories nouvelles. Comprendre comment les démocraties libérales envisagent aujourd'hui la question de leur régulation suppose de connaître les diverses positions théoriques en présence. Notre propos visera aussi à présenter notre propre approche théorique de la régulation démocratique que nous qualifions de «procéduralisation contextuelle du droit».

Afin de permettre une meilleure compréhension de notre démarche et de la spécificité de notre hypothèse, il est utile de commencer par dessiner la portée de cette crise contemporaine de la régulation démocratique, en précisant le cadre général des solutions en présence et le déplacement que nous suggérons par rapport à ce cadre. Sur cette base, il sera plus aisé de présenter de façon plus détaillée la dynamique de ce débat contemporain.

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. Ces transformations, qui se cherchent toujours, n'arrêtent évidemment pas de susciter des débats sur l'orientation qu'il faudrait leur imposer pour assurer le respect «effectif» des exigences démocratiques. La question de la gouvernance, de son efficience 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 sociaux².

Face à cette situation, un double constat s'impose. Tout d'abord, les sciences sociales ont fourni deux réponses antinomiques à la question de la gouvernance des sociétés démocratiques. Ensuite, quoique les transformations concernent au premier chef le droit (mise en cause de la séparation traditionnelle des pouvoirs par l'accroissement du rôle du juge, recours au droit comme instrument de transformation sociale en vue du respect des droits fondamentaux), la théorie du droit, du moins dans sa version européenne, est restée étrangement silencieuse et peu productive pour répondre à ces défis. Nous reviendrons ultérieurement sur cette seconde constatation.

Deux réponses antinomiques se trouvent aujourd'hui proposées par la philosophie et les sciences sociales : soit une réponse en termes d'efficience, soit une réponse en termes d'éthique procédurale. Selon la première, l'amélioration de nos dispositifs réglementaires démocratiques passe par une meilleure attention aux conditions devant assurer un résultat efficace (défini en termes d'optimum parétien) de l'action publique. 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 participative. Quelles que soient les réformes à mener au nom de l'efficience, tant l'action administrative et celle du marché doivent rester fondamentalement soumises aux contraintes juridiques. Celles-ci sont sensées incarner les limites imposées au nom de principes éthiques que la discussion publique a pour mission de dégager. C'est dès lors sur

2. Qu'il s'agisse, ainsi qu'on le verra ci-dessous, du débat lancé aux USA dès les années cinquante sur la transformation de nos États régulateurs, du débat sur la gouvernance européenne (amélioration des institutions européennes par une efficacité croissante de leurs interventions réglementaires *versus* leur amélioration par la rencontre de leur déficit démocratique et le développement d'une démocratie européenne participative) ou encore des débats actuels sur la transformation des formes de coopération internationale qu'appelle le respect dû aux droits fondamentaux sur un plan international (débat en droit international de l'environnement, intervention humanitaire), se trouve, aujourd'hui, mobilisée une réflexion sur l'amélioration de nos dispositifs de gouvernance au plan national, au plan européen ou au plan international.

un autre plan que notre démocratie traduirait une insuffisance «régulatoire», 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'a 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.

Une antithèse permet ainsi de résumer le débat contemporain sur la gouvernance : d'un côté, une position d'internalisation des conditions de l'équilibre social aux règles du marché selon le schéma du choix rationnel; de l'autre côté, une position régulationniste soucieuse d'assurer une plus grande efficience de l'intervention publique dans la traduction des principes éthiques garantissant la représentation effective de tous les concernés.

C'est l'intuition de l'insuffisance commune de ces deux solutions contemporaines que notre recherche entend reconstruire et étayer. Notre hypothèse est, en effet, que ces deux solutions 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'efficience 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 régulation. Il s'agit, selon nous, de poser le problème en d'autres termes pour intégrer cette double vérité que l'intuition de sens commun semble déjà percevoir, à défaut de bien la construire théoriquement. Sans doute, l'approche en termes d'efficience risque-t-elle de ne pas intégrer l'exigence qui doit la conditionner. Mais, parallèlement, les économistes n'ont-ils pas raison de porter l'attention sur les dispositifs qui conditionnent les conséquences effectives d'une action publique? L'accent mis sur l'inefficience des dispositifs traditionnels de gouvernance tels qu'ils ont été pensés par l'approche «éthique» traditionnelle de la démocratie (une norme est légitime si

elle prend en compte les droits de tous les citoyens) ne met-il pas en lumière la faiblesse de cette approche «éthique» habituelle quant à la manière dont elle 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 vont s'effectuer? Quels sont les facteurs qui conditionnent les effets auxquels l'usage fait de la norme va conduire? Comment fonctionne donc le processus par lequel s'effectue l'action collective?

Toute conception de la démocratie et du droit présuppose une telle 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 adopte un objectif (c'est-à-dire adopte une norme) jugé légitime, 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 une démarche qui découle logiquement de la détermination de l'objectif à atteindre. La seule adoption de l'objectif fournit les «ressources» nécessaires à la réalisation effective du but 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 est supposé se passer comme si la logique présidant à l'effectuation de la règle était identique à celle de sa justification et de son adoption formelle. Or, telle est notre hypothèse, la logique qui préside à l'effectuation d'une règle, et donc, celle qui régit la manière dont s'opère la transformation effective des contextes sociaux au départ d'un objectif poursuivi, est bien plus complexe que ne le suggère cette approche formaliste. En effet, une telle approche «intentionnaliste, mentaliste et schématisante» de l'opération d'application des normes sociales est trop 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 de nos dispositifs traditionnels de gouvernance est suggestive. Elle repose sur l'intuition de l'insuffisance des approches traditionnelles de la régulation démocratique en termes exclusivement éthiques. Le mouvement *Law and Economics* propose, en effet, un déplacement de notre approche de la gouvernance et de la régulation sociale. L'accent est moins mis par les économistes sur l'opération de justification de la norme que sur celle de son application et du respect des procédures aptes à assurer l'efficience des objectifs poursuivis. Néanmoins, ce qu'il est important de relever, c'est que cette critique, si elle contient une grande part de vérité, repose en définitive sur une même théorie de l'action des normes que celle mobilisée par les approches «éthiques». En effet, pour l'économiste néoclassique contemporain, la détermination des «possibles effectifs» reste liée à un acte mental d'anticipation que l'expert économiste peut effectuer en fonction des préférences données. Une même approche mentaliste et schématisante (pour le dire en termes plus techniques, une approche de l'opération d'effectuation de l'action comme une opération schématisante et de subsomption) que celle mobilisée par la conception «morale» de la gouvernance est donc convoquée par ces théories économiques contemporaines de l'efficience.

C'est cette représentation des processus d'effectuation de l'action et, donc, de la manière dont une norme s'opérationnalise et se traduit en conséquences effectives 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 fustiger l'erreur théorique de base et aider ainsi à leur dépassement synthétique. Comment faut-il construire l'opération cognitive qu'implique tout jugement normatif et qui couvre ainsi 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 finales résultant de l'usage fait de cette norme?

Seule une telle reconstruction de la théorie de l'action permet de rencontrer les impasses et les insuffisances respectives auxquelles semblent conduire les approches morales ou économistes des réformes proposées de nos dispositifs de gouvernance. De même, c'est seulement par ce biais que l'on peut ensuite aborder la question pratique de l'orientation nouvelle que devraient suivre nos dispositifs institutionnels.

II. Crise de la régulation et théorie du droit

Une remarque introductive qui concerne directement la question du droit s'impose. Une meilleure approche de la régulation démocratique implique non seulement une transformation des formes d'organisation sociale et juridique. Elle suppose aussi un déplacement par rapport au cadre traditionnel de la réflexion sur le droit, tel qu'il est classiquement construit dans la tradition européenne positiviste. Comme on l'a déjà noté, à la différence de ce qui se passe dans les autres sciences sociales, la théorie du droit³ est restée imperméable aux questions que pose la recherche de nouveaux modes régulatoires au sein des sociétés démocratiques occidentales depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

La théorie du droit dominante reste essentiellement fondée sur une approche positiviste qui met l'accent sur l'analyse logique des mécanismes formels et des notions essentielles au jeu de langage spécifique qui est celui du droit. Les questions traditionnellement abordées par les théoriciens du droit se distinguent donc tant des questions morales (recherche du droit idéal en fonction d'une exigence de justice) que des questions politiques (théorie de la démocratie). C'est en fonction des besoins pratiques des professionnels du droit qu'est habituellement justifiée⁴ l'autonomisation de la théorie du droit qui s'est accomplie dès le milieu du XIX^e siècle par rapport à la philosophie et à la sociologie du droit. Dès cette époque, le droit est posé comme un ensemble normatif que doivent appliquer les juristes professionnels, au premier rang desquels les juges siègent. Dans l'exercice de cette tâche, ils sont aidés par la

3. À l'exception du débat juridique américain ouvert en 1954 par l'arrêt Brown, cf. infra.

4. N. Bobbio, «Sur le positivisme juridique» dans *Mélanges en l'honneur Paul Roubier*, Paris, 1961 aux pp. 53-73.

théorie qui comprend essentiellement deux parties distinctes. La première, plus abstraite, décrit les mécanismes et notions valables, quel que soit le contenu substantiel propre à un ordre juridique déterminé. La seconde, dénommée dogmatique juridique, s'attache au contraire, à décrire le contenu substantiel d'un droit positif. La constitution de cette science, construite sur le modèle des sciences de la nature, correspond à une progressive professionnalisation de la formation des juristes. Cette approche a connu, dans la pensée occidentale, son relatif achèvement avec la théorie normativiste de H. Kelsen. Sans doute cette théorie est-elle l'objet de nombreuses controverses. Sans doute aussi, la théorie du droit s'est-elle nourrie des méthodes d'analyse de la philosophie du langage. Mais le normativisme kelsenien a fixé le cadre épistémologique et théorique au sein duquel les auteurs se déplacent sans le subvertir de façon essentielle.

Or, les questions posées aujourd'hui au droit ne trouvent plus dans ce cadre de réponse utile. Sans être totalement invalidée, cette approche ne semble pas répondre aux interrogations que pose l'évolution de nos pratiques. Sans approfondir les raisons épistémologiques de cette situation, signalons que l'on se heurte ici à la limite du double présupposé sur lequel s'est constituée la théorie du droit positif après Hegel : distinction réductrice de l'être (raison théorique) et du devoir être (raison pratique), et distinction corrélative de la justification et de l'application. Ces deux distinctions sont liées à une théorie du jugement et de la norme oubliée des acquis de l'idéalisme allemand. Sans doute est-il clair que l'appartenance d'une règle particulière à un ordre juridique donné (question de la validité juridique) n'implique pas un jugement de valeur sur le bien-fondé de cette règle. Le débat épistémologique se situe à un autre niveau. Le programme positiviste omet le fait que l'effectuation d'un jugement engage toujours le choix d'une forme de vie (ou contexte) qui conditionne l'usage de cette règle⁵. Nous reviendrons plus loin sur cette critique. Contentons-nous de signaler les conséquences sociologiques de l'approche positiviste. Deux observations peuvent être formulées.

1. Tout d'abord, la question qui est aujourd'hui posée au droit dans les sociétés démocratiques est celle de la pertinence des modes traditionnels d'organisation. Que devrait être l'organisation institutionnelle de l'État pour

5. Sur ceci cf. *infra*, point IV, notre hypothèse de la contextualisation procédimentale.

assurer une régulation efficiente et légitime au regard des objectifs axiologiques imposés par sa nature démocratique et par les exigences relatives aux droits fondamentaux qui lui sont associés? Cette question avait déjà été posée dans les mêmes termes dès la fin du XIX^e siècle, tant en Europe qu'aux USA.

Rappelons tout d'abord les caractéristiques essentielles de la théorie classique du droit qui sert de base au premier modèle régulateur des démocraties libérales. La rationalité juridique se caractérise par la formalité⁶ et la positivité, par la professionnalisation des juristes et la systématisation interne du corpus juridique. De là découlent le principe de l'autonomie de la volonté et le fait que le juge est simplement l'organe d'application d'une règle. Le législateur lui-même - tel était le premier modèle du droit libéral - se contente de fournir à des sujets égaux un certain nombre d'instruments juridiques que chacun est supposé utiliser en fonction de ses intérêts personnels et de sa conception du bonheur. Ce modèle n'est que l'expression de la rationalité formelle du droit, qu'il structure en trois dimensions. D'abord, ce principe apparaît au cœur du libéralisme classique comme une limite de l'intervention de l'État : pour libérer la société civile du pouvoir politique, la doctrine libérale ouvre un large éventail de concepts permettant à tous les individus de poursuivre leur conception de la vie bonne et de s'engager dans des rapports contractuels libres les uns vis-à-vis des autres (la distinction entre privé et public s'articule avec celles du juste et du bien, de la société civile et de l'État, de la morale et du droit, de la justification et de l'application des lois, etc). Ensuite, le formalisme apparaît dans la théorie de la validité de la règle de droit, mise en œuvre dans la construction du *Rechtsstaat* allemand, de l'État républicain français ou de la démocratie américaine. Enfin, l'opération de juger est enclose dans les limites strictes de la distinction entre justifier et appliquer, qui est la clef de voûte de l'architecture de l'État démocratique libéral et de son principe fondateur, celui de la séparation des pouvoirs et des fonctions (légiférer, administrer et juger). Suivant un mécanisme linéaire, la loi est dégagée des préférences individuelles par la médiation des représentants, elle est discutée par le Parlement qui décide

6. Seuls des critères de validité formelle définissent la validité d'une règle de droit (respect des règles de droit hiérarchiquement supérieures) ou la validité d'une décision de justice (validité formelle de l'opération de subsomption qui sert de base à la conclusion normative du syllogisme opéré par le juge).

de son énoncé général et abstrait, puis cet énoncé «redescend» dans la société par voie d'application.

Ce premier modèle régulateur propre à la démocratie libérale du XIX^e siècle est une première fois transformé et remis en cause à la fin du XIX^e siècle qui voit poindre l'État social. En effet à ce moment, la machine se grippe lorsque se fait entendre la critique des inégalités réelles auxquelles le formalisme des droits-liberté et du choix individuel s'avère incapable de porter remède. L'État social émerge : il aura la charge, par une politique volontariste, de transformer le réel social. En s'efforçant de mener une politique de couverture sociale, le droit étend alors son domaine d'intervention. Ses modes d'énonciation se transforment et deviennent moins formels. Il définit les buts à atteindre, laissant aux appareils publics qui ont charge de le mettre en œuvre une marge d'indétermination croissante. Le droit se confronte à la contingence de l'action et ne se contente plus de fixer les bornes formelles d'une action dont les individus auraient la seule responsabilité. Comme le dit M. Weber, le droit se matérialise et vise à défendre des conceptions substantielles de justice afin de «soigner» la société (redistribution des revenus, régulation économique, politique sociale, etc.) ou le sujet (médicalisation du droit pénal par exemple). Mais l'indétermination brièvement ouverte dans la sécurité formaliste du droit libéral se referme bien vite grâce au rationalisme scientifique : l'expert - et son savoir technique - est supposé fournir les bases d'un calcul rationnel permettant de définir les références normatives dans les domaines «déformalisés». L'application des normes retrouve la sécurité un instant compromise. La raison conserve son pouvoir enchanteur : la raison calculante étend son emprise à la régulation étatique.

L'émergence de cet État social entraîne d'ailleurs, par la voie de la théorie dite «sociologique du droit», une première mise en cause de la théorie positiviste. Mais cette critique ne porte pas tant sur le programme épistémologique de la théorie positiviste que sur la réponse formaliste (légaliste et étatiste en Europe) que celle-ci propose à la question de la définition du droit. Dans cette perspective, la réorganisation institutionnelle sur laquelle débouche cette première crise de l'organisation juridique démocratique ne met pas en cause l'essentiel de la culture théorique juridique dominante. La double

dichotomie épistémologique qui la sous-tend – être/devoir-être et justifier/appliquer – n'est pas fondamentalement questionnée.

Cela se comprend quand on sait que la réorganisation institutionnelle sur laquelle cette crise débouche est un renforcement de l'appareil régulateur de l'État qui trouve dans la science la règle d'objectivité de son jugement. Dorénavant, le pouvoir exécutif et son administration voient leur pouvoir renforcé et leur puissance validée par la croyance en la toute-puissance de la raison scientifique censée définir les moyens rationnels de la réalisation des valeurs d'égalité et de liberté⁷.

2. Parallèlement au désintérêt progressif que suscite la théorie dominante du droit, la dogmatique juridique rencontre des difficultés pour répondre aux attentes de la pratique juridique. En effet, des pratiques juridiques nouvelles exigent des formes de raisonnement que l'approche traditionnelle du commentaire descriptif et de la mise en forme systématique des règles positives ne suffisent plus à nourrir. Nous pensons aux modes alternatifs de résolution des conflits, au rôle nouveau joué par les procédures juridictionnelles d'urgence, à l'importance accrue des notions à contenu variable, au développement des opérations de balance d'intérêts qu'appelle le contrôle des droits fondamentaux, au développement du contrôle marginal de l'administration, etc.

Ainsi, sous ses deux versants, l'approche traditionnelle de la théorie du droit semble impuissante à rendre compte des mutations des dispositifs de la régulation juridique. Bien plus, ces mutations ne peuvent être pensées que si on reconstruit les distinctions de base qui ont structuré l'épistémologie positiviste et l'approche du droit qui en résulte.

7. Une relecture des auteurs de l'époque, tant américains (réalisme américain en liaison avec les pragmatistes et les premiers économistes institutionnalistes) qu'européens (au premier rang desquels G. Gurvitch, dont les catégories théoriques - telle celle de fait normatif - sont des plus prometteuses) serait utile.

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

Dans les années cinquante s'inaugure une deuxième crise des modes de régulation en régime de démocratie libérale. Une réflexion et une transformation institutionnelle sont lancées, qui sont d'ailleurs toujours en cours. Aujourd'hui, comme on l'a déjà indiqué, la question d'une amélioration des modèles démocratiques sous-tend nombre de débats économiques et politiques, tant au plan des États-nations qu'à celui des rapports internationaux. Cette crise a connu diverses phases, correspondant à autant de solutions institutionnelles. Ces diverses orientations ne sont elles-mêmes que le reflet d'approches théoriques qui toutes, à des degrés divers, offrent un nouveau regard sur la théorie de la gouvernance. Ces approches théoriques émanent de divers champs disciplinaires (politique, juridique, économique ou philosophique). On ne peut comprendre l'orientation actuelle des politiques régulatrices que si on se réfère à ces débats théoriques. Deux observations préliminaires peuvent être faites concernant la dynamique de la crise contemporaine des systèmes de gouvernance.

1. Nous prendrons pour champs 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 XIX^e siècle, à la question des formes institutionnelles par lesquelles la régulation étatique doit s'exercer. Les limites du pouvoir des juges, le rôle qu'il doit jouer 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, ces questions traversent le débat juridique. La réflexion ne fera que s'amplifier au sortir de la seconde guerre mondiale. Se pose, en effet, à ce moment, la question de la nécessaire réorganisation de la fonction régulatrice telle que le New Deal l'avait organisée.

Dans les années cinquante, les juristes américains sont confrontés à l'inefficacité 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, en effet, inapte à assurer le respect de nombre de droits fondamentaux, au premier rang duquel le droit à l'égalité raciale, mais aussi les multiples intérêts érigés en 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 sexuelle, etc.

2. Une seconde observation tient au cadre général des réponses qui vont progressivement être élaborées. On peut distinguer trois types de réponses distinctes, qui vont toutes tisser des liens avec une idée qui commence à émerger dans la théorie de la gouvernance, celle de sa nécessaire procéduralisation. Présentons rapidement ces trois solutions et leur référence à l'horizon nouveau d'une approche procédurale.

Trois réponses différentes vont être proposées et, pour partie, expérimentées durant cette période toujours en cours⁸. D'abord, dans les années soixante et soixante-dix, il sera proposé de recourir aux juges pour assurer l'effectuation 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. Puis à la fin des années soixante-dix, 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

8. Remarquons l'incidence que ces trois réponses vont avoir sur la pensée juridique. En effet, ces trois orientations possibles de réforme et de transformation éventuelle de la séparation des pouvoirs propre à l'État de droit vont amener la recherche juridique américaine à devoir se confronter et s'alimenter aussi bien aux autres sciences sociales qu'à la philosophie. La théorie de la régulation démocratique sur laquelle va s'articuler dorénavant la pensée juridique est au cœur de divers champs disciplinaires en ce qu'il s'agit de réfléchir les conditions d'efficience et de légitimité de la coordination de l'action collective. À poser ainsi la question de la théorie de la régulation et de l'organisation institutionnelle de l'État, on s'oblige à croiser divers discours théoriques habituellement posés comme étrangers à ce qu'exigerait l'autonomie traditionnelle du discours juridique.

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

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

perspective est développé 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 au mieux par Habermas, il s'agit 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 l'«approche procédurale de la régulation ou de la norme¹¹». Mais ces liens varient fortement. En effet ces trois approches procédurales¹² sont élaborées dans des cadres disciplinaires différents (respectivement les cadres 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 recoupent toutes, de façon directe ou indirecte, la question

-
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 40 et 50 aux USA, 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 USA et la légalisation définitive de l'État administratif du New Deal, de «réconcilier» les perspectives formalistes de Langdell et réalistes 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 et A. M. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, W. N. Eskridge & Ph. Frickey, Foundation Press, 1994. Cette approche en termes de «Legal process», qui avait succédé au réalisme juridique dominant dans les années 20 et 30 aux USA, a été fortement ébranlée par l'arrêt *Brown vs Board of Education* rendu en 1954 par la Cour Suprême. Cet arrêt a d'ailleurs conduit H. Hart et A. Sachs, 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» (cf. notamment E. Rubin, «The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions» (1996) 109 *Harv L Rev.* 1393.

politique et juridique de la transformation du dispositif de gouvernance des démocraties. C'est pourquoi il faut situer ces trois perspectives par rapport à ce qui constitue, aux USA, le cœur du débat réglementaire dans les années soixante-dix.

§1. La procéduralisation conventionnaliste du droit : la «group interest politics» et la transformation du droit dans les années 60 et 70

Ce lien n'est qu'implicite en ce qui concerne la solution qui s'impose en premier dans les années soixante et soixante-dix. 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 cinquante, l'observation est faite, aux USA, que le modèle de «l'ingénieur social», sur 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^e siècle, s'avérait insuffisant pour réaliser les objectifs d'efficience 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 réglementaire 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^e siècle avait tenté d'empêcher l'instauration du New Deal¹⁴. Cet activisme va donner forme à une première réponse à la crise du modèle réglementaire de nos États sociaux. Cette réponse

13. Ce tournant a coutume d'être daté du célèbre arrêt *Brown c. Board of Education* de la Cour Suprême de 1954 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^e siècle, A. Mason, «Judicial Activism : Old and New» (1969) 55 Virginia L. R. 385; voir aussi pour une analyse plus générale de cette transformation du droit amenée par le «civil rights movement» dans les années cinquante et soixante aux USA, outre les articles déjà cités, Ph. Nonet et Ph. Selznick, *Law and Society in Transition : Toward Responsive Law*, NY-London, Harper and Row, 1978 et la bibliographie citée.

prendra essentiellement la forme d'une «procéduralisation conventionnelle¹⁵» 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'efficience 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 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 cinquante 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

15. Le terme «conventionnelle» s'oppose à «postconventionnelle». Ce dernier, par opposition au premier, 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.

17. Ce mouvement ne sera pas spécifique au droit américain, même si la nouvelle forme d'activisme judiciaire qu'il entraîne y sera, cependant, 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 cette «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 Les Cahiers du Droit 831.

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.

18. Cela va se marquer, d'un point de vue juridique, par un accroissement significatif des possibilités d'action en justice (standing) 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 use 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» (T. McGarity, «The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld» (1997) 75 Texas L. Rev. 525; voir sur ceci, notamment, et la bibliographie citée, C. Sunstein, «Deregulation and the Hard Look Doctrine» (1984) 5 The Supreme Court Review 177.

§2. Vers une approche réflexive de la procéduralisation : la perspective issue de la théorie économique de l'efficience 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 80, 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 réaction critique 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 70 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. Nous ne développerons

19. Voir sur ceci, A. Berten et J. Lenoble, *Dire la Norme*, Paris-Bruxelles, 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'efficience et celle inspirée de la théorie habermassienne) qui dominent le débat régulatoire depuis les années 80 reposent en effet toutes deux, d'une manière ou d'une autre, sur une théorie de l'action.

pas ici les théories de la rationalité mobilisées par ces approches²¹. Nous en restons ici à une présentation rapide de la dynamique du débat réglementaire 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 ouvertes par une approche délibérative et habermasienne de la démocratie. Elles présentent, en effet, ce trait commun de vouloir «articuler» la décentralisation opérée par la logique du marché à des mécanismes de coopération sociale.

Ce sera en rapport à ces deux usages distincts de la raison procédurale et des solutions qu'elles proposent en matière de réorganisation de nos dispositifs de gouvernance démocratique que nous développerons notre propre hypothèse de la procéduralisation contextuelle²². Mais n'anticipons pas sur ces développements. Notre objectif est ici de décrire les grandes étapes du débat ouvert par la critique du «procéduralisme conventionnaliste» qui avait servi de fondement à la réorganisation juridique des dispositifs réglementaires de l'État social américain dans les années soixante et septante.

1. Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie économique

a. Au tournant des années 80, 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 économique²³. L'idée est simple. Il s'agit de mettre en question le présupposé

21. Voir sur ceci, notre ouvrage à paraître, J. Lenoble et M. Maesschalck, *The Action of Norms*, Londres, Kluwer Law International, 2003.

22. Cf. *infra*, point IV.

23. Remarquons que la mise en cause de l'efficience de la solution de l'activisme judiciaire développé dans les années soixante ne s'est pas faite exclusivement au départ de l'analyse économique. Un large courant critique s'est développé dans les années 80 et 90 au départ d'horizons très différents. Citons, ainsi, à titre d'exemples, W.Simon, «Bureaucracy, and Class in the Welfare System» (1983) 92 Yale L. J. 1198; R. Pierce Jr, «The Due Process Counterrevolution» (1996) 96 Columbia L. R. 1973.

de l'approche procédurale prônée par la «group interest politics»²⁴. Non seulement, est-il posé, 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 satisfait aux exigences d'une rationalité optimisatrice.

Cette orientation critique est héritée du courant dénommé *public choice theory* (ou encore *political economic theory*) qui s'origine, principalement, dans les travaux de K.Arrows (*Social Choice and Individual Values*, 1951), d'A.Downes (*An Economic Theory of Democracy*, 1957) et de J.Buchanan-G.Tullock (*The Calculus of Consent*, 1962). 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 fournis par l'approche contractualiste de la 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 doit se faire

-
24. Voir notamment, E.Elhaage, «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) Wisconsin L. R. 655; «Madison's Nightmare» (1990) 57 U. Chi. L. R. 335.
25. Voir ainsi notamment, J. Macey, «Separated Powers and Positive Political Theory : The Tug of War Over Administrative Agencies» (1992) 80 Georgetown L.J. 671; W. Bishop, «A Theory of Administrative Law» (1990) XIX Journal of Legal Studies 489; et la special issue intitulée «Regulating Regulation : The Political Economy of Administrative Procedures and Regulatory Instruments» (1994) 57 Law and Contemporary Problems; M. McCubbins, R. Noll and B. Weingast, «Administrative Procedures as Instruments of Political Control» (1987) 3 Journal of Law, Economics and Organization 243.

décentralisée. Le mouvement qui s'amorce ainsi au début des années 80 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 80, une nouvelle réponse à la question de la transformation des dispositifs de gouvernance de l'État social. Cette réponse reste aujourd'hui dominante dans bien des cercles gouvernementaux tant américains qu'européens et domine le monde juridique américain. 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 néoinstitutionnalistes 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, d'ailleurs, surtout développées à propos d'autres questions de gouvernance que celles des politiques publiques : citons ainsi,

-
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 sur ceci notamment S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Harvard UP, 1993; voir aussi C. Sunstein and R. Pildes, «Reinventing the Regulatory State» (1995) 62 U. Chicago L. Rev. 1 et la bibliographie qui y est citée; voir aussi des mêmes auteurs, «Démocrates et Technocrates» dans *Démocratie et procéduralisation du Droit*, (Ph. Coppens et J. Lenoble eds.) Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p. 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 (NY), The Free Press, 1992; «Consensus versus Incentives : A Skeptical Look at Regulatory Negotiation» (1994) 43 Duke LJ 1206.

notamment, le domaine de la théorie de la firme²⁸ et celui du risque d'assurance²⁹. C'est dans ces domaines que s'est, en effet, essentiellement forgée la théorie des contrats incitatifs et des contrats incomplets 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.

b. Cela dit, les débats qui alimentent les approches de «Law and economics» ne se ramènent pas à un seul courant. Des perspectives différentes apparaissent tout en restant inscrites dans le cadre d'une théorie de l'efficience. Elles sont l'expression des évolutions qui ont vu le jour ces dernières années en ce qui concerne les fondements mêmes 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 du champs des approches économiques résulte de débats plus épistémologiques relatifs à la théorie du choix rationnel. C'est dans ce dernier cadre que ce 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 rationnel. Notre seul projet est, en effet, ici³⁰ de retracer les principales manifestations de ces débats plus fondamentaux de théorie économique au plan du débat juridique américain concernant la transformation de nos dispositifs de gouvernance.

C'est à la suite de la critique antimarginaliste des années 30 et 40, et, notamment, sous l'impulsion des travaux menés par H.Simon et ses collègues dans les années 50 et 60 à Carnegie, que s'est développée une réflexion pour interroger la manière dont la théorie économique néoclassique concevait la

28. Voyez pour une reconstruction des débats économiques sur la «corporate governance» et la théorie de la firme dans J. Lenoble, «Norme et Action. Corporate Governance et Procéduralisation contextuelle» (1999) 71 *Carnet du centre de philosophie du droit*.

29. Voir sur ceci notamment K. J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk-bearing*, Amsterdam, North Holland, 1970, et plus spécialement les chapitres 8 et 9; voir pour une excellente synthèse et une bibliographie significative, E. Brousseau, «La Théorie des contrats : une revue» (1993) 103 *Revue d'Economie Politique* 1.

30. Voir pour une critique théorique plus substantielle, l'ouvrage déjà cité et à paraître, *The Action of Norms*.

rationalité des acteurs économiques et, par conséquent, les conditions d'efficience des modes de coordination entre ces acteurs. Il en est résulté une considération renouvelée pour les modes de gouvernance. L'idée s'est développée qu'au vu des limites qui affectaient les capacités de raisonnement (et donc de maximisation) des acteurs économiques (individus ou firmes), la coordination «optimisatrice» devait être conditionnée par des dispositifs institutionnels et normatifs dont la construction devait être réfléchie en vue d'une approche correcte de ces limitations du jugement. C'est pour construire une théorie plus respectueuse de ces limites et donc des modalités de jugement qui conditionnaient l'effectuation des actions individuelles ou collectives que, parmi d'autres tentatives³¹, Simon a développé ce qu'il a appelé une théorie de la raison procédurale qui devait, selon lui, se substituer aux approches économiques néoclassiques conçues en termes de rationalité substantielle (possibilité par un calcul d'optimisation 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 ont été diverses. À certains égards, les approches les plus nuancées et les moins réductrices qui ont alimenté la critique économique de l'État régulateur et ont conduit à son réaménagement dans les années 80 ne sont pas sans lien avec les critiques issues de la théorie de la raison procédurale de H.Simon. La théorie néoinstitutionnaliste et contractualiste et, a fortiori, la théorie 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 rationnel³².

31. Sur l'évolution de cette réflexion critique et les diverses tentatives qui se sont développées, cfr. *The Action of Norms*, supra note 21

32. Voyez notamment sur ceci, l'article précité de d'E. Brousseau; O. Williamson, *Mechanisms of Governance*, NY-Oxford, Oxford UP, 1996 à la p. 46; et aussi la bibliographie citée dans J. Lenoble, «Norme et Action. Corporate Governance et Procéduralisation contextuelle» (1999) 71 *Carnet du centre de philosophie du droit*.

Mais c'est surtout dans des développements connexes ou ultérieurs que se sont développées les réflexions liées, expressément ou implicitement³³, 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 soixante-dix et qui ont orienté la politique des années 80. Elles ont en commun deux traits.

Le premier est de subordonner la rationalité du processus d'élaboration de la politique publique à une procédure coopérative institutionnalisée que ne suffit pas à penser le cadre formel de la *public choice theory*. Sous une forme ou sous une autre, ces différentes interrogations vont venir interroger la supposition de ces approches néoclassiques que la rationalité d'un jugement normatif se réduit aux ressources fournies par le calcul d'optimisation et, que la coordination par le marché (recherche par chaque acteur de la maximisation de ses préférences individuelles) fournit la clé de la régulation la plus efficiente. À ce titre, pourrions-nous dire en anticipant nos développements ultérieurs, elles rejoignent notre propre hypothèse qui entend aussi mettre en exergue l'existence d'un second ordre de conditionnalité de l'efficience d'une norme³⁴ qui est lié à la limitation contextuelle de tout formalisme³⁵.

33. Il est évident que nombre de réflexions, notamment parmi les chercheurs de «Law and Economics» (ainsi, par exemple, celles particulièrement intéressantes de R.Cooter) ne sont pas expressément rattachées à celles de Simon sur la «bounded rationality». Mais elles le sont implicitement en ce qu'elles participent à 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.

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

35. Comme nous le verrons ci-dessous, notre propre hypothèse soulignera l'insuffisance de ces approches théoriques contemporaines dans leur construction épistémologique de cette «limitation coopérative» de l'efficience formelle de l'intervention régulatoire. Ces différentes approches, pour manquer la nature de cette limitation contextuelle, restent prisonnières d'une conception déterminante du jugement normatif et restent en défaut de définir les conditions réflexives auxquelles devraient satisfaire cette structure coopérative pour assurer l'efficience et la légitimité de l'intervention régulatoire.

Le second est corrélatif du premier. Il est que toutes ces perspectives entendent réfléchir les conditions d'efficience d'un dispositif de coordination collective à la lumière d'une approche réflexive de la rationalité. Cela résulte de ce que tous entendent, d'une manière ou d'une autre, réfléchir cette théorie de la rationalité au départ d'une théorie de l'apprentissage. Sans doute, comme nous le verrons ci-dessous, cette approche réflexive, quelles que soient par ailleurs les profondes différences d'approche entre tous ces auteurs, reste foncièrement incomplète. Mais, il reste qu'un gain substantiel est déjà acquis, quoiqu'à des degrés différents, par ces différentes approches des dispositifs réglementaires par rapport aux réformes de «procéduralisation conventionnaliste» implémentées par les juges américains dans les années 60 et 70 au nom de la «group interest politics». Le gain est d'ailleurs aussi significatif par rapport aux cadres théoriques³⁶ des approches néoclassiques en matière de gouvernance des politiques publiques.

L'identification de ces trois champs théoriques 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. Un premier champ est celui ouvert par ce que P.Sabatier a appelé «l'institutionnal rational choice approach». Un second champ est constitué par le courant «néoinstitutionnaliste» ouvert en théorie politique par les travaux de H.Simon³⁷. Enfin, un troisième champ est celui, d'importance croissante, couvert par la régulation du risque et par la critique des approches formelles des procédures de *risk assessment* et de *comparative risk assessment*.

b.1. Le premier champ 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, au départ d'une solution coopérative du dilemme du prisonnier, de réfléchir les cadres permettant le développement d'une telle

36. Notre critique n'implique, évidemment pas, celle de toutes les propositions concrètes faites, dans les années 80, au départ de la théorie des contrats incitatifs.

37. Principalement par son ouvrage de 1947, «Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes» dans *Administrative Organization*, The Free Press, NY, 3^e éd. 1976.

solution coopérative. Cette structure coopérative est réfléchie en référence à une théorie de la self-governance. Adoptant, dans nombre de cas, l'approche théorique de la théorie des jeux répétés ou le présupposé d'une capacité d'adaptation fonctionnelle optimale des systèmes à trouver les solutions exigées par un environnement nouveau, la question de la coopération et de l'apprentissage adaptatif qui lui est lié n'est pas réfléchie épistémologiquement dans ses conditions de «possibilité». Celles-ci sont supposées donner d'emblée dans les capacités cognitives et motivationnelles des acteurs individuels, ou, éventuellement, dans une perspective plus systémique³⁸, dans les «capacités cognitives» du système que les acteurs individuels ne manqueraient pas de mettre en œuvre collectivement et naturellement. La question même d'une élucidation des conditions institutionnelles de la solution coopérative devient aussi, par le fait même, 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'efficience est toujours déjà fonction d'un choix d'une forme de vie collective et que ce choix nécessite une opération de jugement non réductible à une opération d'optimisation n'est pas intuitionnée. Cette orientation théorique est à la base de bien des développements réglementaires contemporains dans nos démocraties libérales³⁹ (et il explique d'ailleurs l'apparition en Europe continentale des autorités administratives dites indépendantes). Cette orientation théorique

-
38. Nous pensons principalement, évidemment, puisqu'il s'agit du droit, aux travaux de N. Luhmann et de G. Teubner (voir sur ceux-ci notamment, G. Teubner, *Droit et Réflexivité*, Paris, LGDJ, 1996; *Recht als Autopoietisches System*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989 (trad. fr. Paris, PUF, 1993).
39. Pensons ainsi au rôle joué par l'autorégulation des milieux financiers et au rôle 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 et I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford University Press, 1992; voir aussi pour une présentation plus générale de cette nouvelle technique de régulation appelée «audited self-regulation», Administrative Conference of the United States, Recommendation 94-1, «The Use of Audited Self-Regulation as a Regulatory Technique» (1994) 59 *Fed. Reg.* 44 (adopted June 16, 1994); A.J. Campbell, «Self-Regulation and the Media» (1999) 51 *Federal Communications Law Journal* 711; J. Freeman, «The Private role in public Governance» (2000) 75 *N.Y.U.L. Rev.* 543; M. Priest, «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation» (1997-98) 29 *Ottawa L. Rev.* 233; J. Paterson, *Behind the mask : regulating health and safety in Britain's offshore oil and gas industry*, Ashgate, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, 1999.

recouvre aujourd'hui divers travaux parmi lesquels on peut citer ceux de R.Cooter⁴⁰ en «Law and Economics», ceux d'E.Ostrom⁴¹ en ce qui concerne la question des biens communs⁴².

b.2. Les deux autres interrogations qui se sont développées permettent précisément d'approfondir et de radicaliser le déplacement recherché par les théories de la self-governance. La construction théorique de ce déplacement s'approfondit et tente de mieux approcher la question des conditions de la solution coopérative et de l'apprentissage qu'elle nécessite. Voyons rapidement le déplacement que ces deux autres champs théoriques contemporains apportent par rapport aux approches antérieures de l'efficience de la norme. Ces deux déplacements introduisent d'ailleurs très étroitement à celui que nous proposons pour mieux comprendre la manière dont s'opère l'effectuation d'une norme au départ de notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle.

La seconde interrogation qui s'est développée à l'encontre 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 la perspective ouverte par la critique procédurale de la raison économique amorcée par H.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

40. Voir notamment, R. Cooter, «Structural Adjudication and the New Law Merchant : A model of Decentralized Law», *supra* note 33.

41. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1990. Remarquons qu'outre le cadre théorique qu'elle s'efforce de construire (notamment en collaboration avec V. Ostrom, *The Intellectual Crisis in American Public Administration*, The University of Alabama Press, 1972), l'intérêt de ces recherches est qu'il croise celles récemment développées par nombre de spécialistes des relations internationales sur les conditions d'efficience des «régimes internationaux» mis en place, notamment, dans le domaine de la protection environnementale (voir sur ceci, P.M. Haas, *Knowledge, Power and International Policy Coordination*, Columbia, U. South Carolina Press, 1997; V. Rittberger and P. Mayer (eds), *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1993); R.O. Keohane, P.M. Haas and M. Levy (eds), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1993).

42. *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1982.

prise en compte de ces limites (résultant essentiellement du contexte d'incertitude dans lequel la décision est à élaborer) oblige, soulignent les tenants de cette orientation de pensée, à faire droit à une approche procédurale de la rationalité⁴³. Celle-ci, à la différence des approches classiques qui s'attachent à définir le contenu du bon comportement, met dorénavant l'accent 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 elles sont traditionnellement réfléchies et organisées : 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 opérant l'adaptation des catégories aux contextes nouveaux auxquels le sujet est confronté. Dès lors, l'efficience 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 H.Simon, J.G.March⁴⁴ et J.P.Olsen⁴⁵, Ch.Argyris et D.Schön⁴⁶, a

-
43. H. Simon, A Behavioral Model of Rational Choice. From Substantive to Procedural Rationality, in Latsis (ed.), *Methods and Appraisal in Economics*, Cambridge (Mass.), Cambridge UP, 1976 aux pp. 129-148.
44. J. March et H. Simon, *Organizations*, NY, Wiley, 1958 (2d ed. Oxford, Blackwell, 1993); J. March, *Decisions and Organizations*, Oxford, Blackwell, 1988; H. Simon, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1981 (trad. fr. Paris, Bordas, 1991).
45. J. March et J. Olsen, *Ambiguity and choice in organizations*, Bergen, Universitetsforlaget, 1976; J. March et J.P. Olsen, «The new institutionalism: organizational factors in political life» (1984) 78 *American Political Science Review* 734; J. March et J. Olsen, *Rediscovering Institutions. The organizational Basis of politics*, NY, Free Press, 1989.
46. Voir notamment sur ceci, Ch. 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 du courant français dit de l'*Économie des conventions* et notamment de deux de leurs principaux représentants, d'O. Favereau et de L. Thévenot, Voir notamment O. Favereau, «Règles, Organisation et Apprentissages collectifs: Un paradigme non standard pour trois théories hétérodoxes» dans *Analyse économique des conventions*, Paris, PUF, 1994 aux pp. 113-137; P. Livet et L. Thévenot, «Modes d'action collective et construction éthique. Les émotions dans l'évaluation» dans *Les limites de la rationalité*, tome 1 (sous la direction de J.P. Dupuy et P. Livet), Paris, La Découverte, 1997 aux pp. 412-439; citons enfin, dans cette même mouvance, les développements dans la littérature anglo-saxonne ou allemande d'une théorie de la firme nourrie de cette approche et dénommée par G. Hodgson de «competence-based theory of the firm» (G. Hodgson, «Competence and

donné lieu à divers prolongements récents très stimulants sur le plan d'une théorie de la gouvernance publique conçue en termes **d'apprentissage collectif** (D.Schön, M.Rein⁴⁷, Ch.Sabel et J.Cohen⁴⁸) ou encore en termes de modèles interprétativistes (Dryzek⁴⁹, Ingram⁵⁰). Il s'en dégage une approche institutionnelle de la gouvernance conçue en termes de «frame reflection» et de «democratic experimentalism».

Quel que soit le gain que cette approche procédurale permet par rapport aux approches précédentes, elle reste affectée d'une insuffisance importante: pour ne pas construire une théorie de l'apprentissage réflexif articulée à l'autoréférentialité de la raison comme usage (sur ceci, *infra* notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle), la coopération reste pensée, comme on l'a déjà indiqué, sur un mode «schématique» qui rend difficile le dépassement du modèle de la théorie du choix rationnel ou de celui de la pragmatique formelle de Habermas. De ce point de vue, le troisième champ d'interrogation critique annoncé ci-dessus s'avère des plus intéressants. En effet, il met sur la voie d'une meilleure construction de cette notion de limitation et de réflexivité dont, de façon si stimulante et si féconde, les réflexions sur la gouvernance ouvertes par les recherches de Simon ont démontré l'importance.

b.3. Un troisième champ d'interrogation critique s'est en effet aussi développé au départ des approches économiques de l'action rationnelle. Il est

Contract in the theory of the firm» (1998) 35 Journal of Economic Behavior and Organization 179.

47. D. Schön et M. Rein, *Framing Reflection*, NY, Basic Books, 1994.

48. Voir En ce sens, les perspectives développées par M. Dorf et Ch. Sabel, «A Constitution of Democratic Experimentalism» (1998) 98 Columbia L.Rev 267; J. Cohen et Ch.Sabel, Directly-Deliberative Polyarchy dans *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, (Ch. Joerges et O.Gerstenberg, eds.), 1-30, Proceedings of the COST A7 seminar, European Commission, 1998. Cette position a trouvé aussi ses expressions juridiques; voir sur ceci J. Freeman, «Collaborative Governance in the Administrative State» (1997) 45 UCLA L. Rev. 1; J.De Munck et J. Lenoble, «Droit négocié et procéduralisation» dans *Le Droit Négocié*, F.Ost (éd.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1996 à la p. 171 et s.

49. J. Dryzek, *Democracy in Capitalist Times*, NY, Oxford UP, 1996.

50. A. Schneider and H. Ingram, *Policy Design for Democracy*, Lawrence (KS), U Kansas Press, 1997; H. Ingram and St.Smith, *Institutions and Policies for Democracy, A discussion paper*, Center for the Study of Democracy, UC Irvine, 1997.

lié à ce secteur où la réorganisation des dispositifs réglementaires prônée par ces dernières approches au début des années 80 s'est effectuée avec le plus de vigueur. Ce secteur est celui de la régulation des risques⁵¹. Cette dernière est, dès cette époque, essentiellement organisée au départ de techniques de régulation de type «market oriented». Mais, rapidement, la réflexion sur les dispositifs exigés par une régulation efficiente va rapidement tenter d'intégrer une théorie du «calcul de la solution la plus efficiente» qui fasse droit aux critiques fondées sur la «rationalité limitée».

Les travaux de Cass Sunstein, pour rester dans le champ de la recherche juridique, sont révélateurs de cette seconde orientation. Ils traduisent, en effet, la volonté de tenir compte de la théorie des biais développée par Tversky et Kahneman⁵² pour améliorer l'opération de coût-bénéfice qui sert dorénavant de procédure de choix public⁵³. Le modèle de rationalité du jugement pratique mobilisé par la réflexion juridique est emprunté au débat qui s'est noué dans les années soixante-dix entre économie et psychologie sociale cognitive et à ses conséquences pour une meilleure approche de la théorie des risques. Parallèlement, la procédure du *risk assesment* est réfléchiée dans une perspective qui entend concilier «calculabilité» et «incertitude»⁵⁴. Sans doute, cette dernière littérature en reste-t-elle aux étapes précédentes de la réflexion en matière de dispositifs réglementaires. Mais, c'est la dynamique ouverte par cette volonté de

-
51. Voir notamment sur ce mouvement de réorganisation juridique de la régulation des risques, S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1993; J. Mashaw, *Bureaucratic Justice*, Yale UP (1983); C. Sunstein, «Paradoxes of the regulatory State» (1990) 57 U. Chi. L. Rev. 407; S. Rose-Ackerman, *Controlling Environmental Policy. The limits of Public Law in Germany and the United States*, New Haven, Yale UP, 1995. Faut-il aussi rappeler que la théorie du risque est aussi celle où s'est constitué le courant aujourd'hui le plus dominant en économie, celui de la théorie contractualiste. Il est vrai que le domaine du risque ici étudié est moins directement lié aux politiques publiques puisqu'il s'agit essentiellement, au départ en tout cas, du risque d'assurance.
52. A. Tversky and D. Kahneman, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases» (1974) *Science* 185; et sur cette même problématique l'ouvrage collectif édité par D. Kahneman, P. Slovic et A. Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge (UK), Cambridge UP, 1982; A. Tversky et D. Kahneman, «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice» (1981) 40 *Science* 455.
53. C. Sunstein, «Behavioral Analysis of Law» (1997) 64 U. Chicago L. Rev. 1175; et du même, «A Behavior Approach to Law and Economics» (1998) 50 *Stanford L. Rev.* 1471.
54. V. Walker, «Risk Regulation and the Faces of Uncertainty» (1998) 9 *Risk* 27.

faire droit aux critiques des approches économiques fondées sur la rationalité limitée qui s'avère aujourd'hui particulièrement suggestive.

Il faut, en effet, relever que la nécessaire limitation coopérative des processus de «risk assessment» et de «comparative risk assessment» va rapidement être référée à une théorie de **la limitation contextuelle** (perception du risque, répartition inéquitable du risque⁵⁵) et à la mise en évidence d'un second ordre de conditionnalité – **l'acceptation pratique** – qui vient «croiser» la condition formelle d'acceptabilité rationnelle. Dans cette perspective, l'accent mis par certains, par exemple O.Godard⁵⁶, sur le passage d'une interprétation probabiliste⁵⁷ du principe de précaution à une interprétation en termes de **incertitude** ouvre la voie à une construction du jugement normatif en termes de «typique» et de «limitation communautaire» qui va bien au-delà de la théorie de l'apprentissage collectif d'Argyris et Schön et qui anticipe notre propre hypothèse d'une «procéduralisation contextuelle». Sans doute, cette ouverture reste-t-elle peu théorisée chez ces auteurs. Mais elle appelle une théorisation qui marque l'intuition d'un dépassement des réflexions liées au procéduralisme de H.Simon .

Plus précisément, les intuitions dont se nourrissent plusieurs de ces dernières interrogations critiques conduisent à mettre en question le modèle d'une régulation par calcul d'anticipation. C'est le modèle de l'expertise qui est ici problématisé et qui conduit donc à intuitionner 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. Mais,

55. Voir notamment sur ceci la synthèse et la bibliographie y relatives qu'en donnent C. Sunstein et R. Pildes, «Reinventing the Regulatory State» (1995) 62 U. Chicago L. Rev. 1.

56. O. Godard, «De l'usage du principe de précaution en univers controversé» (1999) 239-240 *Futuribles* 37.

57. Cette interprétation probabiliste est évidemment liée à la théorie du choix rationnel en contexte d'incertitude développée en économie. Voir sur cette dernière approche, K. Arrow, «Exposition of the Theory of Choice under Uncertainty» dans *Decision and Organization*, C.B. McGuire et R. Radner (eds), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986 à la p. 20 et s.

l'intuition reste en défaut de construire épistémologiquement la nature de ce «second ordre de conditionnalité» qui va conditionner la démarche d'application d'une norme. Pour cette raison, malgré leurs ouvertures, ces approches de la limitation restent pensées en termes subjectivistes (théorie culturaliste de M. Douglas⁵⁸ ou P.Slovic⁵⁹ concernant la perception du risque), objectivistes (sociologie latourienne de la traduction⁶⁰) ou herméneutiques (*the cosmopolitan narrative theory* de l'acceptation pratique chez T.Earle et G.Cvetkovich⁶¹).

À ce titre, comme nous l'indiquerons ci-dessous, elles restent en défaut de construire adéquatement le cadre épistémologique exigé par une théorie du jugement. Par conséquent, aussi, elles conduisent à une insuffisante construction de la réflexivité du jugement normatif et donc des **conditions de réflexivité du moment coopératif**. Cela explique d'ailleurs, que sur un plan pratique, les modèles d'organisation des dispositifs réglementaires que ces auteurs proposent vont, en définitive, soit rester dépendants du modèle formel de l'expertise soit vouloir le nuancer par le modèle, tout aussi formel, d'un dispositif réglementaire conçu sur le seul modèle d'un agrégat communicationnel comme chez les disciples contemporains de Simon ou Argyris et Schön.

C'est donc à un détour épistémologique qu'appellent aujourd'hui ces trois interrogations théoriques suscitées par l'approche économique de la régulation qui s'est développée à la fin des années 70. Seul ce détour épistémologique par une approche des conditions d'effectuation d'une action permettra de déployer, sur le plan institutionnel des dispositifs réglementaires, toute la richesse dont ces interrogations sont porteuses. Mais avant de présenter le déplacement que nous semble appeler une compréhension correcte du processus d'effectuation d'une norme, il reste à présenter la deuxième conception qui domine aujourd'hui le débat ouvert par la crise de nos modèles réglementaires. Comme on l'a déjà dit, cette seconde conception participe aussi d'une approche procédurale de la rationalité de l'action, quoiqu'en un sens différent de celle qui

58. Voir notamment M. Douglas et A. Wildavsky, *Risk and Culture*, Berkeley (Ca), University of California Press, 1982.

59. P. Slovic, «Perception of Risk» (1987) 236 Science 280.

60. Voir sur ceci notamment B. Latour, *Politiques de la nature – Comment faire entrer les sciences en démocratie?*, Paris, La Découverte, 1999.

61. T. Earle et G. Cvetkovich, *Social Trust*, Westport (Connecticut) – London, Praeger, 1995.

est à la base des trois interrogations suscitées par l'approche économique néoclassique de la régulation.

2. Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie de la démocratie délibérative

Repartons, à nouveau, du contexte proprement américain de la crise régulatoire telle que le droit américain la manifeste dès la fin des années cinquante. L'activisme judiciaire des années 60 et 70 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 traduit le projet commun de réinterpréter sur une base théoriquement plus fondée 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 fustigent généralement les limites d'une approche exclusivement économique (ou scientifique) du «jugement normatif», même si celle-ci est enrichie d'une prise en compte des biais cognitifs.

À 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 cinquante, est le rôle accru donné aux **droits fondamentaux**⁶². L'extension donnée à ces droits et la recherche d'un contrôle accru au respect qui leur est dû constituent à la fois le principe explicatif des remaniements opérés et le principe qui doit guider la réflexion toujours en cours d'une amélioration de nos dispositifs régulatoires. La réflexion dès lors se déplace. L'accent sera moins focalisé sur les conditions d'efficience à respecter dans l'implémentation des objectifs poursuivis. Il sera porté principalement sur le respect dû aux conditions de légitimité imposées aux décideurs. C'est ce respect des conditions imposées par les valeurs proprement démocratiques qui est censé assurer la réalisation meilleure de nos objectifs démocratiques. Ceci explique l'organisation de plusieurs orientations actuelles de la pensée juridique et politique américaine autour des trois axes suivants : le concept de *civil rights*, le concept

62. Ainsi, M. Landy et M. Levin, *The New Politics of Public Policy*, Baltimore, John Hopkins U.P., 1995.

d'interprétation (en rapport avec celui de la nature de la fonction du juge) ou encore celui des limites de rationalité⁶³. 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-republicanism»⁶⁴. 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 et suggère en même temps de réfléchir le renforcement nécessaire de ce même débat. Les conditions de rationalité d'une politique publique sont ainsi suspendues, non plus seulement aux conditions d'efficiencia basées sur une évaluation calculable du coût-bénéfice, mais aux conditions de légitimation ultime dont le juge aurait toujours la garde et qui résultent, toujours, en dernier ressort des droits fondamentaux à la fois garants et résultats de la délibération publique.

Ce modèle délibératif trouve évidemment des traductions et des justifications différentes. Mais toujours elles nous paraissent rattachables, de façon consciente ou inconsciente et par-delà les nuances⁶⁵ introduites, au modèle

63. Quoique les derniers travaux de Cass Sunstein traduisent une orientation behavioriste marquée (voir son article déjà cité «Behavioral Analysis of Law»), nombre de travaux antérieurs de C. Sunstein sur le droit administratif traduisaient une orientation marquée pour les approches «délibératives» liées au présent mouvement. C'est dans cette même veine qu'on peut citer d'ailleurs l'accent qu'il met, avec Pildes, sur la nécessité d'organiser des procédures délibératives pour prendre en compte les débats de valeur qui, immanquablement, traversent toujours les «tradeoffs» à effectuer dans les choix de politiques de risque, C. Sunstein et R. Pildes, «Reinventing the Regulatory State», *supra* note 26. On retrouve ici notre observation concernant certaines des orientations concrètes sur lesquelles débouchent les débats actuellement menés dans le cadre de la régulation des risques.

64. 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 Michigan L. Rev. 707.

65. Ces nuances débouchent même parfois sur des critiques significatives. Celles-ci n'entament cependant pas la parenté de leurs auteurs, sur le plan plus philosophique de la théorie de l'action rationnelle, avec le modèle communicationnel de l'éthique procédurale de Habermas pris ici comme paradigme. Plusieurs auteurs parmi les plus importants de ce courant américain (ainsi par exemple les critiques adressées à Habermas par F. Michelman, voir sur ces critiques, le chapitre 6 de J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992 (trad. fr. sous le titre «Droit et démocratie. Entre faits et normes», Paris, Gallimard, trad. par R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, 1997; voir aussi sur ceci, Ph. Coppens et J. Lenoble (eds.), *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, *supra* note 26).

communicationnel de rationalité développé par Habermas. Ce dernier modèle conduit à une approche procédurale de la démocratie que nous qualifions de formelle. Ce formalisme, comme celui lié aux approches économiques de la régulation, résulte, comme on l'a déjà indiqué, d'une approche «intentionnaliste et mentaliste» de l'opération d'application des normes sociales. Mais n'anticipons pas sur cette question épistémologique des conditions d'effectuation d'une norme.

Trois remarques suffisent ici pour situer cette troisième approche procédurale contemporaine du droit et des conséquences qui en découlent pour une amélioration de nos dispositifs de gouvernance.

1°. Tout d'abord, cette approche procédurale du droit et de la régulation démocratique s'inscrit dans une réflexion philosophique plus vaste et plus profonde qui porte sur une approche procédurale et réflexive de l'action rationnelle et de la société. Il s'agit ici de définir les exigences d'une société juste non plus au départ d'une vision du monde jugée substantiellement «bonne». Au contraire, les exigences de justice sont dorénavant fondées sur des critères d'acceptabilité rationnelle libérant les justifications morales de leurs particularismes culturels et historiques. Dorénavant, 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.

2°. Ce cadre théorique conduit à déplacer le débat contemporain sur l'amélioration des dispositifs de gouvernance de la démocratie et à s'affranchir des deux positions développées dans le cadre de ce débat aux USA depuis les années cinquante. 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 néoinstitutionnaliste de la théorie de la régulation qui domine aujourd'hui le débat public aux USA 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'efficiency. 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'efficience, l'action administrative et du marché reste fondamentalement soumise aux contraintes juridiques qui incarnent les limites imposées au nom des principes éthiques dégagés par le biais de 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, croire, dans la perspective ouverte par l'activisme judiciaire des années 60 et 70 aux USA et amorcé, selon certains, en Europe dans les années 70 et 80, que le contrôle du respect dû à ces droits fondamentaux implique un rôle nouveau et renforcé pour le juge repose sur une méconnaissance tant de la théorie du droit en démocratie que de la nature du raisonnement juridique. En fait, 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 définit par le principe juridique traditionnel de la séparation des pouvoirs. En aucune manière, le modèle de séparation des pouvoirs hérité de nos 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 justifier - appliquer et 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 à la suite de Dworkin, la nature interprétative de la démarche du juge ne l'institue pas «cocréateur» du droit avec le législateur. Bien plus, c'est de façon erronée que certains, principalement aux USA, 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.

3°. 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.

IV- Vers un dépassement de ces approches procédurales de la théorie de la norme : 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 60 et 70 que par rapport aux deux modèles théoriques qui dominent le débat réglementaire 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*⁶⁶»? Quelles sont les conséquences de cette dernière hypothèse sur le plan d'une approche procédurale de la norme et de la gouvernance «démocratique»? Que signifie proposer une «*procéduralisation contextuelle*» de la régulation par rapport non seulement au procéduralisme conventionnaliste des années 60-70 mais encore par rapport aux deux tentatives de dépassement de cette version conventionnaliste qui ont émergé dans la littérature scientifique au départ des années 80? Exposons successivement la portée de notre hypothèse, celle de quelques concepts qui la spécifient et, enfin, quelques conséquences sur le plan de la théorie de l'efficiencia et de la théorie de la régulation.

66. Cette hypothèse développée au centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain est le fruit d'une recherche développée depuis la fin des années 80 et qui a connu trois formulations successives (voy. sur les trois formulations progressives, J. Lenoble, La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle dans *Les carnets du Centre de Philosophie du Droit*, n°70, 1999. Sa dernière formulation a été rendue possible grâce au développement, par M. Maesschalck, d'une pragmatique contextuelle en liaison avec sa relecture de Fichte (sur ceci, voir notamment, M. Maesschalck, *Droit et Création sociale chez Fichte*, Paris-Louvain, Vrin-Peeters, 1996; et, pour une construction plus complète de cette condition épistémologique, du même auteur, principalement, *Normes et Contextes*, Hildesheim-NY, Olms, 2001, et, Réflexivité transcendantale et réflexivité opératoire. Développement d'un programme de recherche, *carnet du centre de philosophie du droit*, n° 84.

§1 La portée de l'hypothèse

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 formelles⁶⁷, 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 «exécution» a conduit à des effets qui résultent, pour partie, de la manière dont les acteurs locaux vont «incorporer» ces objectifs. Les effets de sens (la signification) des normes ainsi «appliquées» à ces contextes locaux ne se laissent définir qu'en fonction d'un «arrière-plan» en fonction duquel va se déterminer cette «incorporation». Sans doute, cet arrière-plan contextuel sera-t-il lui-même très 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 que tout choix rationnel devrait prendre en compte. Notre hypothèse est, au contraire, qu'à réduire ainsi la fonction du contexte et de l'arrière-plan, on méconnaît ce que cet exemple révèle de manière simplement symptomatique.

En fait, cet exemple atteste du mode d'opération de la raison. Et ceci n'a rien à voir avec la lecture banale et habituelle du contexte comme «cadre de résistance anticipable». C'est ici que se joue précisément le déplacement que nous proposons dans la compréhension de ce qu'est un acte de raison (un jugement, un acte rationnel ou une norme). La lecture du contexte comme «résistance» et source de nouvelles contraintes à intégrer dans un calcul d'anticipation supprime d'emblée, ou plutôt annule logiquement, on le comprend aisément, la dimension de renvoi à l'arrière-plan qu'atteste ce que révèle notre exemple. Elle l'annule puisqu'elle implique qu'à réduire l'arrière-

67. 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 (Europe centrale et de l'Est).

plan à des contraintes qu'une règle du calcul de la raison peut intégrer, l'arrière-plan peut être réintégré dans l'opération formelle de la raison. Or, 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'irréversibilité du renvoi à l'arrière-plan. Ce renvoi à l'arrière-plan constitue donc une contrainte «logique⁶⁸» qui conditionne son «opérativité» même. Sans doute, est-il vrai qu'à se situer au seul plan des «exemples empiriques» pour attester cette fonction d'arrière-plan (comme, par exemple, dans notre exemple lié aux effets non anticipables du jugement d'application d'une norme), on risque toujours de laisser croire en la possibilité d'une quelconque récupération formelle de l'arrière-plan et d'en méconnaître la lecture en termes de structure logique irréductible de l'opération de la raison en elle-même. C'est d'ailleurs pourquoi le passage par une lecture «philosophique» et par une démarche spéculative s'avère indispensable. Ce détour spéculatif est indispensable pour bien comprendre et décrire ce qui n'arrête pas de fonctionner dans le réel empirique⁶⁹. Seulement à ce niveau, se révèle en effet ce caractère irréductible du renvoi de l'opération formelle de la raison à «quelque chose qui n'est pas elle» et qui conditionne la possibilité pour la raison de produire des effets dans le réel. Cet incontournable se révèle, en effet, lorsqu'on met en évidence le rapport réversible qu'entretient tout acte de raison avec un acte de «croyance» qui le rend possible, ou encore dans cet «impossible métalangage» qui n'a pas manqué, depuis Russell, de traverser les meilleures réflexions épistémologiques.

Mais, ce qu'il importe de montrer c'est que ce «détour» spéculatif n'a pour seule fonction que de permettre de faire une correcte description de ce qui fonctionne dans toutes les situations empiriques.

68. Il s'agit évidemment d'une contrainte de logique spéculative et transcendante, et pas de logique formelle.

69. À ce titre, le passage par une démarche spéculative n'est pas un «jeu» pour philosophes en mal d'abstraction. Il est le passage obligé pour comprendre comment les phénomènes sociaux opèrent.

C'est sur ce plan d'ailleurs que se situe l'insuffisance des diverses approches procédurales apparues ces dernières années, que ce soit dans le champs des débats ouverts par la théorie du choix rationnel ou dans celui lié aux approches communicationnelles. Dans le cadre des premières, cela vise aussi bien, non seulement les approches néoinstitutionnalistes 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 ou de Putnam). 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, Cooter, chacun à leur façon, tenteront de mieux prendre en compte cette fonction d'arrière-plan. Ceci conduira Simon à mettre l'accent sur le caractère «rule-following» du comportement, Cooter à vouloir intégrer la manière dont se forment les préférences et à en déduire le rôle des normes comme condition d'efficience. Bien plus, Putnam, par sa critique du holisme sémantique et son holisme pragmatique, est certainement le philosophe qui, aujourd'hui, à la suite de Wittgenstein, a tenté de cerner au plus près les contraintes de l'arrière-plan dans la construction d'une théorie de la rationalité et de la signification. Mais, tous, d'une manière ou d'une autre n'ont pas «interprété» cette fonction de l'arrière-plan comme une fonction logique de «l'opération de la raison». La conséquence est, que d'une façon ou d'une autre, il est un moment où ils «oblitérent» ou «méconnaissent» cette dépendance de l'opération formelle de la raison à l'égard de «quelque chose qui n'est pas elle». Tous, à des degrés variables, restaurent ainsi, à un moment ou l'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. C'est pour cette raison qu'à l'égard de Putnam, on a mis en exergue que son insuffisance venait de ce qu'il ne posait pas la question de la «possibilisation» du social à «créer» du sens, fût-ce par la voie de sa célèbre «division du travail sémantique». Même son holisme pragmatique s'arrête en chemin sur le nécessaire appui de la création du sens à un incontournable renvoi à un arrière-plan. A le dire en d'autres termes, ce que Putnam ne construit pas, c'est la «réflexivité» de son holisme pragmatique. Construire le caractère social de l'esprit ou de la raison est aujourd'hui bien admis. Mais l'enjeu est de construire ce renvoi au social sur base d'une réflexivité «étendue», c'est-à-dire, sur base d'une conception du social comme

un opérateur lui-même réflexif. Ce que ne font pas les auteurs mentionnés, ni d'ailleurs Habermas.

La raison de ce manquement est que tous ces auteurs veulent «nommer» à un quelconque niveau l'arrière-plan sur lequel la raison s'appuierait réflexivement. Chez les économistes néoclassiques, ce sera «les préférences culturellement construites», chez Simon, les routines, chez d'autres encore, les «conventions». C'est évidemment le recours à ces «conventions» qui constitue la solution la plus répandue. On se rappellera que Lewis⁷⁰ avec son «common knowledge» y avait recouru. Mais la démarche est répandue. Que l'on songe aux «économistes des conventions⁷¹». Il en va de même chez Putnam où le holisme pragmatique débouche aussi sur une «convention sociale» (celle qui résulte du travail opéré par la division du travail sémantique) qui peut fonctionner comme règle pour la raison et dont il est supposé que les individus ont la capacité d'adapter en commun.

En nommant ou supposant donné, 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 fonction de «Réversibilité» qui définit cette opération. Cette réversibilité vient, rappelons-le, de ce que cette opération de la raison ne pourra produire ses effets dans le réel (produire des effets de sens) qu'en prenant appui sur quelque chose qui la possibilise. En supposant donné cette fonction d'arrière-plan, on reclôt l'opération de la raison en en donnant une description formelle comme si cette opération se suffisait à elle-même. Toute perspective théorique qui, à un moment ou à un autre, finit par «nommer» ou «supposer donné» l'arrière-plan qui «possibilise» la raison présuppose une analyse «schématique de la raison». A l'inverse, lorsqu'on s'oblige à respecter et donc à **INTEGRER dans la**

70. D. Lewis, *Convention : A Philosophical Study*, Cambridge (MA), Harvard UP, 1969.

71. Voir sur ceci, notamment la bibliographie citée supra. Les tentatives de ces auteurs, fortement inspirées d'ailleurs des travaux de Simon et Lewis, tentent de construire un «concept» de «convention» qui intègre une limite fondamentale de la raison. L'auteur qui a le mieux tenté cette démarche est P. Livet avec son concept d'indécidabilité (voir sur ceci, J. Lenoble, *Droit et Indécidabilité*, Paris, Cerf, 1994). Malheureusement, pour ne pas opérer le déplacement qu'implique une lecture de l'opération de la raison comme impliquant en elle-même l'irréductibilité interne de son renvoi à un arrière-plan, il «nomme» cet arrière-plan pour faire de l'indécidabilité une «règle» qui reclôt l'opération formelle de la raison.

description de l'opération de la raison sa nécessaire réversibilité à un extérieur qui en rend possible les effets, on adopte une analyse de l'opération de la raison en termes de «typique».

Une dernière remarque sur la nature de ce déplacement. Notre thèse revient donc à montrer l'erreur épistémologique de toute théorie qui, d'une manière ou d'une autre, suppose «donné ou identifiable» ce qui «rend possible ou capable» l'exercice de la raison. La raison en est, avons-nous dit, qu'en supposant donné ce qui rend possible l'opération de la raison, ne fût-ce que comme convention adaptable et révisable par les individus supposés, on ne prend pas en compte le caractère lui-même «réversible ou réflexif» de l'opération par laquelle on «nomme ou se donne «cette préférence»⁷², cette convention ou ce qui rend possible cette compétence d'adaptation et de révision. La critique que nous formulons et le déplacement que nous proposons en soulignant la nécessité de lire le renvoi à l'arrière-plan comme une fonction logique de l'opération elle-même de la raison, nous amène à rejeter toute position déconstructionniste de type heideggerien ou derridien. Sans doute, soulignons-nous l'effet de clôture que réintroduit la supposition comme donnée et «nommable» de l'instance qui rend possible l'opération formelle de la raison. Mais, à l'inverse, se contenter d'en déduire «l'indicible du fondement», «l'impossible fondement», conduit à la même erreur de logique spéculative que les positions par ailleurs dénoncées. C'est ce que Putnam a si bien dénoncé dans les positions déconstructionnistes ou sceptiques. Et qui ne voit qu'à s'affranchir de l'innommable, on s'affranchit en même temps du rapport logique de réversibilité à l'arrière-plan qui fonde ou rend possible, pour le dire plus rigoureusement, l'acte formel de la raison. On reste pris dans la même démarche (qu'il s'agisse donc de nommer ou de ne pas nommer) et on se rend incapable

72. La différence est importante. Pour reprendre un auteur comme Cooter ou tous ceux qui, aujourd'hui, intègrent une théorie des normes comme conditions d'une efficience, Cooter prend bien en compte le fait que les «préférences» sont conditionnées par les normes. Mais ce conditionnement par les normes est lui-même réintégré comme règle dans le raisonnement de Cooter. En «schématisant» ainsi la norme, Cooter n'intègre pas dans son propre raisonnement la réflexivité de sa propre opération rationnelle par laquelle il «se donne» les «normes». À nouveau, l'étape dernière de son raisonnement n'est pas conçue réflexivement. La seule manière, au contraire de respecter cette réflexivité fondamentale consiste à inscrire cette réflexivité, en ce y compris de toute norme «rendant possible» une «préférence», dans l'opération même de tout acte de connaissance.

de raisonner en termes d'opérations. Intégrer dans l'opération de la raison son incontournable réflexivité⁷³ permet d'éviter la double erreur de sémantisation⁷⁴ qu'implique soit la «nomination» (même comme simple convention sociale révisable), soit, à l'inverse, la qualification comme «indicible ou indéterminable⁷⁵ de ce qui «rend possible» l'effectuation de la raison.

§2 Quelques concepts de base

C'est en rapport avec cette démarche que nous parlons de «structure réversible et asymétrique», du contexte comme «forme potentialisante», de «réflexivité étendue» et de «limitation communautaire» du jugement. Ces quatre 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 notre hypothèse d'une «pragmatique contextuelle».

On perçoit, en effet, d'emblée, combien 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 acte de la raison (donc toute norme posée pour guider un acte individuel ou collectif) ne peut s'appliquer et produire une signification, et donc 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

73. On peut aussi parler ici de la «récurtivité» de l'opération de la raison au sens de ce qu'elle se définit par son renvoi à ce sur quoi elle s'appuie.

74. Et cette erreur de sémantisation caractérise aussi bien, en ce sens, le pragmatisme de Putnam, Habermas ou, encore de Derrida. Cette sémantisation au fait que leur pragmatisme reste pensé dans le cadre d'une théorie schématique, et non typique, du jugement.

75. C'est pourquoi, on peut dire, en termes husserliens, que notre propre hypothèse consiste à faire acte du nécessaire renvoi de toute «détermination» à une «sphère de déterminabilité» (voir sur ceci les travaux de M. Maesschalck déjà cités).

renvoi à un arrière-plan. Mais, comme on l'a déjà dit, cet arrière-plan doit lui-même être construit «réflexivement» à peine de «renommer» et de construire, comme un «donné», ce «contexte»⁷⁶. 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 qui est la même chose, de toute opération d'interprétation». En effet, ces cohérences n'ont aucune «signification établie, déterminée et, donc, anticipable formellement». D'une part, elles ne se définiront que dans le cadre de cette opération de «redéfinition des formes de vies existantes» en fonction des objectifs définis abstraitement par la norme. Il y a donc, dans cet échange, une double opération inversée. D'autre part, l'opération de «ce» qui doit être transformé est elle-même une opération réversible et asymétrique : les «cohérences» existantes ne sont elles-mêmes que le résultat de ce que les acteurs de ce contexte ont historiquement et conflictuellement défini comme forme de vie «acceptable». La mise en évidence de cette structure ne répond pas seulement au souci logique d'une description complète. Elle est d'une grande conséquence pratique pour une bonne approche des conditions de «rationalité des dispositifs institutionnels conditionnant l'«efficience» d'une régulation «légitimement acceptable».

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.

76. En le posant comme un donné, on fait, en effet, comme on l'a vu, l'économie de la réflexivité de l'acte cognitif par lequel on le construit comme donné. On a vu, aussi, 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 ce 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.

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 révisable par les capacités cognitives et communicationnelles des sujets⁷⁷). Il n'y a pas une forme de vie «identifiable» au sein d'une communauté locale. On ne revient pas ici sur ce que l'on vient de dire en rapport avec l'idée de «réversibilité asymétrique».

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, par évidence, les perspectives procédurales des éthiques de la discussion reposent sur une approche réflexive de la rationalité. C'est bien, 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 60 et 70 aux USA pour améliorer l'État social au nom d'un «procéduralisme conventionnaliste» inspiré de l'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.

Enfin, le concept de «limitation communautaire» qui renvoie dos à dos à l'individualisme méthodologique, si prisé des économistes, ou le holisme méthodologique tel que traditionnellement interprété chez Durkheim ou ses émules. Sans doute, la rationalité individuelle n'est-elle pas toute entière déterminée par des «lois» qui régleraient le fonctionnement du groupe à l'instar des lois de la nature. A l'inverse, une compréhension correcte de la réflexivité de la raison, c'est-à-dire de la «réversibilité asymétrique» qui définit son mode d'opérativité, fait apercevoir la dépendance de tout acte de raison d'un contexte

77. Répétons-le encore. Ce n'est pas que nous n'envisageons pas la capacité d'adaptation ou de révision des «conventions» sociales. C'est que cette opération d'adaptation ou de révision doit intégrer, dans son opération, la réflexivité de la construction de ces conventions supposées données. A peine de quoi, on restaure, au plan des conventions, le formalisme, le sémantisme et l'idéalisme dont on tentait de s'affranchir.

conçu réflexivement comme une forme de vie potentialisante. Le contexte ainsi conçu est un opérateur de «modalité» c'est-à-dire qu'il définit les effets «possibles» de toute norme (de tout acte de connaissance). A nouveau, Simon et les théoriciens de l'apprentissage ont tenté de formuler ce concept de limite. Putnam a permis, par son holisme pragmatique, d'en intuitionner la nécessaire reformulation en termes pragmatiques. Habermas, aussi, par son kantisme et sa réinterprétation pragmatique, s'est appuyé sur l'intuition que le concept de limite devait s'appuyer sur une intersubjectivité qui devait renvoyer au social. Ce que notre hypothèse permet cependant, en se centrant sur une approche de l'opération de la raison comme telle en vue d'y intégrer son nécessaire renvoi à un extérieur à elle qui en rend possible l'effectuation c'est de construire un concept de «communauté transcendante» qui seul rend «possible» une opération réflexive du contexte, donc de la «limitation sociale ou culturelle de la rationalité.

§3 Quelques conséquences : retour sur la théorie de la gouvernance et les dispositifs réglementaires

Comme nous voulons, ici en rester à l'essentiel, contentons-nous de formuler deux observations finales de ce chapitre qui concernent respectivement l'idée de «typique» et de «sélection des possibles» d'une part et la construction des dispositifs institutionnels de gouvernance, d'autre part.

1. La première observation tient à la critique des théories de la norme mobilisées explicitement ou implicitement par les trois précédentes approches formalistes de la procéduralisation. Elles restent «formalistes» car elles prennent appui sur une approche qui reste «schématique» et, donc, formaliste de la rationalité, malgré l'effort de certaines d'entre elles de s'en affranchir de la norme. Cela les amène à proposer une «procéduralisation formaliste» de la régulation au sens où la régulation sociale et le choix des «possibles sociaux» se laisserait réduire à l'application de mécanismes formels ou de contraintes objectives susceptibles d'incarner les contraintes collectives d'une coordination jugée légitime. Au mieux, l'approche de la gouvernance et du choix des normes est conditionnée par une construction coopérative en commun des conventions sociales. Mais, pour ne pas construire la réflexivité de cette opération de construction, elle est elle-même pensée sur le mode purement formel d'une mise en «application» des compétences communicationnelles des acteurs individuels.

L'idée de schème renvoie, précisément, à cette mise en «forme de règle» des conditions de possibilité de l'opérativité de la raison qui sont supposées données (conventions existantes ou capacités de sujets à les adapter ou les réviser). C'est pour «faire acte» de la réflexivité de l'acte par lequel on construit cette «possibilisation». Qu'on veuille bien excuser la construction de ce terme. Mais, il indique ce qui fait le cœur de notre hypothèse et qu'un philosophe, Fichte, avait remarquablement construit dans sa critique de Kant : ce qui rend possible l'opération de la raison n'est pas formalisable par la raison. Au contraire, son effectuation (c'est-à-dire son application ou son interprétation, soit la création de ce qu'elle vise comme un possible effectué) n'est possible que moyennant deux conditions qui sont corrélatives : une opération réflexive et une construction spécifique qui n'est pas accomplie par le seul jeu de l'opération formelle de la raison. C'est pour avoir méconnu cette spécificité et «autonomie relative» de l'opération d'application que, par exemple, les interventions d'humanité au Kosovo ou les politiques de libéralisation des démocraties d'Europe centrale ou de l'est s'avèrent partiellement inefficaces ou conduisent à des résultats non anticipables.

C'est par opposé à cette «formalisation des conditions de «possibilisation» que nous utilisons, au contraire, le terme de **«typique du jugement»**. Il indique, précisément, que les effets d'une norme (d'une décision rationnelle) sont le résultat d'une démarche qui n'est pas «anticipable» par la raison puisqu'elle est l'effet d'une condition qui n'est pas formalisable, c'est-à-dire qui n'est pas intégrable par l'opération formelle de la raison⁷⁸. Si les effets ne sont pas anticipables, il en découle deux conséquences. Tout d'abord, ces effets sont donc le fruit d'une opération de sélection dont il faut rendre compte pour elle-même. Ensuite, ces effets sont précisément d'une opération liée au contexte, si l'on entend par ceci : le choix incontournable parmi les diverses formes de vie possibles d'un «type» de forme de vie.

Chaque norme ouvre divers possibles. Le choix entre ces possibles n'est pas défini par la norme elle-même mais est commandé par la reconstruction

78. Que cette formalisation soit pensée sur le mode d'un calcul déductif ou d'une opération herméneutique, comme chez nombre de philosophes ou juristes – ainsi chez Dworkin – importe peu ici. La perspective reste toujours schématisante et donc formalisable même si l'on est dans l'ordre du «raisonnable».

réversible des représentations qui définissent les équilibres collectifs propres à la forme de vie acceptée au sein de cette collectivité. Il s'ensuit que toute réalisation d'un objectif normatif n'implique pas seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application. Tant que l'on croit que le choix des «interprétations» de la norme (le choix du possible effectif) est commandé par des contraintes proprement herméneutiques liées aux contraintes du discours (ainsi l'exigence de cohérence ou d'«integrity» posée par Dworkin), on manque le processus qui contraint le choix des possibles effectifs et qui concerne les représentations culturelles et donc la forme culturelle des rapports sociaux en fonction de laquelle les conséquences sociales de la norme seront définies. Sans doute, y a-t-il un pluralisme conflictuel des formes de vie. Les cultures existantes au sein de nos sociétés sont nécessairement en conflit suivant la représentation possible des exigences d'organisation possible de la vie collective et la nature des rapports sociaux. La norme par elle-même ne commande pas laquelle de ces représentations culturelles en conflit au sein de la communauté sera sélectionnée au moment de l'application effective de la norme. Parallèlement, postuler la relativité de ces formes de vie en conflit potentiel, c'est manquer la capacité pragmatique postulée par la vie en commun qui n'est jamais qu'une coexistence régulée des différences. L'important est cependant de voir que toute application d'une norme présuppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée.

En ce sens, le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un «en-deça» de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas, comme le croit l'individualisme méthodologique des économistes, à des «préférences individuelles, mais au contraire à ce moment collectif d'une perception de notre «destinée commune»⁷⁹, à la perception d'une «forme de vie». Cette perception

79. Voir pour une construction plus complète de cette condition épistémologique, M. Maesschalck, *Normes et Contextes*, Hildesheim-NY, Olms, 2001.

d'une communauté de destin renvoie elle-même à un moment d'apprentissage et d'ajustement mutuel en fonction des «usages» en lesquels s'incarne cette perception d'une finalité éthique de la vie. Bien sûr, cette perception n'est jamais donnée et unique. Elle est elle-même, dans sa structure réflexive, l'effet d'une auto-transformation où se joue toujours notre devenir collectif et dont il importe précisément de mettre en scène, sur le plan institutionnel, les conditions de sa réflexivité. Sans une construction négociée de ce moment de réflexivité propre aux conditions d'application de la norme, irréductible donc aux conditions d'applicabilité de la norme», aucune maîtrise ne sera faite du processus d'effectuation de la norme qui sera, dès lors, laissé au seul jeu des rapports de force et de la simple reproduction des cultures dominantes.

Cela montre que ce qui nous est souvent présenté comme le seul choix «efficient» est toujours conditionné par une opération dont une telle présentation de l'efficiency ne rend pas compte. Bien plus, cette critique que cette typique du jugement permet de faire rejaillit aussi bien sur les théories économiques de l'efficiency que sur les approches morales de la légitimité. En effet, cela nous permet, sans doute, de voir que les théories économiques oblitèrent l'opération de choix des possibles (en termes de choix de forme de vie et pas d'opération de maximisation ou de «satisficing») qui toujours déjà conditionne les effets d'une décision rationnelle. Mais, à l'inverse, pour la même raison d'oblitération de l'opération réversible qui conditionne les effets (l'application) d'une décision rationnelle ou d'une norme, les approches, en termes de légitimation, manquent la question de l'efficiency qui les conditionne. En ce sens, on peut renvoyer dos à dos les théories économiques de l'efficiency et les approches déontologiques de l'éthique de la discussion⁸⁰.

80. 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 sur ceci, 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 Harvard L. Rev. 1718; M. Nussbaum, «Still Worthy of Praise» (1998) 111 Harvard L. Rev. 1776. En ce sens encore,

2. La seconde observation est corrélative de la première. Les observations qui précèdent aident à comprendre pourquoi logiquement, à la fois l'efficience (au sens maintenant donc de respect des conditions d'exécution d'une opération formelle de la raison) et la légitimité dépendent d'un dispositif institutionnel de coopération. Ce dispositif résulte, en effet, de l'incontournable prise en compte de la limitation contextuelle comme «opérateur réflexif de modalité» (c'est-à-dire comme ce qui conditionne, par une opération réversible et asymétrique, la production possible des effets de la norme ou de la décision). 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'efficience 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 réfléchit ces dispositifs institutionnels. Ceux-ci sont alors réfléchis sur le modèle d'un agrégat des compétences communicationnelles des acteurs individuels. La non 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 amène à ne pas percevoir non seulement la nécessaire articulation des acteurs à des acteurs collectifs mais aussi la réflexivité de l'opération de construction tant des acteurs eux-mêmes 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 vivre ensemble comme condition d'une gouvernance efficiente et légitime restent prisonniers d'un formalisme de construction de ces dispositifs. Pour ne 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 et ne réfléchissent pas les conditions de «capacitation» à défaut

ce dont on a besoin aujourd'hui, ce n'est pas une nouvelle «éthique» mais une élucidation épistémologique du jugement normatif (ou ce qui revient au même de toute décision rationnelle).

desquelles ne peuvent émerger les «capacités» que supposent la négociation des normes par les «parties» jugées concernées.

Comme nous l'avons déjà vu, notre hypothèse d'une pragmatique contextuelle 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 70 et le début des années 80 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 de l'«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 de la démocratie et de ses contraintes réglementaires particulièrement idéaliste et insuffisante des exigences d'effectuation de ses objectifs éthiques. Cette insuffisance, comme on le verra ci-dessous, s'exprime de la façon la plus éclatante 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. En ce sens, l'activisme judiciaire des années 60 et 70 constitue un indépassable.

Il reste 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. Sauf à tomber dans le subjectivisme pratiquement et théoriquement inadmissible, notre hypothèse aide au contraire 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 contrôler le processus réflexif. 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 H.Simon. Ces diverses perspectives, en effet, pour ne pas construire une théorie suffisamment complète de la réflexivité du jugement, ne posent pas les questions des conditions d'une négociation. 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.