

Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit



Titre: *Les Exigences du Tournant Pragmatiste et la Redéfinition du Concept de Droit*

Auteur: Jacques Lenoble

N° 126

Année : 2006

© CPDR, Louvain-la-Neuve, 2006

This paper may be cited as: Jacques Lenoble, "*Les Exigences du Tournant Pragmatiste et la Redéfinition du Concept de Droit*", in *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, n° 126, 2006

**Les exigences du tournant pragmatiste et
la redéfinition du concept de droit.**

Jacques LENOBLE
(CPDR/UCL)

© Jacques Lenoble, Louvain-la-Neuve, 2006.

Collège Thomas More, place Montesquieu, 2 B-1348 Louvain-la-Neuve
Téléphone (32 10) 47 46 52 Fax (32 10) 47 24 03
E-mail : brand@cpdr.ucl.ac.be

Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit*

Introduction

La recherche philosophique, soulignait justement J.Coleman très récemment¹, est un exercice qui se développe à la manière austère et modeste d'une variation sur un thème connu plutôt que sur le mode chimérique, souvent trop prisé aujourd'hui, de la construction d'un nouveau système pour lui-même. Cela n'empêche pas les avancées ou les déplacements. Comme l'atteste la métaphore musicale, la qualité des variations s'exprime lorsque, au départ d'un thème connu, elles ouvrent sur des interprétations stimulantes et même parfois déstabilisantes², révélant ainsi un visage nouveau de ce qui semblait déjà trop connu.

Bien entendu, cette observation vaut aussi pour la réflexion philosophique sur le droit. Peut-être y acquiert-elle même une portée plus grande qu'ailleurs. Un bref regard sur son histoire durant le dernier siècle n'atteste-il pas que les "variations" habituellement jugées comme particulièrement "inspirées" ont été l'œuvre d'auteurs spécialement conscients de la nécessité de se laisser enseigner, non seulement par le passé de leur discipline, mais aussi par un autre débat d'arrière-plan: le débat métathéorique de la réflexion épistémologique³?

De nombreux indices semblent indiquer qu'un moment propice à l'émergence d'une telle nouvelle variation est peut-être en train de se dessiner. Elle serait principalement liée au débat engendré par la reprise des questions traditionnelles de théorie du droit à la lumière du récent renouveau pragmatiste⁴ en épistémologie⁵. Il a trouvé une de ses expressions les plus

* Le présent texte est une version profondément modifiée et augmentée d'un texte présenté au colloque de l'Association italienne de philosophie du droit organisé en septembre 2004 à l'Université de Catania (à paraître sous le titre "Teoria della norma e teoria della governance nella filosofia del diritto: al di là dell'attuale dibattito tra ermeneutica e pragmatismo" dans *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica in Italia*, n°2, Dicembre 2006). Je tiens à adresser mes remerciements à A. Andronico, Ph. Coppens et M. Maesschalck pour leurs précieux commentaires.

¹ "Real philosophers not only learn the history of their discipline; they internalize it. They are not embarrassed by the fact that there is an important sense in which nothing is new in philosophy. They are not embarrassed working and reworking familiar themes. What distinguishes good philosophers from others is not that they invent new paradigms" (J. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, 2001, Oxford, Oxford U.P., pp. IX-X).

² "Great blues players first make it clear to us that they are playing a blues... then they go off, play around and through the familiar, connect dots in unusual, sometimes awe-inspiring ways, then bring us back to the familiar again, thus deepening our understanding and showing us the extraordinary possibilities inherent in what we already know" (*Ibid.*, p.X).

³ Pour se limiter, en effet, à deux des avancées les plus marquantes du positivisme juridique au siècle dernier, faut-il rappeler l'importance du lien noué par Kelsen avec le positivisme logique et le renouveau néo-kantien de la fin du 19^{ième} siècle et, trente ans plus tard, par Hart avec la philosophie du langage ordinaire ?

⁴ Le terme de pragmatiste est souvent l'objet d'un usage peu rigoureux dans la littérature juridique, principalement américaine. Il est souvent utilisé pour qualifier une analyse du droit "sceptique" ou "instrumentale" comme chez Dworkin ou comme chez plusieurs auteurs contemporains qui se réfèrent, de façon d'ailleurs souvent rapide et exagériquement problématique, au pragmatisme de Rorty. Tel n'est pas le sens donné ici au terme "pragmatiste". Comme le dit, en effet, J. Coleman, un des principaux initiateurs de ce projet d'approche pragmatiste en théorie du droit, "legal academics typically draw, for their understanding of philosophical pragmatism, upon the work of Richard Rorty, John Dewey, and William James (and the latter two are themselves often seen through Rorty's interpretation of them). These are not my roots or my sources. The sources I draw from include, most prominently, Wilfrid Sellars (especially his view of semantic content as inferential role), W.V.O. Quine, Donald Davidson, and Hilary Putnam" (*Ibid.*, p.6 n.6). Selon la perspective "holistique" (internaliste ou, pour utiliser une expression plus directement liée à Putnam, pragmatiste) ouverte par ces derniers auteurs, la signification d'un concept est analysée "in terms of the inferential role it plays in the variety of practices in which it figures"; et, dans le

Collège Thomas More, place Montesquieu, 2 B-1348 Louvain-la-Neuve

Téléphone (32 10) 47 46 52 Fax (32 10) 47 24 03

E-mail : brand@cpdr.ucl.ac.be

représentatives et les plus développées dans le projet de "pragmatic conceptualism"⁶ de J.Coleman et sa suggestion, pourrait-on dire, d'un "tournant pragmatiste" en philosophie du droit. Pour cette raison, nous la prendrons comme point de départ de nos propres réflexions. Sans doute, cette suggestion d'un "tournant pragmatiste" n'est-elle pas sans antécédent. Le tournant "interprétativiste" ou herméneutique qui a orienté de nombreuses recherches récentes en philosophie du droit traduit déjà une volonté de respecter une forme d'internalisme épistémologique qui anticipe sur ce projet d'une approche pragmatiste du droit. De même, en dehors des recherches de philosophie du droit, la tendance "anti-fondationaliste" qui a caractérisé une partie significative de *l'American legal scholarship* depuis les années soixante anticipe aussi, quoique souvent de façon encore plus implicite et moins construite, ce projet. Celui-ci présente cependant une spécificité qui en atteste la fécondité potentielle.

Cette spécificité tient tout d'abord à la clarification salutaire que ce projet, et plus largement le mouvement dont il est une expression privilégiée, introduisent dans le débat actuel de théorie du droit. Grâce à un patient travail de relecture des résultats actuels de la recherche positiviste sur le droit (ou de certains éléments qui leur servent d'arrière-plan et aident à en mesurer la portée actuelle⁷), une réinterprétation de la signification théorique des thèses en présence a été opérée qui permet d'évaluer l'exact enjeu de plusieurs débats actuels. Elle permet notamment, comme nous le verrons, de comprendre pourquoi le "tournant interprétativiste ou herméneutique en philosophie du droit" et, plus généralement, la place centrale donnée à la question du juge dans l'actuelle réflexion sur le droit n'ont pas cet effet de dénonciation critique du positivisme juridique que leurs promoteurs leur attribuent encore trop souvent aujourd'hui.

Mais, cette première spécificité ne fait qu'en refléter une seconde, plus profonde. Certes, la seule écoute attentive des enseignements du passé aide déjà à relativiser fortement la portée réelle des avancées promises par plusieurs réflexions actuelles sur le droit. Elle ne suffit cependant pas. Le gain du "tournant pragmatiste" tient principalement à ce qu'il procède à une reformulation de ces enseignements (et des questions qui les traversent) à la lumière d'une réflexion métathéorique, c'est-à-dire épistémologique. Comme le laisse d'ailleurs entendre l'expression, le projet *pragmatiste*, en mobilisant l'éclairage théorique des récents débats épistémologiques de philosophie analytique, amène la *théorie du droit* à renouer⁸ un lien

même temps, ces "inferential roles our concept play reveal the holistic web of relations in which they stand to one another, and it is this web that determines a concept's content" (*Ibid.*, p.7; pour plus de développements sur ceci, cf. infra §2.1.2.).

⁵ Peut-être ce mouvement a-t-il trouvé une de ses premières expressions dans le débat que B.Leiter et J.Coleman ont initié avec H.Putnam et qui a été publié dans le numéro inaugural de *Legal Theory* (1 *Legal Theory* (1995), pp. 5-80; voy. aussi infra §2.1.2.2.2. pour une analyse des positions de Putnam lors de ce débat). Même si le lien explicite avec les débats épistémologiques ou avec une approche pragmatiste ne s'atteste pas toujours et malgré des différences certaines tant méthodologiques que dans le contenu des hypothèses, on pourrait rattacher à ce mouvement, à raison, notamment, des débats qu'ils ont plus spécifiquement noués entre eux et, parfois, des références théoriques communes qu'ils partagent, outre les travaux de J.Coleman et de B.Leiter, ceux d'auteurs comme St.Perry, S.Shapiro ou B.Zipursky (voy. infra pour les références de certains de leurs travaux).

⁶ Nous reprenons ici l'excellente dénomination suggérée par B.Zipursky ("Pragmatic Conceptualism", 6 *Legal Theory* (2000) pp.457-485 qui semble d'ailleurs explicitement endossée par Coleman (*The Practice of Principle, op.cit.*, p.10 n.12); rappelons que cette approche méthodologique n'est pas pour autant partagée par les différents auteurs qui, à des degrés divers, nous paraissent participer au mouvement ici identifié; voy. ainsi, par exemple, sur les différences entre cette forme de conceptualisme suggérée par Coleman et Zipursky et celle suggérée par Leiter, J.Lenoble & M.Maesschalck, *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, London, Kluwer Law International, 2003, pp.296 ss..

⁷ Outre, en effet, les travaux de Coleman, Leiter ou Shapiro sur la théorie de Hart, il faut aussi souligner l'importance des travaux, par exemple, de Leiter sur le réalisme juridique (qui ont permis d'en réinterpréter la portée épistémologique; voy. ainsi notamment B.Leiter, *Legal Indeterminacy*, *Legal Theory*, 1 (1995), 481ss; *Legal realism and Legal Positivism Reconsidered*, *Ethics*, 111 (January 2001), 278ss.) et de St.Perry sur Holmes (cf. infra n.97).

⁸ Nous utilisons volontairement l'expression "re-nouer" car une relecture tout aussi attentive des débats de philosophie du droit et de philosophie politique au sein de l'idéalisme allemand (notamment ceux entre Kant et Fichte) permettrait de

Collège Thomas More, place Montesquieu, 2 B-1348 Louvain-la-Neuve

Téléphone (32 10) 47 46 52 Fax (32 10) 47 24 03

E-mail : brand@cpdr.ucl.ac.be

essentiel avec une *théorie du jugement*. Elucider le phénomène juridique revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée. Cette compréhension présuppose donc nécessairement elle-même une certaine compréhension du processus par lequel se produit un effet de sens dans la réalité (sociale). Tel est bien l'enjeu d'une théorie du jugement: celle-ci vise à réfléchir les conditions de possibilité de l'opération (c'est-à-dire de l'action, de la pratique) par laquelle un jugement produit des effets de sens⁹. En reconstruisant les conditions du processus d'effectuation (c'est-à-dire d'application) du jugement, la réflexion épistémologique fournit donc un accès nécessaire et privilégié pour mettre en évidence les conditions de possibilité de la pratique par laquelle un groupe social produit et "reconnaît" une autorité normative, c'est-à-dire les conditions de possibilité d'une gouvernance par le droit. Le tournant pragmatiste suggéré notamment par Coleman en philosophie du droit amène à rendre explicite le débat relatif à ces présupposés et à l'analyser à la lumière des critiques du mentalisme (liées notamment aux travaux de Quine et de Putnam) qui incarnent l'état des principales orientations de la réflexion épistémologique actuelle¹⁰.

C'est le renvoi *explicite* à cette exigence épistémologique qui explique la fécondité du tournant pragmatiste suggéré par Coleman. Sans doute, comme on l'a déjà signalé, de nombreux auteurs avaient-ils depuis longtemps revisité les questions habituelles de la réflexion du droit au départ des instruments de la philosophie du langage, en ce y compris ceux liés aux approches holistiques ouvertes par Quine ou par Wittgenstein¹¹. Le point de vue internaliste que Dworkin tente de développer au départ de sa perspective herméneutique en est un exemple révélateur. Mais, comme on le verra ci-dessous à propos précisément de Dworkin, le gain du tournant pragmatiste tel que suggéré par Coleman provient des effets attachés à une convocation *explicite* des arguments épistémologiques. Non seulement, cette convocation explicite permet de reformuler la question de base de la théorie du droit comme étant celle des conditions d'émergence d'une pratique sociale (fût-elle interprétative) d'adhésion à une signification normative partagée. Mais, bien plus, elle permet aussi de mettre en évidence une double insuffisance des théories actuelles du droit. Insuffisance des théories herméneutiques¹² qui, bien que voulant dénoncer souvent l'inconséquence des théories positivistes au regard des exigences d'une approche holistique de la signification, restent elles-mêmes en défaut d'en expliciter et d'en respecter les exigences. Insuffisance parallèle des représentations actuelles du positivisme juridique¹³ qui, malgré leur juste intuition d'une nécessaire approche conventionnaliste du droit, restent en défaut d'en reconstruire adéquatement toutes les conditions d'émergence.

C'est ici qu'apparaît l'enjeu de notre propre réflexion. En effet, tout en soulignant les acquis importants de la démarche ainsi ouverte par ce tournant pragmatiste en théorie du droit, nous voudrions cependant la prolonger au nom même de l'exigence épistémologique que ce

montrer, à l'encontre des interprétations réductrices qui en ont habituellement été données, une volonté analogue d'ancrer l'analyse des conditions de possibilité d'une gouvernance par le droit dans une analyse des conditions de possibilité de l'opération du jugement.

⁹ Comme on le perçoit, la réflexion épistémologique prend donc ici le sens de théorie du jugement et non pas celui, plus méthodologique et plus réducteur, de "réflexion sur la méthode à observer pour produire une connaissance scientifique" qu'une certaine philosophie des sciences lui a souvent donné.

¹⁰ Voy. sur la définition donnée par Coleman de ces orientations, ci-dessous n.70

¹¹ Voy. pour des références exemplatives de ces travaux, notamment infra n.26.

¹² Et, pourrait-on ajouter, insuffisance de même nature, au-delà des débats stricts de philosophie du droit, des approches anti-fondationalistes de l'*American legal scholarship*.

¹³ Relevons incidamment qu'en reformulant en termes épistémologiques la portée réelle des versions récentes du positivisme juridique, les auteurs attachés à ce projet de tournant pragmatiste définissent aussi la nature exacte des arguments que doivent nécessairement rencontrer tous ceux qui, à juste titre selon nous, veulent dénoncer l'insuffisance des théories positivistes du droit, en tout cas dans leur état actuel.

tournant s'efforce d'incarner. En prenant appui sur la version particulièrement développée que J. Coleman nous donne aujourd'hui de ce "tournant pragmatiste", nous tenterons de lui appliquer ce mouvement qu'H. Putnam, en une formule imagée utilisée pour expliquer son analyse des limites des théories cognitivistes, décrit comme le mouvement "que l'on attribue aux lutteurs de jiu-jitsu qui consiste à retourner la force d'un adversaire contre lui-même"¹⁴. En d'autres termes, nous voudrions montrer en quoi le projet épistémologique explicite de Coleman porte en lui des exigences qui obligerait à approfondir, voire même à modifier, la reformulation pragmatiste qu'il propose des thèses actuelles du positivisme juridique. Ces modifications concernent la manière dont il faut comprendre les conditions de possibilité de la pratique sociale conventionnelle par laquelle un groupe produit et reconnaît de l'autorité normative. Nous montrerons en quoi une approche non mentaliste de l'opération du jugement oblige à étendre l'exigence de ce que Hart appelle le "point de vue interne" propre à cette pratique de reconnaissance au-delà des seules autorités publiques en charge de l'application des règles (c'est-à-dire principalement les juges). Notre hypothèse est qu'une compréhension exacte des exigences du holisme épistémologique revendiqué par le tournant pragmatiste oblige à remettre en cause ce présupposé commun aux approches positivistes et herméneutiques qui consiste à concevoir l'opération de production d'une autorité normative principalement à travers l'opération de production du droit par les juges. Nous préciserons ci-dessous le contenu exact de ces modifications et leurs conséquences techniques concernant, notamment, la question de la nature normative ou simplement descriptive de la théorie du droit ou celle, corrélative, de la dimension morale du concept de droit. Mais, pour souligner d'emblée l'enjeu pratique du déplacement opéré par ces modifications, une dernière remarque introductive peut s'avérer éclairante.

En effet, si, comme on l'a vu, ces modifications nous paraissent résulter du lien explicite que le tournant pragmatiste oblige à *renouer* entre théorie du droit et théorie du jugement, elles permettent elles-mêmes, en retour, de *renouer* un second lien: celui entre théorie du droit et ce qu'on a coutume d'appeler aujourd'hui au sein des sciences sociales, la théorie de la gouvernance¹⁵. Ce second lien, est d'ailleurs lui aussi explicitement introduit, quoique de

¹⁴ H. Putnam, *Représentation et Réalité*, Paris, Gallimard, trad. fr. par Cl. Engel-Tiercelin, 1990, p.15.

¹⁵ Ce débat est lié à la recherche de dispositifs de régulation de l'action collective plus aptes à "maximiser" la satisfaction des contraintes de l'intérêt public (Voy. pour une reconstruction de ce débat et son analyse philosophique, J. Lenoble & M. Maesschalck, *op. cit.*). Le renouveau de cette recherche dans les années soixante, essentiellement aux USA, s'est notamment traduit par l'usage fait de la notion de "gouvernance" pour qualifier ce qu'on appelait traditionnellement "régulation" (en économie ou en science politique) ou "gouvernement" (en droit ou en philosophie politique). Comme l'indique R. Mayntz, "governance is the type of regulation typical of the cooperative state, where state and non-state actors participate in mixed public/private policy networks" (R. Mayntz, "Common Goods and Governance", in *Common Goods. Reinventing European and International Governance*, (ed. by A. Heritier), 2002, Lanham-New York-Oxford, Rowman & Littlefield Pub., p.21). Cette orientation nouvelle dans l'approche des questions de "régulation" a reposé sur le constat de l'insuffisance tant des formes traditionnelles de contrôle hiérarchique (command-and-control regulation) que de la forme d'auto-régulation fondée sur le seul recours au mécanisme du marché (coordination de l'action collective par le seul agrégat concurrentiel des préférences individuelles). Elle a surtout été développée par les sciences économiques¹⁵ (quoiqu'aussi en relation étroite avec la recherche de psychologie sociale sur la *bounded rationality*). Elle n'est cependant pas restée sans écho dans la réflexion sur le droit. En effet, la réflexion sur une nécessaire transformation des dispositifs de gouvernance de nos démocraties sociales s'est développée dès les années cinquante aux USA en rapport avec l'insuffisance des dispositifs institutionnels mis en place par le New Deal à assurer une réalisation effective des droits fondamentaux. Pour répondre à cette insuffisance, il a d'abord été proposé de recourir aux juges pour assurer un meilleur respect effectif des droits fondamentaux. Le juge va se mettre en position de thérapeute du processus régulateur pour créer les conditions nécessaires à la réalisation effective du respect dû à ces droits. Pour disposer des moyens nécessaires à ce nouvel activisme judiciaire (inauguré par le célèbre arrêt *Brown vs Board of Education* de la Cour Suprême en 1954), les juges se sont dotés de modes d'intervention qui ont conduit à une transformation significative de l'exercice tant de la fonction de juger (la création du "*public law litigation*", voy. sur ceci notamment A. Chayes, 'The role of the judge in public law litigation' 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976); O.Fiss, 'The Forms of Justice', 93 *Harv. L. Rev.* 1 (1979); R. Marcus, 'Public Law Litigation and Legal Scholarship', 21 *Journal of Law Reform* 647 (1988)) que de la fonction d'administrer. 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

façon nous semble-t-il insuffisante, par le tournant pragmatiste. Non pas tellement parce que Coleman ou Zipursky ont construit leur réflexion au départ d'une confrontation avec les approches de Law and Economics. Ni non plus parce que Shapiro ou Coleman font des emprunts explicites aux théories de l'action dont on connaît l'importance pour les réflexions actuelles de sciences sociales. Mais surtout parce que, au cœur même de la reformulation pragmatiste de la règle de reconnaissance de Hart, émerge l'idée qu'une compréhension adéquate des conditions de possibilité de cette forme d'action coopérative par laquelle se produit le droit conduit à y inclure la nécessité de dispositifs institutionnels spécifiques. L'ouverture de l'analyse du concept de droit vers les réflexions néo-institutionnalistes qui sont au cœur des débats actuels de sciences sociales n'est cependant qu'esquissée. Elle n'aboutit d'ailleurs pas à mettre en cause le postulat habituel des approches actuelles de philosophie du droit qui consiste à "immuniser" l'analyse du concept de droit par rapport à celles qui font l'objet de la théorie de la gouvernance (ou de la philosophie politique). Or, notre hypothèse est, au contraire, qu'une telle immunisation doit être critiquée pour des raisons épistémologiques. En nous incitant à mieux construire les exigences épistémologiques de l'analyse de la pratique sociale par laquelle un groupe social produit de l'autorité normative, le tournant pragmatiste ouvre, en définitive, la voie à son propre approfondissement et à une compréhension renouvelée des conditions de possibilité de la gouvernance par le droit. Ce faisant, il aboutit, comme nous le montrerons, à justifier l'ouverture de l'analyse du concept de droit aux débats actuels des sciences sociales, c'est-à-dire à la question normative de la souhaitable réorganisation de nos modes de production des normes.

Notre argumentation se fera en deux étapes. Dans une première étape, nous montrerons en quoi le tournant pragmatiste, dans la version synthétique qu'en a donné J.Coleman, nous paraît bien cerner à la fois l'insuffisance des critiques interprétativistes du positivisme et celle des présupposés de théorie de l'action collective qui pervertissent les formulations habituelles de la règle de reconnaissance chez Hart (§1). Dans une seconde étape, nous montrerons comment cette reformulation pragmatiste de la définition conventionnaliste du droit demande à être approfondie au profit d'une approche "génétique" de la pratique par laquelle un groupe social produit de l'autorité normative¹⁶. Nous montrerons aussi quelles sont les conséquences de cet

l'élaboration des compromis réglementaires. Cela conduira le juge à subordonner la légalité des interventions administratives au respect de toutes les conditions procédurales garantissant cette participation (voy. notamment R.Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. Rev.* 1667 (1975)). Cette première réponse au besoin ressenti d'améliorer et transformer nos dispositifs de coordination de l'action collective a donc concerné le juriste puisqu'il mettait en cause l'exercice de la fonction de juger. Ceci explique qu'elle se traduira, au sein de la théorie américaine du droit, par une intense réflexion critique sur la *Legal Process Theory* et la synthèse que celle-ci avait cru pouvoir proposer pour rencontrer les insuffisances tant du formalisme de Langdell que du réalisme des années trente dans leur manière de comprendre l'opération du juge (H.M.Hart & A.M.Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, (W.N.Eskridge & Ph.Frickey eds), Foundation Press, Westbury, 1994; et aussi notamment sur certaines formes d'une nouvelle tentative de synthèse critique, E.Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 *Harv. L. Rev.* (1996), 1393-1438). Parallèlement, dans une perspective plus sociologique, voire économique ou politologique, vont aussi se développer de nombreuses réflexions visant à interpréter les transformations du droit induites non seulement par cette première réponse à la crise de nos démocraties sociales, mais aussi par les réponses subséquentes que les critiques de cette première réforme vont inspirer aux chercheurs de sciences sociales. Dans ce dernier cas, les réflexions juridiques traduiront un lien plus étroit avec les débats contemporains de sciences sociales sur la théorie de la gouvernance. En effet, nombre d'entre elles tenteront d'importer, au sein de la réflexion juridique, des modèles théoriques développés par les sciences sociales – qu'il s'agisse des réflexions des économistes néo-institutionnalistes dans la ligne de Coase, de celles des théories sociologiques de l'auto-régulation, de la théorie communicationnelle de Habermas ou des approches "expérimentalistes de la démocratie délibérative" telles qu'aujourd'hui réfléchies par J.Cohen, M. Dorf et Ch.Sabel (voy. sur ceci, infra §2.2 et plus spécialement n.100, 102 et 106).

¹⁶ Comme on l'indiquera ci-dessous (infra §2 et n.53), c'est pour souligner l'importance des conséquences attachées à une attention spécifique aux conditions de possibilité de la pratique conventionnelle par laquelle un groupe social produit de la norme et à leur enracinement épistémologique, que nous qualifierons notre approche d'approche génétique.

approfondissement quant à l'ouverture nécessaire de la théorie du droit à la question de la transformation souhaitable de nos modes de production des normes (§2).

§1. D'une critique herméneutique à une redéfinition pragmatiste de la Règle de Reconnaissance

Les principales critiques qui ont été adressées aux thèses positivistes, à tout le moins depuis qu'elles sont devenues progressivement dominantes au sein de la théorie du droit, ont été généralement fondées sur leur compréhension inadéquate de l'opération d'application du jugement normatif. Les approches positivistes traduiraient une insuffisance liée à une construction épistémologiquement déficiente de l'opération de jugement que présuppose nécessairement toute théorie de la norme. Certes, très souvent les critiques n'ont pas été formulées en explicitant un tel arrière-plan philosophique. Mais, cette présentation nous paraît doublement avantageuse. Non seulement, elle nous paraît cerner la portée philosophique réelle de l'intuition critique qui nourrit cette relance récurrente, depuis la fin du 19^{ième} siècle, de la critique des approches positivistes. Mais, elle a surtout l'avantage de formuler la question en des termes qui nous permettront de mesurer les limites de cette critique tout en ouvrant la voie à une reformulation de la juste intuition que cette critique tente d'exprimer.

Telle est bien notre hypothèse. Dans le même moment où la critique a souvent correctement intuitionné l'insuffisance que les théories positivistes font de l'opération d'application d'un jugement normatif, elle est elle-même restée rivée à une interprétation restrictive de cette même opération. Pour cette raison, cette critique a manqué son objet et a pu être valablement rencontrée par les positivistes. A l'inverse, **un déplacement dans la manière de construire la question de l'application (de l'effectuation) d'un jugement et une conception plus étendue des niveaux où se pose cette question** au sein de la théorie de la norme permettraient de voir dans quelle direction l'approche positiviste du droit demanderait à être prolongée. L'hypothèse nous paraît d'ailleurs d'autant plus féconde qu'elle s'inscrit dans la dynamique profonde du débat interne au positivisme juridique contemporain.

En effet, les reformulations les plus récentes de l'analyse positiviste du concept de droit - et, plus précisément, la reformulation pragmatiste de la règle de reconnaissance de Hart - traduisent implicitement la perception croissante de la nécessité d'un meilleur respect, par la théorie du droit, des acquis récents de la théorie de l'action. Que cette reformulation pragmatiste reste elle-même liée à une construction trop partielle des conditions de possibilité de l'action n'empêche pas de souligner le gain important qu'elle apporte dans la réflexion actuelle de philosophie du droit. Outre qu'elle permet d'approfondir la dynamique interne de la recherche positiviste, elle met sur la voie de son propre prolongement en mettant en lumière l'utilité d'un approfondissement de la question des conditions de possibilité de la pratique sociale constitutive de la normativité. C'est ce même projet qui définit notre propre hypothèse, comme on le verra ci-dessous (§2). Mais, avant d'analyser cette reformulation "pragmatiste" de la règle de reconnaissance de Hart et le prolongement qu'elle appelle, il nous faut d'abord revenir rapidement sur les critiques adressées au positivisme juridique à raison de son insuffisante compréhension de l'opération d'application interne à tout jugement normatif.

Comme on l'a déjà indiqué, ce courant critique, qui perdure jusqu'à aujourd'hui, conçoit la question de l'opération d'application d'une norme en des termes restreints. La critique qui est, en effet, souvent adressée aux positivistes est liée à la manière dont ceux-ci concevaient l'opération du juge. L'opération d'application interne à tout jugement normatif est conçue au

départ du modèle de l'opération juridictionnelle¹⁷. En fait, cette critique a essentiellement connu deux expressions successives que nous qualifions respectivement de critique réaliste (1) et de critique herméneutique (2). Quoiqu'elles soient bien connues, il est utile de les rappeler très succinctement. Cela doit, en effet, nous permettre de comprendre les raisons qui motivent la correction "pragmatiste" du concept de droit de Hart (3).

1. La critique réaliste.

Essentiellement issue des travaux de la théorie sociologique et réaliste du droit, cette critique entendait dénoncer l'inexactitude scientifique de la définition du droit proposée par les positivistes. Celle-ci, pour reprendre la formule de N. Bobbio, s'appuierait sur ce jugement de fait: "Il est en fait vrai que le droit en vigueur est un ensemble de règles de conduite qui, directement ou indirectement, sont formulées et mises en valeur par l'Etat"¹⁸. Un tel jugement, relèvent les critiques réalistes et sociologiques, est inexact *en fait* car il méconnaît le pouvoir "créateur" du juge en charge de l'application de ces règles. De telles critiques ont été très justement dénoncées. Comme le rappelle opportunément L. Green, elles sont "the product of confusion; lawyers often use "positivist" abusefully, to condemn a formalistic doctrine according to which law is always clear and, however pointless or wrong, is to be rigorously applied by officials and obeyed by subjects. It is doubtful that anyone ever held this view; but it is in any case false, it has nothing to do with legal positivism, and it is expressly rejected by all leading positivists."¹⁹ Mais, en plus, ces critiques sont logiquement non fondées. Deux arguments peuvent ici être rappelés.

Un premier contre-argument a été bien résumé par N. Bobbio. Certes, relève-t-il et comme on vient déjà de le souligner avec L. Green, "la création du droit de la part du juge...est une réalité...contre laquelle les arguments éthiques s'émeussent comme des flèches contre un mur. Même les plus fidèles et orthodoxes partisans du positivisme juridique n'ont pu faire autre chose que prendre acte de cette réalité: la théorie 'mécanistique' de l'interprétation est abandonnée presque par tous. Kelsen lui-même a donné le bon exemple"²⁰. Mais, remarque aussitôt N. Bobbio, ce fait n'invalide pas pour autant la théorie positiviste des sources du droit qui réduit le droit à des règles. En effet, de deux choses l'une. Soit, comme beaucoup d'auteurs le proposent, on réduit la qualification de sources de droit aux seuls faits que l'ordre juridique qualifie comme productifs de normes obligatoires générales. Mais, dans ce cas, même si, à travers la décision du juge, "le droit en vigueur d'un pays déterminé se modifie, se complète, s'adapte aux nouvelles situations, on n'est pas pour autant autorisé à inscrire cette décision parmi les sources du droit (là évidemment où n'existe pas l'institution du précédent). La décision du juge n'est, en effet, obligatoire qu'à l'égard des parties. Si elle prend la forme d'une maxime générale qui tend à devenir obligatoire à travers la pratique des tribunaux, "alors la source du droit dans ce cas est la coutume et non pas le juge". Soit, comme le propose par exemple Kelsen, on étend la qualification de sources du droit jusqu'à y inclure aussi les normes individuelles. Dans ce cas, la décision judiciaire constitue évidemment une source de droit. Mais, "cette élévation ne dépend pas de la découverte du pouvoir créateur du juge, parce

¹⁷ Voy. sur ceci, infra §2.1.2.2.3.

¹⁸ N. Bobbio, Sur le Positivism, in *Mélanges Paul Roubier*, Paris, Dalloz, tome 1, 1961, pp.61-62.

¹⁹ "Legal positivism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, p.2.

Dans le même esprit, L. Green note d'ailleurs que si les premiers positivistes (Austin et Bentham) avaient essentiellement mis l'accent, dans leur approche de la nature du droit, sur l'idée que le droit était "the command of a sovereign backed by force", "by the mid-twentieth century, however, this account had lost its influence among working legal philosophers. Its emphasis on legislative institutions was replaced by a focus on law-applying institutions such as courts, and its insistence of the role of coercive force gave way to theories emphasizing the systematic and normative character of law" (*Ibid.*, p.1).

²⁰ *Op. cit.*, pp.67-68; et Bobbio de reprendre à son compte une formule de Carnelutti qui soulignait, en 1951, qu'il fallait reconnaître, à la suite des théories sociologiques, que "le moment décisif de la vie du droit est le jugement" (p.68).

que la sentence est une norme individuelle, aussi bien dans le cas où elle est le produit du pouvoir du juge que dans le cas où elle est une pure application d'une norme générale"²¹. Un second contre-argument a été présenté par H. Hart en 1961 dans "The Concept of Law". On sait combien Hart a bien mis en évidence que le pouvoir créateur du juge résultait de l'impossibilité pour toute règle d'énoncer ses propres cas d'application. Ceci récuse définitivement toute théorie du droit qui, sous le couvert d'un conceptualisme ou d'un formalisme excessif, dénierait ou minimiserait cette source d'indétermination pour restaurer un concept mécanique d'interprétation. Mais, observe-t-il, il faut encore rejeter l'autre extrême qui, sous la forme d'une théorie sceptique, considèrerait, que " parler de règles constitue un mythe qui masque la vérité, à savoir que le droit consiste simplement dans les décisions des tribunaux et la prédiction qu'on peut en faire"²². Non seulement, une telle perspective doit elle-même reconnaître ne fût-ce que l'existence des règles secondaires organiques des tribunaux ou des pouvoirs législatifs. Mais aussi et surtout, elle ne rend pas compte d'une seconde dimension que la théorie du langage a permis de bien mettre en lumière et qui repose sur la distinction entre la "mention et l'usage"²³. En effet, ce qui est spécifique au comportement de ceux qui font usage des "normes" de droit, soit comme destinataire final soit comme autorité publique en charge de leur application, tient au fait que ces normes sont "utilisées comme des règles et non comme des descriptions d'habitudes ou comme des prédictions"²⁴. En réduisant les normes à des prédictions, on ne rend pas compte de ce qui s'atteste dans la manière dont on en fait usage lorsqu'on les applique. Cela n'invalide évidemment pas le fait que les juges raisonnent souvent de façon purement intuitive. Mais, une perspective sceptique confond deux choses distinctes : "la question de savoir si une personne en agissant d'une certaine façon a manifesté par là son acceptation de la règle qui lui enjoint d'agir ainsi"; et, d'autre part, "les questions d'ordre psychologique relatives aux processus mentaux par lesquels la personne en est venue à être sur le point d'agir ou à agir"²⁵.

2. La critique herméneutique.

Une seconde forme de débat a cependant succédé à cette première forme de critique fondée sur le "pouvoir créateur" du juge. Comme on vient de le voir, aucun argument théorique à l'encontre d'une compréhension de ce qu'est le droit en termes de "règles" ne peut être déduit des approches dites sociologiques ou réalistes du droit et des éclairages nouveaux qu'elles apportent quant au mode de fonctionnement de l'opération de juger. Mais l'intuition qui a engendré ces approches reste valable, disent aujourd'hui certains théoriciens; à la condition, cependant, d'être reformulée et déplacée.

La question n'est pas, en effet, celle du pouvoir créateur du juge – que personne, d'ailleurs, ne conteste sérieusement. Le seul fait d'un tel pouvoir créateur n'invalide pas *de lui-même* le

²¹ *Ibid.*

²² H. Hart, *Le Concept de Droit*, (1ère édition, 1961), Bruxelles, FUSL, 1976 (trad. fr. par M. van de Kerchove), p.169.

²³ Voy. sur ceci et l'approfondissement que cette distinction issue de la philosophie analytique du langage ordinaire permet par rapport aux distinctions que tente d'établir Kelsen (notamment la distinction entre le point de vue de l'explication causale et le point de vue constructiviste qui doit être celui de la science du droit), H. Hart, Kelsen Visited, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 286ss.

²⁴ *Le Concept de Droit*, *op.cit.*, p.171.

²⁵ *Le Concept de Droit*, *op. cit.*, pp.172-173. H. Hart souligne de façon très judicieuse que le fait que notre comportement est souvent intuitif (et n'est donc pas le résultat d'un calcul explicite effectué à la lumière des règles) n'empêche pas qu'il soit une véritable application d'une règle: la preuve en est que si ce comportement est contesté, nous essayerons de le justifier en nous référant à la règle.

recours à la notion de règle pour rendre compte du concept de droit. La question serait, selon ces théoriciens, qu'une meilleure analyse de *la manière* dont le juge exerce ce pouvoir discrétionnaire obligerait à invalider la manière dont la théorie du droit actuelle (positiviste) définit le concept de droit.

Le représentant le plus connu de cette critique récente est R. Dworkin, même si ce n'est pas toujours lui qui en a le plus développé les justifications et les prolongements philosophiques qu'elle appelle²⁶. L'argument de R. Dworkin est très simple. La pratique judiciaire, souligne-t-il, révèle qu'à côté des règles au sens strict, le juge fait fréquemment usage de "principes" (qui peuvent être ou non traduits en la forme de normes écrites). Bien entendu, l'usage de ces "principes" constitue une forme d'application de "règles" au sens large. Mais, l'importance de ces principes (c'est-à-dire le pouvoir de neutralisation des règles au sens strict que leur usage permet) et leur mode de fonctionnement conduisent, relève R. Dworkin, à remettre en cause notre compréhension habituelle de ce qu'est le droit, c'est-à-dire de ses conditions d'identification ou d'existence. En ce sens, une meilleure compréhension de la manière dont le juge exerce son pouvoir d'interprétation (identifie le "sens" du droit) rejaillit sur notre compréhension de la question de la validité du droit, c'est-à-dire de ses conditions de définition.

En effet, la théorie dominante du droit, souligne R. Dworkin, est infectée par "the semantic sting": "people are its prey who hold a certain picture of what disagreement is like and when it is possible. They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are"²⁷. Or, relève R. Dworkin, tous nos désaccords ne sont pas réductibles à ce seul modèle. Nous utilisons certains mots, par exemple, pour donner des interprétations, souvent controversées, d'une pratique sociale à laquelle nous participons. Dans cette dernière hypothèse, nos accords et désaccords s'expliquent, non pas parce que nous obéissons à des règles communes, mais parce que nous partageons ou divergeons dans nos interprétations du même matériau. Et, relève R. Dworkin, l'exemple des "règles" de courtoisie au sein d'une société est particulièrement clair. La manière dont les membres d'un groupe social jugent des exigences de courtoisie est fonction d'une "interpretive attitude"²⁸ qui réfère ces exigences à leur réinterprétation constante au regard des valeurs qu'elles doivent servir. "Law is an interpretive concept as courtesy in my imagined example"²⁹. En effet, "legal philosophers are in the same situation as philosophers of justice and the philosopher of courtesy we imagined. They cannot produce useful semantic theories of law. They cannot expose the common criteria or ground rules lawyers follow for pinning legal labels onto facts, for there are no such rules... (Theories of law) are constructive interpretations: they try to show legal practice as a whole in its best light, to achieve equilibrium between legal practice as they find it and the best justification of that practice. So no firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice"³⁰. Si le droit est ainsi un "concept interprétatif", il s'ensuivrait, en déduit Dworkin, que non seulement les approches positivistes austiniennes (réduction du droit à un impératif) et

²⁶ Des analyses d'inspiration wittgensteinienne constituent, aujourd'hui, une des orientations les plus intéressantes de cette récente tentative de déstabilisation critique des approches positivistes analytiques issues de H. Hart; voy. ainsi, notamment, D. Patterson, *Law and Truth*, Oxford, Oxford UP., 1996; *Id.*, *Law's Pragmatism : Law as Practice and Narrative*, 76 *Virginia L. Rev.* (1990) 937ss.; *Id.*, *Wittgenstein and the Code : A Theory of Good Faith Performance and Enforcement Under Article Nine*, 137 *U. Pa. L. Rev.* (1988) 335ss.; voy. aussi, quoique la perspective soit moins critique, B. Bix, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon press, 1993; Ph. Coppens, *Normes et Fonction de Jurer*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1998; T. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford UP., 2000.

²⁷ R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, 1986, reprinted by Hart Publishing., 1998, p.45.

²⁸ *Ibid.*, p.47.

²⁹ *Ibid.*, p.87.

³⁰ *Ibid.*, p.90.

kelsenienne (approche normativiste), mais aussi leur reformulation plus récente et plus fine proposée par H.Hart en termes de "règle de reconnaissance", s'avèreraient irrecevables. Pour H. Hart, on le sait, le droit est explicable en termes de faits sociaux. Ceux-ci sont d'une espèce particulière : le droit est, en effet, rendu possible par une forme de convention ou de pratique sociale qui consiste en un accord des autorités officielles en charge de l'application du droit sur le critère d'identification ou d'existence du droit. Cette pratique est elle-même formulable dans les termes d'une règle que Hart qualifie de "règle de reconnaissance". C'est cette approche conventionnaliste du critère de légalité en termes de "règle de reconnaissance" que R. Dworkin entend critiquer et invalider. Une telle approche conventionnaliste manquerait la double propriété qui définit la pratique juridique.

Tout d'abord, la pratique par laquelle s'identifie le droit d'un groupe social est de nature interprétative. Il s'en déduit, selon Dworkin, que tous les critères d'identification ne peuvent être formellement définis en termes de "règles".

Ensuite, cette pratique interprétative traduit le lien nécessaire du droit et de la morale et conduit aussi, par conséquent, à invalider l'idée positiviste d'une science du droit qui serait descriptive et non normative. Le droit, souligne Dworkin, n'est en effet identifiable, que ce soit par le juge ou le scientifique, qu'au terme d'une interprétation des exigences de la moralité politique du groupe social: "Hard cases arise for any judge, when his threshold test does not discriminate between two or more interpretations of some statute or line of cases. Then he must choose between eligible interpretations by asking which shows the community's structure of institutions and decisions – its public standards as a whole – in a better light from the standpoint of political morality"³¹. La pratique interprétative de ce qu'est le droit renvoie donc elle-même, selon R. Dworkin, aux exigences normatives d'une moralité institutionnelle qui est, à la fois, immanente à la communauté³² et l'objet d'une réinterprétation constante.

En ce sens donc, comme le signale très justement L. Green, Dworkin dénonce les thèses positivistes: "He denies that there can be any general theory of the existence and content of law; he denies that local theories of particular legal systems can identify law without recourse to its merits... A theory of law is for Dworkin a theory of how cases ought to be decided and it begins, not with an account of political organization, but with an abstract ideal regulating the conditions under which governments may use coercive force over their subjects"³³.

Cette critique herméneutique des approches conventionnalistes du droit en termes de "règle de reconnaissance" est elle-même aujourd'hui l'objet de critiques décisives qui, en retour, permettent un fructueux approfondissement du positivisme juridique.

3. *Droit et reconnaissance sociale: une reformulation pragmatiste de la règle de reconnaissance.*

Parmi les nombreuses objections qui ont été adressées à cette critique herméneutique du positivisme juridique, et plus précisément à la version qu'en a donnée Dworkin, nous ne retiendrons ici que celle qui a été formulée par J. Coleman qui nous paraît déterminante. Coleman n'entend évidemment pas contester l'apport descriptif des approches herméneutiques de l'opération de juger. Au contraire, pourrait-on dire, Coleman effectue à l'égard des approches herméneutiques de la fonction de juger le même déplacement que celui que celles-

³¹ *Ibid.*, pp. 255-256.

³² Bien entendu, cette nouvelle forme de iusnaturalisme ne restaure en aucune manière une quelconque croyance en un contenu moral définissable *a priori* ou en un quelconque intuitionnisme moral, devenue aujourd'hui épistémologiquement difficilement acceptable. Cependant, il est également clair que les jugements relatifs à cette moralité politique doivent pouvoir prétendre à l'objectivité. Sans cette condition, la théorie de Dworkin devient, en effet, difficilement cohérente.

³³ *Ibid.*, p.6. Comme le dit lui-même R. Dworkin, "arguments of legal theory are best understood as arguments about how far and in what way past political decisions provide a necessary condition for the use of public coercion" (*op.cit.*, p.96).

ci avaient opéré à l'égard des critiques sociologiques ou réalistes du positivisme juridique. On se rappellera, en effet, que ces dernières critiques avaient cru, à tort, pouvoir dénoncer la réduction du droit à un ensemble de règles en mettant en exergue le 'pouvoir créateur du juge'. Rapidement, il était apparu que cette critique, quelle que soit l'évidence sur laquelle elle s'appuyait, aboutissait à une impasse. L'approche herméneutique avait cependant déplacé et reformulé l'intuition d'une insuffisance des approches formalistes dans la réduction du concept de droit à l'idée de "règle". Dworkin ne nie évidemment pas que le droit se compose de normes (règles et principes) imposant des raisons pour l'action. Mais, il pose qu'une meilleure compréhension de l'opération du juge oblige à abandonner la thèse positiviste qui définit les critères de 'validité' (d'existence) des normes sous la forme d'une "règle de reconnaissance". La critique porte donc sur la définition du concept de droit en termes de 'règles'.

La démarche de Coleman consiste à dénoncer l'inconsistance de la critique dworkinienne (a). Mais, en même temps, il reformule la notion de 'règle de reconnaissance' de façon à supprimer définitivement toute pertinence à cette critique (b). Reprenons ces deux moments du raisonnement.

a. L'objection adressée à Dworkin est la suivante. Alors même que Dworkin croit, à tort, que définir le droit en termes de règle de reconnaissance présuppose une approche 'sémantique' des critères de validité ses normes, il succombe, en définitive, lui-même, dans son approche de l'opération d'application en droit, à une approche trop formaliste du droit.

Comme on vient de le rappeler, la dimension interprétative du droit invaliderait, selon R. Dworkin, le projet positiviste d'une réduction des conditions de validité (d'identification) du droit à une règle de reconnaissance c'est-à-dire à la manière dont les juges déterminent les conditions nécessaires et suffisantes d'appartenance d'une norme à un système juridique déterminé. Une telle réduction présuppose, en effet, selon lui, une conception sémantique du droit, c'est-à-dire l'idée que les critères d'appartenance (les conditions d'identification du droit) peuvent être formulés en une forme propositionnelle correspondant au contenu des comportements convergents des autorités officielles en charge de l'application du droit. Une telle approche est entachée du *semantic sting* car elle suppose qu'il y a des critères formels pour l'application du terme "droit", c'est-à-dire pour l'identification des normes susceptibles d'être qualifiées de juridiques. Par conséquent, relève R. Dworkin, une telle approche est incompatible avec l'idée d'un droit composé de principes moraux qui sont, par nature, susceptibles d'interprétations controversées.

J. Coleman, à très juste titre, souligne que l'erreur de R. Dworkin est de ne pas voir que la "règle de reconnaissance" n'est pas condamnée à être interprétée en termes sémantiques : elle est, en effet, susceptible d'être conçue de manière pragmatiste. En d'autres termes, Dworkin a raison de dénoncer toute interprétation sémantique du concept de droit (c'est-à-dire l'idée que la signification du terme "droit" pourrait être formellement définie en un énoncé propositionnel)³⁴. Ce n'est là d'ailleurs, souligne J. Coleman, qu'une dénonciation déjà bien construite par Wittgenstein dans "Qu'est-ce que suivre une règle?"³⁵. Mais R. Dworkin donne de la règle de reconnaissance une interprétation restrictive. Il suppose que, pour Hart, la règle

³⁴ Coleman observe que "like Dworkin, the pragmatist believes that all legal standards and rules are in principle revisable – what they require or demand of us subject to change". C'est là une autre manière de reconnaître l'impossible réduction de la signification à un contenu propositionnel et le caractère interprétatif des normes juridiques et du droit en général. De ce point de vue, dit Coleman, "if we look at Dworkin's theory of legal content as instead an account of how judges should (and do) revise the law rationally when the law needs to be revised, then it is... a perfectly attractive and sensible theory" (J. Coleman, *Ibid.*, pp.171-172).

³⁵ "A related point, articulated first by Wittgenstein in his discussion of rule-following, is that the grasp of a rule – the ability to go on – cannot be exhaustively articulated in propositional form. Saul Kripke has explicated this point forcefully, showing that even the apparently hard-and-fast rule for our practice of addition cannot be stated in such a way that uniquely determines what we all know to be the criteria of correctness for that practice. There is always the possibility of interpreting a propositional expression of the rule of addition in an indefinite number of non-standard ways. Since in fact we all converge in interpreting it in the same way, our understanding of the practice must go beyond propositional knowledge" (*Ibid.*, p.81).

de reconnaissance est une pratique convergente des juges qui énonce par elle-même les critères de légalité dans un groupe donné. Bien plus, suivant une telle interprétation, la règle de reconnaissance s'interprète comme une "*source thesis*" : la règle de reconnaissance définirait les "sources conventionnelles et sociales" qui permettraient d'identifier le contenu du droit. Une telle thèse n'est cependant pas nécessairement liée à une approche positiviste conventionnaliste. Certes, plusieurs positivistes, dont J. Raz, soutiennent une telle interprétation 'sémantique' de la règle de reconnaissance et de la définition des critères de légalité. Mais, on peut défendre l'idée que le droit est *in fine* défini par les pratiques sociales des juges (approche conventionnaliste et positiviste) sans pour autant souscrire à cette interprétation sémantique en termes de '*source thesis*'. Un système social peut, en effet, considérer que son droit positif est dépendant, non plus seulement de sources formelles identifiables mais de la conformité de son contenu à des exigences morales. Si la légalité est ainsi définie non plus seulement par sa source formelle et conventionnelle mais aussi par son contenu, on comprend que son identification est fonction d'interprétations controversées. Telle est d'ailleurs l'orientation que Hart s'efforçait de défendre et que Coleman reprend à son propre compte³⁶.

Mais, que signifie alors la règle de reconnaissance si les critères d'identité de la légalité ne se réduisent plus à un énoncé propositionnel qui définirait les critères formels (les sources formelles et conventionnelles) permettant d'identifier le contenu d'un ordre juridique particulier? Dans ce cas, la règle de reconnaissance ne peut plus se définir que de façon 'pragmatiste' c'est-à-dire comme se référant à l'usage qui en est fait. Dans cette hypothèse, cette règle s'identifie à une "pratique" d'un genre plus complexe que celle dont la signification se laisserait réduire à un énoncé propositionnel. H. Hart et surtout J. Coleman caractérisent cette pratique par deux éléments. Tout d'abord, cette pratique est celle, non pas de tous les destinataires des normes juridiques dans un groupe social, mais exclusivement des autorités officielles en charge de son application³⁷. Ensuite, cette pratique doit être de nature telle qu'elle respecte une double condition: traduire la "reconnaissance du caractère obligatoire" de ces critères de légalité à l'égard des autorités en charge de l'application du droit et intégrer la dimension conflictuelle possible des interprétations relatives au contenu des exigences normatives.

b. C'est sur ce dernier point que Coleman estime devoir reformuler les hypothèses de Hart. C'est ici aussi qu'il approfondit l'analyse du concept de droit à l'aide des acquis de la théorie pragmatique de l'action collective. La dimension interprétative du concept de droit oblige, en effet, à éviter toute compréhension trop 'mécanique' de la manière dont se construit cette *pratique convergente* des juges relative à la reconnaissance de ce qui est tenu pour droit au sein d'une société déterminée. Si l'on admet, dans une perspective pragmatiste, que la signification des exigences normatives (c'est-à-dire les conditions d'existence du droit) se

³⁶ Hart parle à ce propos de *soft positivism*, Waluchow d'*inclusive positivism*, et Coleman d'*incorporationism* pour l'opposer aux approches positivistes qui défendent une interprétation *exclusiviste* de la Règle de reconnaissance et qui considère donc la *social thesis* du positivisme comme une *social-source thesis*.

³⁷ C'est là une dimension que Hart reprend d'ailleurs à Kelsen. Si le droit n'existe qu'à la condition générale qu'il soit globalement pratiqué, la 'validité' d'une règle n'est pas fonction de ce qu'elle est effectivement pratiquée et reconnue par son destinataire final. Elle ne l'est qu'à l'égard de la pratique des officiels en charge de son application. Comme le dit Coleman, "Thus, while the rule of recognition can impose an obligation on officials (to evaluate conduct by applying all those rules that satisfy the criteria of legality set forth in it) only in so far as it is actually practiced, this conventional rule in turn grounds the claims of the rules validated under it to regulate conduct regardless of whether or not those subordinate rules are adhered to." (*Ibid.*, p.78). De même, "acceptance of the rule of recognition from the internal point of view by officials is a conceptual requirement of the possibility of law; acceptance from the internal point of view by the bulk of the populace is neither a conceptual nor an efficacy requirement. Even if they characteristically do, the majority of persons need not as a conceptual matter adopt the internal point of view toward the behavior by which officials validate law, nor toward the subordinate rules that are validated under the legal system. Of course, it may be desirable on efficiency grounds that a population treat law as legitimate or obligation-imposing, since fewer public resources might then be required to insure compliance" (*Ibid.*, p.76).

dégage de l'usage qui en est fait dans les pratiques où s'atteste leur reconnaissance par ceux qui ont charge de les appliquer, il reste à dégager la nature de cette pratique, c'est-à-dire à en définir les conditions de possibilité.

Hart a déjà bien mis en lumière la nature de cette pratique sociale en soulignant qu'on ne peut pas la comprendre comme une simple "régularité factuelle": elle se définit par un "point de vue interne" qui exprime le fait que les acteurs de cette pratique "convergente" reconnaissent qu'ils "ont l'obligation" de se conformer à ces conditions de légalité.

Mais, ce seul point de vue interne ne suffit pas - note Coleman - à expliquer l'existence de l'obligation: "While the internal point of view explains how the rule of recognition can create reasons for acting, this does not yet explain how those reasons can be duties"³⁸. La compréhension des conditions de possibilité de la régulation juridique nécessite donc, en outre, "of explaining how rule can impose a duty. The solution to this problem requires that we return our attention from the psychological capacity to adopt a practice or a pattern of behavior as a norm, and focus instead on the normative structure of the pattern of behavior to which we commit. In other words, ...we must look beyond the internal point of view that officials adopt toward their practice, and consider instead the structure of the practice that rule governs"³⁹.

Hart a sans doute bien intuitionné cette exigence. Mais, il est resté en défaut d'en approfondir suffisamment la nature exacte. Quelle est la raison de cette déficience? Hart suppose, observe Coleman, que cette pratique convergente (la règle de reconnaissance) résulte de la recherche spontanée de coordination entre les juges comme si les conflits possibles d'interprétation en droit débouchaient inmanquablement et automatiquement sur le choix d'une solution conventionnelle commune représentant un équilibre de Nash, (sur la meilleure solution possible ou sur une des meilleures solutions possible si, comme le fait Nash, on estime qu'il y en a plusieurs possibles)⁴⁰. La conception de la règle de reconnaissance comme une "*coordination convention*" provient d'une analyse du concept de droit effectuée au départ du modèle conventionnaliste de David Lewis⁴¹. Comme le signale justement S. Shapiro⁴², "Lewis's model of conventions"⁴³ provides the positivist with a powerful argument in favor of

³⁸ "If I can create a reason by adopting a pattern of behavior as a norm, then it would seem that I can subsequently extinguish the reason that norm provides simply by withdrawing my commitment to it. Yet it is the nature of duties that those bound by them cannot voluntarily extinguish them as reasons" (*Ibid.*, p.90).

³⁹ *Ibid.*, p.91.

⁴⁰ "While Hart was right to identify the normative structure of the practice of officials, he was wrong...to conclude that the rule of recognition represents, in effect, a Nash equilibrium solution to a game of partial conflict" (J. Coleman, *Ibid.*, p.97). Relevons que nous avions nous-même adressé une critique en grande partie analogue aux thèses positivistes, en ce y compris à celles de J. Coleman (J. Lenoble & M. Maesschalck, *op.cit.*, p. 283). C'est qu'en effet, au moment où nous écrivions cette critique, nous nous basions sur les écrits de Coleman antérieurs à son ouvrage *The Practice of Principle*. Or, jusqu'à ce dernier ouvrage, Coleman défendait encore une interprétation de la règle de reconnaissance en termes de "*coordination convention*". Il concédait, cependant, déjà à propos de sa construction en termes de coordination convention: "I do not pretend that any of this is obvious or obviously correct" (J. Coleman, "Incorporationism, conventionality and the Practical Difference Thesis", in *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, (J. Coleman ed.), Oxford, Oxford UP., 2001, pp.99-147, p.120). C'est en poursuivant son analyse, grâce notamment aux travaux de S. Shapiro et de M. Bratman, que Coleman, dans *The Practice of Principle*, reformulera son argument (voy. d'ailleurs sur ceci, *The Practice of Principle*, *op.cit.*, p.94 n.29). Même si les termes de la critique que nous lui adressions dans notre ouvrage ne peuvent donc plus être utilisés comme tels, nous verrons ci-dessous (§2) que son contenu et sa teneur épistémologique restent cependant toujours valables et peuvent être utilisés contre la reformulation que J. Coleman (ou S. Shapiro) propose de la règle de reconnaissance de Hart dans son dernier ouvrage.

⁴¹ D. Lewis, *Convention*, Cambridge (MA), Harvard UP., 1969.

⁴² S. Shapiro, "Law, Plans and Practical Reason", 8 *Legal Theory* (2002), p.391.

⁴³ A cette occasion, S. Shapiro rappelle opportunément la définition que Lewis donne d'une convention: A regularity R in the behavior of members of population P in a recurring situation S is a convention if and only if, in any instance of S:

- (1) everyone conforms to R;
- (2) everyone expects everyone else to conform to R;
- (3) everyone prefers to conform to R on condition that the others do, since S is a coordination problem and uniform conformity to R is a coordination equilibrium in S" (D. Lewis, *Ibid.*, p.58).

the claim that in every legal system, legal officials follow conventions when determining which authority structure to heed"⁴⁴. Or, soulignent Coleman et Shapiro, les problèmes de coordination entre autorités (juridictionnelles) concernant la détermination des critères de légalité sont plus complexes. Il serait non raisonnable de les réduire à cette seule catégorie spécifique de jeu que la théorie des jeux qualifie de "jeux de coordination"⁴⁵ et qui se trouvent résolus par l'adoption de "conventions de coordination" du type de celles analysées par Lewis. D'ailleurs, un indice probant, souligne encore Coleman, de cette irréductibilité de la règle de reconnaissance au modèle de convention analysé par Lewis est que "such conventions do not seem to capture well the kinds of reasons officials have for acting as other officials. While it is true that the fact that judges apply certain criteria of legality can be a reason for any particular judge to do so, it is not simply the fact that others do so that explains the character of the reason that any particular judge has. A full explanation of the character of the reason any judge has to apply the relevant criteria will accommodate the fact that these criteria have been adopted as part of a plan or project (a legal system) that can serve valuable ends"⁴⁶. C'est dire que la pratique conventionnelle par laquelle se construit la règle de reconnaissance est d'une espèce plus complexe que celle qu'avait Hart à l'esprit. Dans cette mesure, en mettant en exergue la dimension proprement herméneutique de cette pratique, Dworkin, même s'il dénonce à tort le conventionnalisme du positivisme de Hart, en intuitionne à juste titre l'insuffisance. Cette dimension herméneutique implique, non pas évidemment l'abandon de la thèse conventionnaliste, mais l'approfondissement de la nature propre de l'opération de construction de cette convention. Les conditions de possibilité d'émergence de cette *pratique convergente* ne se laissent pas réduire au choix rationnel d'une convention arbitraire, permettant de résoudre quasi mécaniquement les habituels problèmes de coordination comme, par exemple, ceux que permettent de résoudre l'adoption d'une convention de circulation routière imposant de conduire à droite plutôt qu'à gauche.

Quelles sont, dès lors, ces conditions de possibilité ? Comment comprendre la structure de cette action collective ? Un détour, relève Coleman, par les débats de théorie sociale et de philosophie de l'action s'avère à la fois nécessaire et utile. Coleman croit pouvoir convoquer ici le modèle développé par M. Bratman en philosophie de l'action sous le titre de "shared cooperative activity (SCA)". Bien entendu, ce modèle d'action n'est pas propre au droit. Mais,

⁴⁴ Le raisonnement est simple à comprendre. "Because (1) the choice of an authority structure is a recurring coordination problem; (2) legal officials manage to solve these problems; and (3) conventions are common solutions to such problems, it is plausible to infer that legal officials solve their recurring coordination problems via conventions... The positivist argument concludes with the attempted demonstration that coordination conventions are able to create obligation. As we have seen, when a convention exists, general conformity to it generates expectations that similar behavior will continue" (S. Shapiro, *Ibid.*, pp.391-392.).

⁴⁵ Ces jeux ont une structure particulière décrite généralement à l'aide du modèle qualifié de "Battle of the Sexes" ou de "partial conflict game". Une des caractéristiques essentielles de ce type de jeu (par exemple celui où une femme et son mari conviennent d'aller à un spectacle ensemble mais doivent décider simultanément et sans se concerter alors que l'homme préfère assister à un match de boxe et l'épouse à un opéra) est que les joueurs ont des préférences ex ante telles que les "joueurs, tout en ayant des intérêts divergents, gagnent plus s'ils s'entendent que s'ils ne s'entendent pas" (B. Guerrien, *La Théorie des Jeux*, Paris, Economica, 2002, 3^{ème} édition, p.54) et que cette entente se traduise donc par l'adoption d'une convention arbitraire au sens de Lewis. Comme l'indique Coleman, "it would place an arbitrary and baseless constraint on our concept of law to stipulate that the social practice among officials necessary for the existence of a rule of recognition must always be representable as a game of partial conflict" (*The Practice of Principle, op.cit.*, p.94).

⁴⁶ *Ibid.*, p.95. Comme le dit S. Shapiro à qui, d'ailleurs, Coleman fait explicitement référence, "to claim that the choice of an authority structure is a recurring coordination problem commits one to holding that the players will see the solution problem commits one to holding that the players will see the solutions to the game as arbitrary in the sense just described. But is this assumption plausible?... This, I think, is rather doubtful... In fact, I am not even sure that most Americans would view the United States Constitution as an arbitrary solution to a recurring coordination problem. My guess is that many would believe that they had a moral obligation to heed a text that had been ratified by the representatives of the people of the United States, regardless of what everyone else did" ("Law, Plans and Practical Reason", *loc.cit.*, p.393).

cette forme d'action coopérative partagée "might help us understand the nature of the practice of legal officials"⁴⁷.

La pratique de reconnaissance par laquelle les juges définissent les critères de normativité juridique au sein d'un groupe social ne peut être pensée que comme un forme "d'action coopérative partagée" (shared cooperative activity, SCA). Une activité coopérative partagée présuppose une "intention partagée". Cependant, comme le relève très justement Bratman, une telle intention n'est pas une intention déposée dans les esprits: c'est une attitude⁴⁸ qui se traduit par une certaine forme d'organisation de la pratique coopérative. C'est ici que se révèlent les conditions de possibilité de cette forme spécifique d'action. Pour que s'effectue la dimension coopérative qu'appelle cette intention partagée, il faut, souligne M. Bratman, que se mettent en place divers dispositifs institutionnels. L'organisation d'une telle action coopérative exige de mettre en place un cadre organisationnel afin de "coordinate our intentional actions", "coordinate our planning" et "structure relevant bargaining". Ces conditions organisationnelles visent à rendre possible le triple "commitment" que traduit cette "shared intention": *mutual responsiveness*⁴⁹, *commitment to the joint activity*⁵⁰ et *commitment to mutual support*⁵¹. Et J. Coleman de conclure: "The practice of officials of being committed to a set of criteria of legality exhibits these features. Judges coordinate their behavior with one another through, for example, practices of precedent, which are ways in which they are responsive to the intentions of one another"⁵².

§2 D'une approche positiviste à une approche génétique de la conventionalité du droit: un approfondissement nécessaire de la théorie pragmatiste du droit

Dans un premier temps, nous tenterons de montrer les limites théoriques de la redéfinition pragmatiste de la thèse de la conventionalité du droit telle que Coleman nous la propose (1). La mise en évidence de ces limites nous permettra de montrer en quoi le prolongement de l'approche pragmatiste qu'elles appellent signifie aussi, non pas l'abandon de la *conventionality thesis*⁵³ en philosophie du droit, mais l'abandon de sa compréhension positiviste au profit d'une compréhension "génétique". Par compréhension "génétique", nous entendons une compréhension qui prend en compte les conditions "de production" de la

⁴⁷ *Ibid.*, p.96.

⁴⁸ Comme le note M. Bratman, "shared intention, as I understand it, is not an attitude in any mind. It is not an attitude in the mind of some fused agents, for there is no such mind; and it is not an attitude in the mind or minds of either or both participants. Rather, it is a state of affairs that consists primarily in attitudes (none of which are themselves shared intentions) of the participants and interrelations between those attitudes" (M. Bratman, "Shared Intention", *Ethics*, 104 (October 1993), p.107.

⁴⁹ "In SCA each participating agent attempts to be responsive to the intentions and actions of the other" (M. Bratman, "Shared Cooperative Activity", *Philosophical Review*, 101/2 (April 1992), p.328.

⁵⁰ "In SCA the participants each have an appropriate commitment (though perhaps for different reasons) to the joint activity, and their mutual responsiveness is in pursuit of this commitment" (*Ibid.*).

⁵¹ "In SCA each agent is committed to supporting the efforts of the other to play her role in the joint activity... These commitments to support each other put us in a position to perform the joint activity successfully even if we each need help in certain ways" (*Ibid.*).

⁵² J. Coleman, *The Practice of Principle, op.cit.*, p.97.

⁵³ Comme le dit très clairement Coleman, selon la *conventionality thesis*, "legal authority is made possible by an interdependent convergence of behavior and attitude: what we might think of as an 'agreement' among individuals, expressed in a duty-imposing social or conventional rule (for Hart this is the rule of recognition)" (*The Practice of Principle, op.cit.*, p. 70-71. La conventionalité implique que l'existence de la règle de reconnaissance ne dépend pas « on substantive (moral) argument » (J. Coleman, *Incorporationism, in Hart's Postscript* (J.Coleman ed.), Oxford, Oxford UP (2001), p.116) . Cette conception de l'autorité de la règle de reconnaissance fournit en même temps l'explication de la question de la légalité : "The key idea of the conventionalist picture is that this rule (the rule of recognition) provides reasons because it is adopted by individuals in order that it guide their behaviour : guide their behaviour by directing them to apply certain criteria of validity determining the conditions of membership of other norms in the category 'law' – thus enabling those norms to claim a power to provide reasons for acting in virtue of their being law" (*Ibid.*, p.118).

convention par laquelle se définit le droit, c'est-à-dire les conditions de possibilité⁵⁴ de cette convention. Dans un second temps, l'indication de ces limites et du prolongement qu'elles impliquent nous permettra de montrer en quel sens il est épistémologiquement justifié qu'un lien soit noué entre l'analyse conceptuelle du droit et la question "normative" du réaménagement nécessaire de nos dispositifs de gouvernance (2).

1. *Gains et limites du positivisme pragmatiste, ou les exigences du tournant pragmatique en philosophie du droit*

1.1. *Les gains du positivisme pragmatiste.*

La redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance telle que Coleman la suggère présente un double avantage par rapport à la position herméneutique de Dworkin.

Son premier avantage est qu'elle met bien en évidence l'erreur de la critique adressée aux approches conventionnalistes selon laquelle celles-ci méconnaîtraient la nature "interprétative" du concept de droit. Comme le relève très justement Coleman, une approche conventionnaliste incorporationniste ne méconnaît pas cette dimension interprétative. En supposant que toute approche conventionnaliste du droit implique nécessairement une théorie sémantique du langage, Dworkin ne perçoit pas la possible compréhension pragmatiste de cette approche conventionnaliste. Il en résulte, comme on vient de le dire, que sa critique à l'égard du conventionnalisme positiviste devient sans objet.

Mais, il y a plus. Il en résulte aussi son incapacité à formuler correctement en termes épistémologiques la nature du "piège sémantique" et, par conséquent, les conditions que devrait respecter une approche non sémantique de l'opération de jugement. Cela explique, non seulement, comme l'a bien intuitionné H. Putnam et comme nous le montrerons ci-dessous, que Dworkin retombe lui-même dans l'erreur qu'il impute aux approches positivistes du droit et qu'il croyait pouvoir éviter par son approche herméneutique, mais aussi qu'il est en défaut de pouvoir construire la juste intuition qu'il a de l'insuffisance du positivisme juridique.

C'est ici qu'apparaît le second avantage de la redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance par rapport à l'approche de Dworkin. En effet, tout en restant liée à une approche positiviste de la *conventionality thesis*, cette redéfinition pragmatiste proposée par Coleman met elle-même sur la voie de sa propre radicalisation épistémologique. Qu'apporte, en effet, cette redéfinition ? En réinterprétant la règle de reconnaissance au départ du modèle de la "*shared cooperative activity*" de M. Bratman, Shapiro et Coleman conditionnent, comme on l'a vu, l'existence du droit à celle de dispositifs institutionnels rendant possible l'instauration d'une pratique coopérative entre ceux qui ont charge d'appliquer le droit. Non seulement le droit ne se détermine que par la reconnaissance qui en est faite par ceux qui ont charge de l'appliquer. Mais, les conflits éventuels de signification qu'implique la pluralité des interprétations possibles par les instances en charge d'appliquer le droit ne se résolvent pas par un simple calcul d'anticipation rationnelle comme dans les "jeux de coordination". L'établissement d'une solution à l'équilibre nécessite une forme d'action collective plus complexe : elle nécessite une action *coopérative* en vue de définir en commun des objectifs jugés acceptables. De plus, cette construction coopérative nécessite des dispositifs

⁵⁴ C'est pourquoi nous pourrions aussi qualifier une telle compréhension, de compréhension "transcendante" au sens technique que Kant et Fichte ont donné à ce terme. Dans cette perspective, cependant, il faut relever que ces conditions transcendantes ne sont pas à entendre comme des "conditions idéales de productibilité des normes" (telle est la perspective adoptée par Kant qui restaure ainsi une perspective mentaliste, sur ceci, cf. infra) mais comme ce que l'on pourrait peut-être dès lors appeler des conditions "empirico-transcendantes". Remarquons aussi qu'une telle approche en termes de "conditions empirico-transcendantes" rejoint le souci de B. Zipursky d'adopter une position épistémologique qui "restores a place for conceptualism in law while avoiding the conservative and transcendental tendencies of discredited formalist theories" (B. Zipursky, "Pragmatic Conceptualism", 6 *Legal Theory* (2000), p. 459).

institutionnels en vue d'assurer l'effectivité de cette "intentionnalité partagée" à construire une vision commune. Comme le dit en effet Bratman, la "shared intention" ne peut être comprise de façon mentaliste: elle 'est pas une "attitude in the minds". Elle nécessite des dispositifs institutionnels visant à en garantir la réalisation effective. Remarquons dès à présent que cette nécessité de dispositifs institutionnels aptes à rendre possible la nature coopérative de la pratique collective fait déjà apparaître le lien qui existe entre théorie de la norme et théorie de la gouvernance.

1.2.Limites et reformulation du positivisme pragmatiste.

Un premier indice justifie déjà que nous nous posions la question de savoir si cette redéfinition de la règle de reconnaissance proposée par Shapiro et Coleman n'est pas elle aussi insuffisante et ne méconnaît pas elle-même l'exigence épistémologique dont elle est cependant implicitement porteuse. N'est-il pas significatif, en effet, que Coleman déclare lui-même que son projet théorique n'implique pas une attention particulière à ces conditions de possibilité institutionnelles de toute action coopérative⁵⁵ ? En effet, une attention à ces conditions - et surtout aux raisons épistémologiques qui les justifient - aurait permis à Coleman de percevoir l'insuffisance de sa propre reconstruction du lien entre droit et pratique de reconnaissance. Nous en arrivons ainsi à la question de savoir si le reproche d'inconséquence épistémologique que Coleman dénonce chez Dworkin⁵⁶ ne pourrait pas aussi lui être opposé. La reformulation pragmatiste de la règle de reconnaissance proposée par Coleman ne repose-t-elle pas elle-même sur une présupposition formaliste et mentaliste que son projet pragmatiste impliquerait cependant de dénoncer ? Elle nous semblerait, en effet, devoir être prolongée dans une double direction.

Tout d'abord, si la règle de reconnaissance consiste en une pratique coopérative, les conditions institutionnelles nécessaires à la réalisation de cette coopération ne se résument pas à celles définies par Bratman et reprises par Coleman. En d'autres termes la compréhension des conditions de possibilité d'une action coopérative (SCA) telle que M. Bratman, S. Shapiro ou J. Coleman nous la proposent devrait, nous semble-t-il, être approfondie et reformulée. Ensuite, cette "action coopérative" dont dépend l'existence du droit ne concerne pas seulement les autorités officielles en charge de l'application du droit (c'est-à-dire essentiellement les juges) mais concerne aussi les citoyens qui sont concernés par la norme. Et la raison de la nécessité de ce double prolongement est d'ordre épistémologique : elle résulte d'une correcte compréhension de l'opération du jugement normatif c'est-à-dire de la manière dont opère la raison pratique. Bien plus, la mise en lumière de cette nécessité nous permettra de comprendre qu'à ce niveau épistémologique, les approches herméneutique de Dworkin et pragmatiste de Coleman partagent un même mentalisme et suscitent donc une même difficulté.

Pour montrer le prolongement qu'appellerait la redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance, nous raisonnerons en deux temps. Nous commencerons par montrer comment

⁵⁵ "The particular form of interrelated responsiveness constitutive of shared intentions is not important for my purposes" (J. Coleman, *The Practice of Principle, op.cit.*, p.97).

⁵⁶ L'argument de Coleman consiste à réfuter la fausse opposition que Dworkin fait entre interprétativisme et conventionnalisme. Mais, comme on l'a vu, cette difficulté de Dworkin à percevoir que l'interprétativisme, non seulement n'est pas incompatible, mais même implique le conventionnalisme, traduit une inconséquence logique plus fondamentale qui est de nature épistémologique et que, malheureusement, Coleman ne construit pas. L'argument consiste alors à souligner que Dworkin, à raison de son mentalisme épistémologique, est lui-même victime de l'erreur sémantique qu'il croit pouvoir dénoncer chez les positivistes. Nous reviendrons ci-dessous (cf. 1.2.2.) sur cette insuffisance épistémologique de l'approche herméneutique de Dworkin.

le raisonnement même de Coleman appelle ce prolongement (1.2.1.), pour ensuite en dégager les implications proprement épistémologiques au plan de la théorie du droit (1.2.2.).

1.2.1. *Le double prolongement nécessaire de la redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance.*

Comme nous venons de le signaler, la reformulation que suggère Coleman de la manière dont Hart formule la règle de reconnaissance nous paraît exiger un double prolongement. Tout d'abord, si la règle de reconnaissance consiste en une pratique coopérative, les conditions institutionnelles nécessaires à la réalisation de cette coopération ne se résument pas à celles définies par Bratman et reprises par Coleman (1.2.1.1). Ensuite, cette "action coopérative" dont dépend la signification du droit ne concerne pas seulement les autorités officielles en charge de l'application du droit (c'est-à-dire essentiellement les juges) mais concerne aussi les citoyens qui sont concernés par la norme (1.2.1.2). Analysons les raisons qui expliquent la nécessité de ce double prolongement.

1.2.1.1. *Un approfondissement de l'approche des conditions de l'action coopérative.*

Pour quelle raison l'approche de l'action coopérative proposée par Coleman traduit-elle une compréhension insuffisante des conditions de possibilité d'une telle action? Il ne s'agit pas de mettre en cause le point de départ de cette approche. Bien au contraire, on ne peut que marquer un total acquiescement à la proposition que Coleman (et Shapiro), à la suite de Bratman, placent au fondement de leur analyse de l'action coopérative. Rappelons-en la formulation qu'en donne Bratman: "shared intention ... is not an attitude in any mind. It is not an attitude in the mind of some fused agents, for there is no such mind; and it is not an attitude in the mind or minds of either or both participants. Rather, it is a state of affairs that consists primarily in attitudes (none of which are themselves shared intentions) of the participants and interrelations between those attitudes"⁵⁷. Mais, précisément, si l'on comprend la portée complète d'une telle proposition, on est conduit à des conséquences qui obligent, non seulement à étendre les conditions institutionnelles nécessaires à l'accomplissement d'une telle action, mais aussi et surtout à modifier l'approche conventionnaliste habituelle que les positivistes ont du concept de droit.

En effet, si l'on admet que l'intention partagée n'est pas "dans l'esprit" des acteurs mais qu'elle doit s'incarner dans des dispositifs institutionnels qui la rendent possible, on peut reformuler cette même proposition dans la forme suivante: les ressources fournies par les capacités internes à la raison des acteurs ne sont pas suffisantes à assurer la réalisation de l'intentionnalité visée par l'action coopérative. Cela revient donc à dire que cette intentionnalité est fonction, pour sa réalisation, d'une limitation interne puisqu'elle ne peut pas trouver en elle-même - c'est-à-dire dans les seules capacités internes de représentation de l'agent intentionnel - les conditions suffisantes à son effectuation. Disons le encore en d'autres termes : toute effectuation, dans le réel social, d'une telle visée intentionnelle est fonction d'un *extérieur à elle*.

Mais, cette reformulation permet de mettre en évidence une conséquence plus profonde de la proposition qui souligne que la *shared intention* n'existe pas dans les esprits. En effet, il ne suffit pas de s'arrêter à cette dernière reformulation en termes de conditions de possibilité d'effectuation de toute visée intentionnelle partagée *extérieures* à la raison. Si l'on s'efforce de bien comprendre ce qu'implique une telle reformulation, on perçoit d'emblée que cette idée d'extériorité entraîne nécessairement et automatiquement une autre proposition : aucune forme, aucune représentation de cette visée intentionnelle "n'épuise" toutes les représentations possibles, toutes les formes possibles de cette intention partagée. *Chaque forme (représentation) donnée à une action coopérative n'est qu'une forme possible parmi d'autres et aucune ne "satisfait" à l'exigence de réalisation optimale de l'exigence normative de coopération.* Disons le encore en d'autres termes : la forme donnée *spontanément* à l'activité

⁵⁷ M. Bratman, "Shared Intention", *Ethics*, 104 (October 1993), p.107.

coopérative, même là où elle respecte les exigences de *responsiveness* "to the interests, intentions, preferences and actions"⁵⁸ des participants et de "commitment to the joint activity and to mutual support" soulignées par Bratman, reste toujours fonction de la représentation d'arrière-plan que les divers agents ont de leurs propres préférences. Supposer que ces représentations *immédiatement* mobilisées par les agents traduisent une représentation "optimale" de ce que sont les préférences des participants à l'action partagée, reviendrait à supposer à nouveau que les conditions de réalisation de l'intentionnalité sont internes à cette intentionnalité et, de ce fait, à méconnaître le principe d'extériorité mentionné ci-dessus. En effet, ce principe d'extériorité implique que les seules ressources internes à l'intentionnalité ne peuvent suffire à en assurer l'effectuation dans le réel social. En ce sens donc, toute représentation de ces préférences et, par conséquent, toute forme que prendra l'action coopérative ne constitue qu'une forme particulière possible parmi d'autres de réalisation des exigences portées par la visée partagée d'une fin commune.

Mais d'où vient qu'une telle constatation emporte des conséquences importantes ? En effet, pourrait-on rétorquer, peu importe qu'une telle représentation soit particulière puisqu'à l'inverse, il serait illusoire de vouloir définir les conditions d'une supposée représentation idéale des préférences des agents, et donc, d'une forme optimale d'action coopérative.

Certes, on ne pourra jamais définir une telle représentation optimale, car ce serait, comme on l'a signalé, supposer possible une forme d'intentionnalité qui trouverait en elle-même la capacité de se réaliser - c'est-à-dire supposer possible une absence d'autolimitation du jugement. Mais, la conséquence est ailleurs. En effet, la seule alternative à une telle impossibilité consiste-t-elle à supposer que les capacités limitées "naturelles" - c'est-à-dire celles dont disposent immédiatement les participants pour définir leurs préférences et intérêts - sont dès lors à prendre pour les seules capacités disponibles ? C'est une telle supposition qui sous-tend la position de Coleman (ou Shapiro et Bratman), en prenant pour *donnée* la représentation particulière que les agents se font de leurs intérêts et préférences. Comment ne pas voir, cependant, qu'à prendre pour un "fait donné" une telle représentation, on méconnaît à nouveau le principe épistémologique qui interdit de supposer que l'intentionnalité trouverait en elle-même les capacités de son effectuation dans le réel social ?

Même si l'on accepte l'absence possible d'une représentation idéale des préférences et, par conséquent, d'une forme optimale d'action coopérative, il est une troisième position qui est la seule à respecter ce principe épistémologique. Cette position consiste à prendre en compte le fait que la représentation que les agents formulent "*immédiatement*" de leurs intentions, intérêts, préférences (c'est-à-dire en l'absence de dispositifs spécialement organisés pour les amener à reconstruire leurs cadres interprétatifs) n'est qu'une sélection particulière parmi d'autres possibles et qu'une "attention" à cette opération de sélection permettrait donc éventuellement de construire d'autres sélections possibles. Il en résulterait une extension des possibles et ainsi une "optimisation" des représentations mobilisées par les participants à l'action coopérative, et donc une "optimisation" (ce qui ne veut pas dire atteindre un optimum) des formes de l'action coopérative. Cette extension des possibles serait liée à la mise en place, outre les dispositifs déjà bien mis en évidence par Bratman, de dispositifs spécifiques visant à inciter les acteurs à réinterroger leurs perceptions premières des préférences et à en interroger la redéfinition possible par élargissement des cadres interprétatifs *immédiatement* mobilisés. Il y aura ainsi dégagement d'une autre représentation "particulière" des exigences de la visée intentionnelle commune mais qui aura comme "avantage" d'avoir gagné en "extension" par rapport aux formes particulières qui n'auraient pas pris en compte l'autolimitation affectant la représentation de l'intentionnalité. On pourrait dire ainsi, qu'outre les conditions de *responsiveness* et de *mutual support* soulignées par Bratman, des incitants visant à assurer un

⁵⁸ J. Coleman, *The Practice of Principle*, op. cit., p. 96.

apprentissage réflexif des agents s'imposeraient de façon à leur permettre un retour réflexif sur les représentations d'arrière-plan qui orientent *immédiatement* leurs jugements.

La proposition selon laquelle "l'intention partagée n'existe pas dans les esprits des agents d'une action coopérative" a donc une portée épistémologique qui oblige à compléter la manière dont Bratman, Shapiro et Coleman conçoivent la nature des conditions de possibilité permettant d'assurer la réalisation d'une telle action. N'est-il pas symptomatique, d'ailleurs, que les exemples divers que Bratman utilise pour construire sa compréhension philosophique de la nature d'une action coopérative sont tous des exemples où la signification de l'intention partagée est toujours déjà donnée et prend une forme relativement simple (chanter ensemble, peindre ensemble une maison...). Certes, les analyses de Bratman montrent bien que l'application de cette signification nécessite des dispositifs de construction en commun. Mais, en se donnant déjà une formulation supposée donnée d'intentionnalité partagée, Bratman a d'autant plus de difficulté à dégager la signification épistémologique radicale de son principe de départ et à en dégager les implications sur le plan d'une théorie de l'intentionnalité.

L'approfondissement que nous venons de suggérer de l'analyse des exigences normatives internes à l'intention partagée n'est pas sans conséquences pour une analyse du concept de droit. Nous y reviendrons. Mais, on peut déjà dès à présent soulever quelques questions quant à l'usage que fait Coleman de ce concept de SCA (*Shared Cooperative Action*) dans sa théorie de la règle de reconnaissance. En effet, Coleman semble supposer que les formes d'organisation judiciaire développée par tous les Etats modernes satisferaient aux exigences de réalisation d'une SCA. Bien entendu, Coleman admettrait que ces formes ont pu varier dans le temps et dans l'espace. Cependant, elles seraient toutes supposées traduire, par-delà leur diversité, une même prise en compte des conditions de possibilité propres à la SCA. Mais, d'où viendrait cette capacité spontanée des systèmes collectifs à satisfaire aux exigences d'une organisation coopérative des autorités en charge de l'interprétation des critères de validité du droit ? Si l'on prend en compte la dimension d'apprentissage réflexif que nous avons relevée, il faudrait sans doute être plus circonspect sur cette supposée satisfaction de nos systèmes d'organisation judiciaire à satisfaire les conditions d'une SCA. Relevons incidemment qu'une telle interrogation rejoindrait fortement les réflexions actuelles de théorie sociale qu'à juste titre Coleman semble invoquer à l'appui de sa propre reformulation de la théorie de la règle de reconnaissance suggérée par Hart. Quelles qu'en soient les limites⁵⁹, il est en effet symptomatique de constater que toute l'évolution de la réflexion actuelle de théorie économique et de théorie sociale traduit un même souci d'étendre de plus en plus la nature des incitants ou des dispositifs qui doivent être mis en place pour réaliser des équilibres coopératifs. Bien plus, plusieurs auteurs, comme Argyris ou Schön par exemple, conditionnent expressément de tels équilibres à des formes d'apprentissage réflexif, même si leur théorie de la réflexivité reste en défaut de construire adéquatement le cadre épistémologique qu'elle exigerait. Par ailleurs, même si l'observation est moins théorique que sociologique, une telle prudence quant à la question de savoir si toutes les formes d'organisation judiciaire "épuisent" toutes les conditions rendant possible une satisfaction "optimisée" (et non optimale) des exigences de réalisation d'une coopération dans la manière d'interpréter la règle de reconnaissance, permettrait peut-être à la réflexion théorique de mieux rendre compte de la dynamique qui caractérise ces formes d'organisation judiciaire. Dans cette perspective, diverses évolutions sont significatives du besoin parfois ressenti par les acteurs judiciaires eux-mêmes d'une adaptation souhaitable de leurs modes d'organisation. Pour se limiter à un seul exemple, les importantes modifications liées à l'introduction, en droit

⁵⁹ Voy. sur ceci J.Lenoble & M.Maesschalck, *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, op.cit.

américain, de la *civil rights injunction*⁶⁰ à la suite de l'arrêt *Brown vs Board of Education* ne traduisent-elles pas le besoin de réorganiser certaines formes de procès pour assurer une meilleure construction des "perceptions" du juge dans les contentieux relatifs à certaines politiques publiques ?

Mais, le prolongement de l'approche de la SCA auquel invite une compréhension plus épistémologique des conditions de possibilité de l'intention partagée oblige à des déplacements théoriques plus significatifs que cette interrogation, en définitive assez secondaire d'un point de vue philosophique, sur la nature suffisamment coopérative ou non de nos formes d'organisation judiciaire. Pour y introduire, il nous faut d'abord signaler qu'un second prolongement de l'approche que Coleman nous propose de la règle de reconnaissance devrait encore être effectué.

1.2.1.2. Une réinterprétation du rapport entre règle de reconnaissance et pratique des citoyens en termes d'action coopérative.

Pour quelle raison la seule prise en compte de l'action coopérative des autorités officielles en charge de l'application du droit est-elle trop réductrice pour assurer une compréhension complète des conditions nécessaires à la réalisation de cette forme d'action collective par laquelle un groupe se régule juridiquement ? Pour quelle raison, donc, se limiter à cette seule prise en compte conduit à méconnaître une exigence conceptuelle propre à la *fonction de guidance du droit* ?

En définitive, la raison qui invalide une telle réduction est à nouveau épistémologique. Bien plus, elle est analogue à celle qui justifiait le premier prolongement de l'approche de Coleman. Comme nous allons le montrer, une telle réduction repose aussi sur le présupposé d'une capacité supposée donnée du groupe social à faire monde commun, sans que soient réfléchies les conditions de possibilité rendant possible une telle capacité. Pour montrer comment opère ce présupposé dans les approches de Hart ou de Coleman, reprenons pas à pas le fil de leur raisonnement.

On l'a vu, Hart – et à sa suite Coleman – posent que l'existence d'un système juridique au sein d'un groupe social ne requiert pas que se manifeste chez les citoyens le "point de vue interne" qui est exigé des autorités en charge de l'application du droit. Il suffit que le comportement des citoyens traduise une simple pratique habituelle et générale d'obéissance à la loi⁶¹. Comme le rappelle Coleman, "the majority of persons need not as a conceptual matter adopt the internal point of view toward the behavior by which officials validate law, nor towards the subordinate rules that are validated under the legal system"⁶². En d'autres termes, peu importe que la majorité de la population "se sente obligé" ou se considère comme "ayant l'obligation" de respecter les règles de droit⁶³. Exiger des citoyens l'adoption d'un point de vue interne reviendrait, souligne Hart, à demander "que la population "admette" (la règle de reconnaissance) de façon aussi explicite et consciente que les autorités appartenant au système"⁶⁴. Une telle exigence, note Hart, est irréaliste car, en tout cas dans nos Etats

⁶⁰ O. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana UP, 1978; voy. aussi du même auteur, *The Bureaucratization of the Judiciary*, 92 *Yale L. J.*, (1983) 1442ss.

⁶¹ "Tant que les règles de droit qui sont valides au regard des critères de validité du système sont obéies par l'ensemble de la population, ce fait constitue certainement la seule preuve dont nous ayons besoin pour établir l'existence d'un système juridique donné" (H. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 143.

⁶² "Of course, continue Coleman, it may be desirable on efficiency grounds that a population treat law as legitimate or obligation-imposing, since fewer public resources might then be required to insure compliance" (*J. Coleman, The Practice of Principle*, p.76).

⁶³ Sur cette distinction, H. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p.113.

⁶⁴ H. Hart, *Ibid.*, p.143.

modernes complexes, "la situation réelle est qu'une grande partie des simples citoyens – peut-être une majorité – n'a aucune conception globale de la structure du droit ou de ses critères de validité...Ils peuvent obéir (au droit) pour une multitude de raisons différentes, parmi lesquelles peut figurer souvent, sinon toujours, le fait qu'ils savent qu'il vaut mieux pour eux d'agir ainsi. Ils sont conscients des conséquences générales que risque d'entraîner une désobéissance: des autorités les arrêteront et d'autres les jugeront et les enverront en prison pour avoir transgressé la loi"⁶⁵. Hart précise encore son idée en des termes très explicites. Dans cette hypothèse où "seules les autorités admettent et utilisent les critères de validité juridique du système", la société "ressemblerait de façon déplorable à un troupeau de moutons; et les moutons pourraient finir à l'abattoir. Mais il n'y a guère de raisons de penser qu'un tel système ne saurait exister, ni de lui refuser la qualité de système juridique"⁶⁶. Certes, il ne s'agit pas de refuser à un tel système la qualité de système juridique, ni de critiquer l'observation élémentaire que la majorité des citoyens ne possède aucune connaissance globale de la structure du droit ou de ses critères de validité. De la même manière, Coleman a raison de dire que la pratique générale d'obéissance ne doit pas être le résultat d'une démarche consciente de jugement sur la légitimité de tels critères. En ce sens, Hart et Coleman (de même que la plupart des positivistes au premier rang desquels Kelsen) ont raison de souligner que l'existence d'un système juridique n'est pas conditionnée par la nature des motivations individuelles qui justifient son application générale et habituelle par les citoyens. Mais, à nouveau, comme dans l'approche de l'action coopérative, une telle alternative permet-elle de bien construire le problème et d'identifier les conditions qui rendent possibles une telle pratique générale d'obéissance ? Reprenons l'hypothèse que Hart suggère comme particulièrement probante de son raisonnement, à savoir celle d'un groupe social où les membres citoyens s'identifieraient à un troupeau de moutons et iraient même jusqu'à accepter de se laisser conduire à l'abattoir par simple obéissance d'un ordre appuyé de sanction. Que faut-il en effet nécessairement supposer pour que puisse exister un tel groupe social et une telle pratique générale d'obéissance ?

Sans doute, si l'on vivait sur une planète où les membres du groupe étaient "lobotomisés", on pourrait comprendre les comportements identiques d'obéissance aux ordres de l'autorité comme de simples réactions comportementales à un stimulus extérieur. Mais, à défaut d'une telle hypothèse d'individus "lobotomisés", il faut nécessairement mobiliser d'autres propositions pour rendre compte d'une telle pratique généralisée. Il faut, en effet, considérer que les membres du groupe font au moins trois opérations de jugement préalables à leur propre décision individuelle d'obéir et de se comporter "comme un mouton". Tout d'abord, le membre du groupe doit faire une anticipation sur le comportement des autres membres du groupe et avoir suffisamment de raisons de croire que ces derniers se comporteront aussi comme des moutons, c'est-à-dire de telle façon qu'il est justifié pour lui, en termes "coût-bénéfice" de s'assujettir à l'autorité policière ou dictatoriale et d'adopter un comportement purement passif, au risque même de se faire conduire à l'abattoir. De plus, il lui faut aussi faire une anticipation sur les anticipations d'autrui, c'est-à-dire supposer que les autres membres du groupe feront eux aussi une anticipation identique à celle que lui-même fait sur le "comportement passif" des autres membres du groupe⁶⁷. Enfin, il lui faut faire une

⁶⁵ *Ibid.*, p.143.

⁶⁶ *Ibid.*, p.147.

⁶⁷ Relevons l'analogie de ces anticipations croisées avec l'observation faite par Bratman dans son analyse de la *shared intention*: "In shared intention the constitutive intentions of the individuals are interlocking, for each agent has an intention in favor of the efficacy of an intention of the other. And the intentions of each involve a kind of reflexivity, for each has an intention concerning the efficacy of an intention of her own" (M. Bratman, *Shared Intention*, *Ethics*, *op.cit.*, p. 104. On peut aussi rappeler que, dès 1796, Fichte avait construit sa philosophie du droit (*Rechtslehre*) au départ d'une telle reconstruction

troisième forme d'anticipation: il lui faut supposer que l'autorité à laquelle il décide de s'assujettir va elle-même continuer, dans l'avenir, à se comporter d'une façon conforme à sa fonction actuelle. A défaut de telles anticipations, il ne pourrait y avoir de pratique "générale et habituelle" d'obéissance. L'instauration d'une telle pratique implique nécessairement une dimension de durée et une dimension collective qui ne peut s'instaurer que pour autant que minimalement se trouvent convoquées les trois anticipations relevées. Mais, s'il en est ainsi, qui ne voit dès lors que, même dans la forme la plus extrême d'un groupe dont les membres se comportent comme un "troupeau de moutons", toute pratique générale et habituelle d'obéissance présuppose donc une forme d'intention partagée, c'est-à-dire l'adoption et l'acceptation partagée d'une *forme de vie commune*.

A ce stade du raisonnement, on retrouve donc une parenté entre la forme d'action caractéristique des "autorités en charge de l'application du droit" et la forme d'action nécessairement mobilisée par toute pratique générale et habituelle d'obéissance de la part des citoyens. Répétons-le: cette parenté ou cette structure formelle d'analogie n'implique évidemment pas que ce qui "motive" la pratique générale d'obéissance des citoyens soit une réflexion commune sur les questions techniques impliquées par l'interprétation des critères juridiques de validité. Mais, il s'agit de mettre en évidence le lien qui existe entre cette pratique de respect majoritaire et la possibilité de faire émerger, au sein du groupe, une culture commune de "confiance" et d'adhésion à une forme de vie instituée par la structure institutionnelle du groupe. Il s'agit donc de comprendre le lien qui existe entre ce respect et la construction d'une "croyance" suffisamment commune rendant possible l'acceptation pratique par la majorité de cette forme de vie instituée. Comment comprendre l'opération par laquelle se construit cette confiance minimale que les membres d'un groupe social accordent aux autorités en charge de la détermination des exigences normatives ? Comme on vient de le voir, on ne peut raisonnablement comprendre cette opération en dehors de toute référence à une condition de croyance, c'est-à-dire à une forme d'acceptation pratique d'une forme de vie ? En ce sens, la possibilité de donner "sens" à l'exigence normative (et donc au droit) dans le réel social, c'est-à-dire de l'"appliquer", de lui faire produire des effets dans le réel, est dépendante d'un "vouloir", d'une "motivation commune" des destinataires de cette norme et, donc, d'une culture commune des acteurs aptes à assurer une réalisation effective des exigences normatives. La possibilité d'une "gouvernance par le droit" est conditionnée par son "acceptation pratique" par ceux qui ont charge de la respecter et donc d'en assurer la réalisation dans le réel social.

Hart, Coleman (ou Kelsen) s'empêchent d'ouvrir la boîte noire que constitue l'opération rendant possible l'émergence d'une telle culture pour le droit. Bien plus, ils ne perçoivent pas la nécessité de cette conditionnalité et la forme d'*action coopérative* qu'elle implique. Et, ne construisant pas ces conditions de possibilité de toute pratique générale et habituelle d'obéissance dans le chef des citoyens, Hart et Coleman aboutissent à supposer donnée une forme de capacité spontanée de tout groupe social à ériger une forme de vie commune, c'est-à-dire une capacité à faire communauté. Dès lors, Coleman ne retombe-t-il pas dans l'erreur qu'il dénonçait chez Hart et qui consistait à analyser la règle de reconnaissance en termes de "convention de coordination" ? Dès l'instant, en effet, où on repère la dimension d'intention partagée qui nécessairement structure toute pratique générale d'obéissance, se pose la question de sa réalisation possible, c'est-à-dire celle de ses conditions de possibilité. Et l'on retrouve donc la question des conditions de réalisation de toute forme d'intentionnalité partagée analysée ci-dessus dans le cadre particulier de la pratique de reconnaissance par les autorités publiques en charge de l'application du droit.

de ces réflexivités croisées qui sont à la base de toute combinatoire sociale; voy. notamment sur ceci, M. Maesschalck, *Droit et Création Sociale chez Fichte*, Paris-Louvain-la-Neuve, Peeters-Ed. de l'Institut Supérieur de philosophie, 1996.

Collège Thomas More, place Montesquieu, 2 B-1348 Louvain-la-Neuve

Téléphone (32 10) 47 46 52 Fax (32 10) 47 24 03

E-mail : brand@cpdr.ucl.ac.be

Il est d'ailleurs suggestif de relever que le raisonnement même de Coleman porte en lui-même divers indices qui mettent sur la voie d'un approfondissement nécessaire de la manière dont les positivistes conçoivent le lien entre le concept de droit et la pratique des citoyens. Ne relevons ici qu'un double indice.

1°. Comme on l'a vu, Coleman, pour justifier sa redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance, reprend explicitement un argument développé par S. Shapiro. Or, n'est-il pas significatif d'observer que cet argument, dans le raisonnement de Shapiro, ne concerne pas le comportement des autorités juridictionnelles mais porte, au contraire, sur la manière dont les citoyens se situent à l'égard de la règle de reconnaissance. Pour invalider le présupposé de Hart selon lequel la règle de reconnaissance pouvait s'analyser comme la solution d'un simple "jeu de coordination", Shapiro invoque, en effet, l'exemple tiré de l'attitude des citoyens américains à l'égard de leur constitution : celle-ci n'est pas perçue "as an arbitrary solution to a recurring coordination problem". Il est, en effet, plus vraisemblable de considérer, relève S. Shapiro, "that many would believe that they had a moral obligation to heed a text that had been ratified by the representatives of the people of the United States".

2°. Ensuite, un second indice, interne au texte même de Coleman, peut aussi être relevé. Il est en effet intéressant de noter que Coleman est lui-même tenu de rattacher sa conception d'une règle de reconnaissance à une forme de délibération commune des membres d'un groupe sur une règle de reconnaissance initiale portant institution des "officiels". Coleman, en effet, se doit de rencontrer l'objection de cercle vicieux qui risque d'affecter sa relecture pragmatiste de la règle de reconnaissance : la règle de reconnaissance dépend de la manière dont agissent les "autorités officielles" alors qu'en retour "whether or not individuals are *officials* in the relevant sense seems depend on the existence of a rule of recognition"⁶⁸. La réponse de Coleman est la suivante: "We must differentiate between two distinct roles that the same group of individuals plays in the conventionalist story. First, some group of individuals – we do not call them officials and we need not identify them by reference to laws – choose to have their behavior guided by a certain rule. In other words, they take the rule as giving them good reasons for action. If that rule takes hold in the sense of establishing membership criteria in a system of rules, and if those rules are complied with generally..., it is fair to say that a legal system exists. If a legal system exists, then that rule which guides the behavior of our initial group of individuals is correctly described as the rule of recognition for that legal system. And those individuals who guide their behavior by the rule are thus appropriately conceived of as "officials". They are, in a sense, officials in virtue of that rule, but they are not officials prior to it (in either the factual or the logical sense)"⁶⁹.

Mais, cette réponse ne traduit-elle justement pas ce que nous mettons en évidence, à savoir que le droit n'existe qu'en mobilisant une pratique d'arrière-plan qui a la forme d'une action coopérative (délibération sur une règle qui fournit des bonnes raisons pour agir) entre personnes qui ne sont pas des "officiels" ? Bien sûr, Coleman, dans sa citation, dispose qu'il s'agit des mêmes personnes physiques ("two distinct roles that the *same group of individuals*..."). Mais, cette hypothèse constitue une hypothèse restrictive. Soit, il s'agit de l'hypothèse d'un groupe restreint qui se gouverne sur le modèle d'une démocratie directe et où tous les citoyens sont à la fois citoyens privés et organes officiels du pouvoir. Soit (ce qui est, me semble-t-il, plutôt l'hypothèse envisagée par Coleman), il s'agit du groupe d'individus déjà investis par le groupe de la charge fonctionnelle d'exercer l'autorité normative. Dans l'une et l'autre hypothèse, Coleman prend en compte une hypothèse "restrictive" où se trouve déjà défini le groupe des personnes physiques en charge de l'exercice de la fonction normative.

⁶⁸ "After all, persons are officials in virtue of the laws that create officials. But those laws, we are told, are valid only if they are validated by the rule of recognition, which leads us back to where we started", *Ibid.*, pp. 100-101.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 101.

Mais comment s'est opéré le choix de ce groupe de personnes dont le respect d'une règle commune sera considéré comme constitutif d'une règle de reconnaissance ? Coleman "se donne" ce choix comme un choix dont la signification n'est pas interrogée. Coleman a raison de souligner que cette signification (c'est-à-dire la qualification d'*official*) ne dépend pas elle-même d'une règle. En ce sens, sa réponse à l'objection de cercle vicieux est tout à fait exacte. Mais, pour ne pas interroger plus avant les conditions de possibilité de ce choix, il présuppose ce choix donné. Pour *se le donner*, il ne perçoit pas qu'il est lui-même le résultat d'une opération de jugement qui est interne à la pratique collective de construction d'une forme de vivre ensemble. Ce choix est lui-même dépendant de la manière dont se construit la croyance "commune" dont résulte cette convention d'arrière-plan que l'on peut qualifier, si on le souhaite, de "contrat social". En ce sens, la pratique de *reconnaissance* par les "*officials*" est elle-même fonction d'une altérité qui la rend possible.

1.2.2. La portée épistémologique de ce double prolongement et ses conséquences au plan de la théorie du droit.

Les analyses qui précèdent, et principalement celles consacrées au prolongement de l'approche de l'action coopérative suggérée par Coleman (ou Shapiro) nous permettent de franchir un pas supplémentaire dans le raisonnement. Elles nous aident, en effet, à comprendre le prolongement qu'appelle la cadre épistémologique du "tournant pragmatique" judicieusement opéré par Coleman au sein de la théorie du droit. Ce prolongement débouche, comme nous allons le voir, sur une compréhension plus étendue de la réflexivité de toute opération de jugement (1.2.2.1.). En retour, ce prolongement épistémologique de l'approche pragmatiste permet de jeter un regard nouveau sur deux questions clefs du débat contemporain en théorie du droit : la question d'une évaluation de la critique dworkinienne du positivisme juridique (1.2.2.2.), et la question du jugement d'application en droit dont on a vu qu'il constituait le vecteur central autour duquel s'est développée, depuis plus d'un siècle; la tentative répétée d'une dénonciation des insuffisances d'une analyse positiviste du concept de droit (1.2.2.3.). Remarquons aussi, dès à présent, que cette seconde question nous permettra en même temps de réinterpréter la question de l'éventuelle portée normative du concept de droit.

1.2.2.1. Pragmatisme et approche réflexive du jugement

C'est un des grands mérites de Coleman (et des philosophes du droit américains qui lui sont proches comme, par exemple, B. Leiter) que de construire sa théorie du droit sur des bases épistémologiques explicites et sérieusement fondées. Tel est le sens de son "approche pragmatiste" et des quatre principales caractéristiques qui en définissent la spécificité épistémologique⁷⁰. C'est assurément le respect de l'exigence épistémologique propre à cette approche pragmatiste qui explique le double gain de la théorie de Coleman tant par rapport à Hart que par rapport à Dworkin. Une attention approfondie de Dworkin et de Hart à la portée exacte des principes du holisme sémantique et de la révisabilité des croyances n'aurait, en effet, pas manqué de les rendre conscients des insuffisances de certaines de leurs thèses et de

⁷⁰ Ces quatre caractéristiques principales, indique Coleman en s'appuyant ici sur les travaux de Quine, Sellars, Davidson et Putnam, sont les suivantes: "(1) a commitment to semantic non-atomism; (2) the view that the content of concepts is to be explicated in terms of their inferential role in the practices in which they figure...; (3) the view that the way in which a concept figures in one practice influences its proper application in all others, and, in this sense, practices are to be viewed holistically; and (4) a commitment to the in-principle revisability of all beliefs" (*Ibid.*, p. 6). Nous ne reprenons pas ici, quelle qu'en soit la justesse, la cinquième caractéristique mentionnée par Coleman (*explanation by embodiment*) qui ne nous semble pas d'une importance de même nature pour nos propres développements.

la nécessité d'en proposer une meilleure construction. Dworkin aurait rapidement perçu que le conventionnalisme en théorie du droit n'est évidemment en rien incompatible, contrairement à ce qu'il prétend, avec une approche interprétativiste de la règle de reconnaissance. De même, Hart aurait été contraint de devoir explicitement se confronter à la question de la forme et des conditions de possibilité d'une action collective (convention de coordination ou action coopérative) susceptible de générer, au plan des autorités publiques, une signification normative identique pour tous. Bien plus, pourrait-on relever, c'est le pragmatisme de Coleman et le refus qui lui est lié de tout mentalisme épistémologique⁷¹ qui lui permet d'ouvrir, avec l'aide de Shapiro et de Bratman, la théorie du droit aux contraintes d'une compréhension non mentaliste des conditions de l'action coopérative. Mais c'est ici que nous retrouvons l'apport de nos développements précédents. En effet, le prolongement que nous avons suggéré à propos de l'analyse que Coleman (ou Bratman) fait de l'action coopérative est, en retour, indicatif d'un prolongement analogue à effectuer dans son approche de la "méthode pragmatique"⁷² ?

D'emblée, on pourrait s'étonner de notre démarche. N'est-il pas curieux, à première vue, qu'une réflexion sur l'action coopérative soit jugée transposable au plan d'une théorie de l'intentionnalité et de la signification ? En effet, autant il est facilement compréhensible qu'une approche non mentaliste de l'intentionnalité soit utilisée pour mieux comprendre les conditions de construction d'une signification partagée dans le cadre d'une action coopérative (telle est, en définitive, la démarche suivie par Bratman pour analyser la *shared cooperation action*), autant il peut apparaître curieux de faire l'inverse et de transposer les enseignements d'une réflexion sur l'action coopérative au plan d'une réflexion épistémologique sur les conditions de productivité sémantique d'un jugement. En fait, il n'en est rien. Car, si on comprend bien la portée de l'approche pragmatiste telle que Coleman la présente, on perçoit d'emblée que la question de la productivité sémantique d'un jugement est, très judicieusement, analysée en termes d'action coopérative. Le holisme sémantique et le refus du mentalisme consistent précisément à considérer que les significations (c'est-à-dire les visées intentionnelles des opérations de jugement), loin d'être des entités physiques ou computationnelles déposées dans l'esprit, sont toujours dépendantes de la signification d'autres éléments⁷³ dont la signification ne peut elle-même être supposée fixée et déterminable par application de règles formelles. C'est dire donc, comme l'ont bien mis en évidence L. Wittgenstein et H. Putnam, qu'ultimement la signification est fonction de l'usage et que celui-ci prend nécessairement la forme d'une pratique sociale partagée. En ce sens, la fixation de la signification – ou, pour le dire en d'autres termes, la détermination des effets de sens produits par les opérations de jugement – est fonction d'une forme d'activité coopérative au sein de groupes sociaux en vue de produire des croyances communes. C'est en même temps cette référence de la signification à l'usage et aux pratiques sociales qui le traduisent qui permet aussi de comprendre le principe de révisabilité des croyances que Coleman place très judicieusement au cœur de l'approche pragmatiste. En effet, ces pratiques en forme d'action coopérative où se construisent nos représentations communes (croyances) en assurent en même temps la "révisabilité" c'est-à-dire l'adaptation en fonction des "intérêts" – de l'intentionnalité – qui nous ont "motivés" à faire usage de nos jugements⁷⁴.

⁷¹ Voy. sur le lien entre le holisme sémantique et le refus du mentalisme (c'est-à-dire d'une position qui consiste "à considérer les concepts comme des entités que l'on peut décrire scientifiquement dans l'esprit ou le cerveau", H. Putnam, *Représentation et Réalité*, *op.cit.*, p. 31), H. Putnam, *Ibid.*, chapitre 1 "Signification et Mentalisme", pp. 21-47; voy. aussi sur ceci, M. Maesschalck, *Normes et Contextes*, Hildesheim, Olms, 2001, pp. 242 ss.

⁷² *Ibid.*, p. 6.

⁷³ Comme le suggère Coleman, laissons la question "open whether the whole semantic system enters into the meaning of every concept, proposition, and belief" (*Ibid.*, p. 7 n.7).

⁷⁴ Laissons aussi de côté la question des critères de révisabilité qui pourront éventuellement être considérés propres à la nature spécifique (empirique, évaluative..) des diverses représentations possibles (voy. ainsi pour Coleman, *Ibid.*, p. 9 n.11).

Mais c'est précisément en ce point que s'avère la nécessité de transposer, au plan de l'approche pragmatiste de Coleman, les réflexions que nous avons faites au plan de sa conception de l'action coopérative. En définitive, le refus du mentalisme qui résulte du holisme sémantique oblige à interroger plus avant cette "boîte noire" que Coleman laisse non interrogée et qui porte sur les conditions de cette "auto-révisabilité des croyances". Tout semble en effet se passer, non seulement chez Coleman, mais aussi au sein des approches pragmatistes contemporaines sur lesquelles il s'appuie - comme celle de H. Putnam -, comme si cette "auto-révision collective" résultait du jeu immédiat de compétences inscrites dans l'esprit des acteurs de tout groupe social. Mais, comme on l'a vu ci-dessus, comment ne pas voir que supposer de telles "capacités innées ou immédiates" à assurer une telle révision, revient à procéder à deux suppositions hautement problématiques. D'une part, cela revient à restaurer un mentalisme qui vient contredire le holisme des croyances dont Putnam a bien vu qu'il était logiquement lié au holisme sémantique. D'autre part, et en conséquence de ce dernier mentalisme, cela laisse supposer que toute opération de jugement trouve en elle-même les capacités nécessaires pour assurer, autant qu'il est possible, la réalisation de l'intentionnalité qui en motive l'usage. Certes, aucun groupe social ne peut atteindre la "révision" idéale de ses croyances. En ce sens, les capacités de la raison humaine sont évidemment limitées. Mais, pour ne pas interroger les conditions de l'opération de révision des croyances, on en vient à supposer que, dans le cadre de ces limites, la meilleure révision possible des croyances au sein du groupe social s'obtient par le seul jeu immédiat des compétences internes à l'opération de jugement. Comme nous l'avons vu ci-dessus, une telle supposition est contradictoire avec le principe même qui motive le refus mentaliste qui est à la base de l'épistémologie pragmatiste.

En ce sens, le refus du mentalisme oblige à mettre en évidence ce qu'on peut appeler la dimension *réflexive* de toute opération de jugement. Cette dimension réflexive ne consiste pas, comme on la comprend généralement, à affirmer la compétence "rétrospective" de la raison à revenir sur ses représentations antérieures ("à faire retour sur soi"). Elle vise, au contraire, à poser que toute "application" de la raison s'appuie sur ("réfléchit") une représentation d'arrière plan que les opérations de la raison ne permettent pas par elles-mêmes de reconstruire. C'est cette dimension réflexive qui justifie, comme on l'a vu ci-dessus, que la représentation que les acteurs d'une action coopérative formulent "*immédiatement*" de leurs intentions, intérêts, préférences (c'est-à-dire en l'absence de dispositifs spécialement organisés pour les amener à reconstruire leurs cadres interprétatifs) n'est qu'une sélection particulière parmi d'autres possibles et qu'une "*attention*" à cette opération de sélection permettrait donc éventuellement de construire d'autres sélections possibles. En d'autres termes, une attention à *l'auto-limitation contextuelle* qui résulte de la réflexivité qui affecte toute opération de la raison permettrait une extension des possibles et ainsi une "optimisation" des représentations mobilisées par les participants à l'action coopérative, et donc une "optimisation" (ce qui ne veut pas dire atteindre un optimum) des formes de l'action coopérative. Cette extension des possibles serait liée à la mise en place, outre les dispositifs déjà bien mis en évidence par Bratman, de dispositifs spécifiques visant à inciter les acteurs à réinterroger leurs perceptions premières des préférences et à en interroger la redéfinition possible par élargissement des cadres interprétatifs *immédiatement* mobilisés. Il y aura ainsi dégagement d'une autre représentation "particulière" des exigences de la visée intentionnelle commune mais qui aura comme "avantage" d'avoir gagné en "extension" par rapport aux formes particulières qui n'auraient pas pris en compte l'autolimitation affectant la représentation de la forme intentionnalité. On pourrait dire ainsi, qu'outre les conditions de *responsiveness* et de *mutual support* soulignées par Bratman, des incitants visant à assurer un *apprentissage réflexif* des

agents s'imposeraient de façon à leur permettre un retour réflexif sur les représentations d'arrière-plan qui orientent *immédiatement* leurs jugements. C'est uniquement lorsqu'on a ainsi tiré les conséquences "épistémologiques" ultimes du refus pragmatiste du mentalisme et qu'on a dégagé, sur cette base, les conditions de possibilité de l'auto-révisabilité des croyances que l'on peut poser le principe d'une telle auto-révision c'est-à-dire que l'on peut supposer satisfaites les exigences normatives portées par l'intentionnalité qui guide cette exigence "d'auto-révision" des croyances au sein d'un groupe social. A défaut, ce principe de révisabilité reste une "boîte noire" et implique, de façon subreptice, la restauration d'un mentalisme épistémologique que le pragmatisme visait, au contraire, à dénoncer. Avant d'analyser certaines des conséquences auxquelles conduit ce "prolongement" de l'approche pragmatiste de Coleman, un bref détour par l'apport mais aussi les limites de Putnam aide à mieux encore faire comprendre ce point.

En effet, Putnam est sans doute celui des pragmatistes contemporains qui a le mieux tenté de dégager les implications épistémologiques du holisme sémantique et du refus du mentalisme qui lui était corrélatif. A ce titre, comme on l'a déjà signalé, il a bien mis en lumière le lien "logique" qui existait entre holisme de la signification et holisme de la croyance qui guidait les pratiques sociales par lesquelles il était fait usage des significations. Bien plus, Putnam n'a eu de cesse de noter que ce *holisme de la croyance* interdisait de formellement fixer les procédures de définition des croyances qui commandent l'usage par lequel tout jugement prend ses effets de sens. C'est précisément pour éviter d'outrepasser les limites pragmatiques de la raison qu'il pose que la fixation des croyances partagées ne peut que résulter d'une procédure de construction en commun par échange public. En ce sens, Putnam a explicitement et lumineusement perçu le lien constitutif qui existait entre la productivité sémantique des opérations de jugement et l'action coopérative. Mais, le raisonnement doit être poursuivi⁷⁵. Car, si c'est exact, la réflexivité qu'implique ce holisme⁷⁶ interdit de supposer construite, par le seul jeu des contraintes formelles de la discursivité, la croyance qui conditionne l'effet de sens de ce qu'elle conduit à définir comme exigences rationnelles. L'instauration de la culture coopérative qui conditionne l'adaptation des croyances existantes à celles 'appelées' par la raison demande donc des conditions de possibilité spécifiques⁷⁷. Supposer que le seul jeu des contraintes formelles de l'éthique de la discussion, c'est-à-dire le seul jeu formel de la discussion publique, assurera de lui-même la réalisation de la culture coopérative qu'il nécessite pour faire sens, neutralise et méconnaît l'argument putnamien de l'impossible formalisation des procédures de fixation des croyances. Supposer que le seul jeu interne des contraintes formelles de l'échange argumenté assure l'auto-adaptation des croyances méconnaît que la possibilité de l'échange argumenté n'est elle-même rendue possible que par une croyance partagée motivant les participants à en faire usage .

⁷⁵ En ce sens donc, Putnam restaure ultimement une approche schématique du jugement normatif, voy. sur ceci M. Maesschalck, *Normes et Contextes*, *op.cit.*, p. 312; et aussi J. Lenoble & M. Maesschalck, *Towards a Theory of Governance*, *op.cit.*, p. 304.

⁷⁶ C'est-à-dire le fait que les conditions de possibilité pour la raison de s'effectuer dans le réel sont fonction d'un extérieur à elle, comme l'exige le refus du mentalisme qu'implique le holisme.

⁷⁷ C'est en ce sens, comme on l'a vu, que M. Bratman a très bien intuitionné le jeu de cette conditionalité. Pour ne pas cependant en construire le fondement épistémologique qui tient à la réflexivité de l'opération du jugement, il manque certaines des conditions qu'implique la réalisation d'une action coopérative, dont, par exemple, celle qui consiste à rendre possible le retour "réflexif" par chacun des acteurs sur sa propre perception du contexte. Les conditions sont à réfléchir tant du côté de l'environnement institutionnel qui doit garantir que le dispositif de négociation délibérative assure une intégration effective des diverses perceptions que du côté de la "capacité" de chaque intentionnalité à assurer l'auto-adaptation de la perception qu'elle mobilise.

En effet, la nécessité d'une telle "croyance" - que la seule opérativité formelle de la raison ne suffit donc pas à faire émerger - traduit le rapport *réflexif inférentiel*⁷⁸ qui conditionne la possibilité pour la raison de faire sens, c'est-à-dire la possibilité pour la raison de se réaliser dans le monde⁷⁹. Toute visée rationnelle de sens ne peut se réaliser qu'en se soumettant à une conditionnalité spécifique que le seul jeu formel de la raison ne suffit pas à garantir. *Schématiser* cette capacité de réalisation, c'est supposer qu'une règle, nécessairement inscrite dans l'esprit des acteurs, en garantit l'usage. En ce sens, on restaure un mentalisme. La fixation de la croyance est elle-même une opération réflexive dont la réalisation ne peut jamais être supposée 'réglée' par une capacité supposée du sujet. Au contraire, à défaut de mettre en place des dispositifs visant à organiser la réflexivité de cette opération de construction en commun d'une adaptation des croyances aux exigences critiques portées par la raison formelle, rien ne garantit que l'application faite de ces exigences formelles assurera la transformation du monde et des comportements qu'elles appellent.

Quel est le gain pour la théorie du droit que procure un tel approfondissement "réflexif" d'une approche pragmatiste du jugement ? Nous ne reviendrons évidemment pas ici sur l'approche renouvelée qu'il permet des conditions de possibilité de cette pratique sociale par laquelle se définit et se révisé interprétativement la "règle de reconnaissance" constitutive des critères de définition du droit au sein d'un groupe sociale. Rappelons seulement que cet approfondissement, qui a pris la forme d'un double prolongement de la redéfinition de la thèse de Hart suggérée par Coleman, s'appuyait directement sur une meilleure prise en compte des conditions de possibilité du principe de révisabilité des croyances et de l'action coopérative qui en assure la mise en oeuvre. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons qualifié cette analyse d'approche génétique du concept de droit, c'est-à-dire d'une approche qui, à la différence du positivisme classique, prend en compte l'ensemble des conditions "d'engendrement" de la convention par laquelle se définit le droit, c'est-à-dire des conditions de possibilité⁸⁰ de cette convention. Nous voudrions ici montrer le gain que cet approfondissement "réflexif" de la théorie pragmatiste du jugement permet par rapport aux critiques habituelles adressées au positivisme. En effet, si Coleman en dénonce très justement les insuffisances, il risque aussi, dans le même moment de ne pas percevoir la reformulation qu'elles exigent et qui permettrait de valider l'intuition dont elles sont porteuses. Dans cette perspective, deux questions méritent d'être rapidement réexaminées à la lumière de nos observations épistémologiques: d'une part la critique herméneutique de Dworkin et, d'autre part, comme nous l'avons relevé en début de notre article, la question de savoir comment évaluer cette intuition qui anime la réflexion sur le droit depuis la fin du 19^{ième} siècle, à savoir

⁷⁸ L'expression inférentielle indique que la réflexivité n'est pas "rétrospective" et n'est pas rendue possible par l'effet d'une règle "déposée" dans l'esprit des agents. L'opération réflexive n'est pas déductive mais fonctionne sur le mode "inférentiel", c'est-à-dire comme condition de possibilité de la signification.

⁷⁹ Déterminer, à l'aide de sa raison, une action à accomplir signifie vouloir "transformer" le monde pour résoudre un problème, c'est-à-dire vouloir "rationaliser" le monde. Mais, comme l'intuition le laisse immédiatement apercevoir, *vouloir* rationaliser le monde implique une certaine "culture", c'est-à-dire une certaine croyance ou adhésion en une *forme de vie* : une vie dirigée par la raison. La transformation du monde qu'elle implique l'action à accomplir n'est possible que parce qu'on a accepté que le monde peut et doit être rationalisé. Toute opération de la raison fait, comme disait Fichte, l'expérience d'un choc (*Anstoss*) qui lui vient de ne pouvoir produire des effets dans le réel qu'en s'appuyant sur quelque chose qui n'est pas elle. Ce n'est pas la raison qui justifie la croyance en la capacité qu'elle aurait de transformer le réel. Mais, c'est l'inverse. L'application de la raison dans le monde est conditionnée par la croyance en sa possible réalisation. L'effectuation de la raison s'appuie en dernier ressort sur la croyance, sur l'intuition du pouvoir de la raison à transformer le réel. Le pouvoir de la raison renvoie ainsi réflexivement à un extérieur qui n'est pas elle.

⁸⁰ C'est pourquoi, comme nous l'avons déjà signalé (cf. ci-dessus n.54), nous pourrions aussi qualifier une telle approche, d'approche "transcendantale" du droit au sens technique que Kant et Fichte ont donné à ce terme. Relevons aussi combien ce déplacement par rapport à l'approche positiviste constitue un déplacement analogue à celui que Putnam constate comme celui que le "holisme de la signification" traduit, sur le plan épistémologique, par rapport "aux tentatives positivistes visant à montrer que tous les termes que nous pouvons comprendre peuvent se définir à partir d'un groupe limité de termes (les termes d'observation)" (H. Putnam, *Représentation et Réalité, op. cit.*, p.32).

l'idée que l'insuffisance du positivisme juridique serait lié à une insuffisante compréhension de l'opération d'application en droit. Comme nous le constaterons, cette dernière question nous permettra en même temps de réévaluer la fausse opposition entre approche descriptive et normative du droit et d'introduire à la question du lien "épistémologiquement" nécessaire entre analyse conceptuelle du droit et théorie de la gouvernance.

1.2.2.2. Une réévaluation de la critique dworkinienne du positivisme

En indiquant ci-dessus les avantages de la démarche de Coleman tant par rapport à Dworkin que par rapport à Hart, nous avons déjà relevé la double insuffisance de la critique dworkinienne du positivisme conventionnaliste. Tout d'abord, cette critique est théoriquement inconsistante : contrairement à ce que croit Dworkin, une approche conventionnaliste incorporationniste, loin de méconnaître la dimension interprétative de la règle de reconnaissance, implique une telle dimension. Une telle implication, on le comprend maintenant aisément est directement liée au principe pragmatiste de révisabilité des croyances. Ensuite, cette difficulté de Dworkin à appréhender correctement la portée pragmatiste de la redéfinition de la thèse positiviste traduit son incapacité à formuler en termes épistémologiques adéquats la nature du "piège sémantique" qu'il dénonce chez les positivistes. Cette seconde insuffisance explique que Dworkin retombe lui-même dans l'erreur qu'il impute aux approches positivistes du droit et qu'il croyait pouvoir éviter par son approche herméneutique. Mais, elle explique aussi qu'il est en défaut de pouvoir construire la juste intuition qu'il a de l'insuffisance du positivisme juridique. C'est pourquoi, comme on l'a déjà signalé, notre hypothèse est qu'une commune insuffisance sémantique affecte tant la perspective dworkinienne que le conventionnalisme positiviste de Hart et Coleman.

Reprenons tout d'abord la question du piège "sémantique" dans lequel Dworkin retombe lui-même alors qu'il croyait y échapper par le recours au modèle herméneutique. A ce stade de nos développements, nous sommes en mesure de mieux comprendre comment se manifeste cette erreur sémantique. Pour expliciter notre idée, on ne peut mieux faire que de partir de l'analyse critique que H. Putnam a opéré des thèses de Dworkin. Cette analyse critique, réalisée à l'invitation de Coleman et de Leiter d'ailleurs, est très stimulante car elle tente de formuler cette critique sur le plan directement épistémologique. Mais, dans le même temps où elle dénonce très justement, de façon philosophiquement élaborée et en des termes autres que "déconstructionnistes ou derridiens", le piège formaliste dans lequel retombe Dworkin, cette critique reste cependant fragile et incomplète. Reprenons donc ce raisonnement de Putnam. Il nous permettra de montrer en quoi le prolongement réflexif du pragmatisme putnamien que nous avons préalablement mis en évidence nous aide à approfondir et reformuler cette critique.

La critique développée par Putnam porte sur les présupposés épistémologiques de la théorie de la *one right answer* de Dworkin. Bien évidemment, cette théorie de la *one right answer* ne signifie en aucune manière une quelconque mise en cause du caractère éminemment "*controversial*" de la signification du droit. Putnam accorde bien volontiers qu'en tout cas depuis *Law's Empire*⁸¹, "Dworkin now holds that in some cases there may not be a unique "right answer" (reasons of both sides may be equally strong)". En ce sens, il est donc exact que Dworkin abandonne le principe de bivalence, c'est-à-dire "the logical principle that a statement is either true or false – tertium non datur". Mais, relève très justement Putnam, "*this sort of failure of a unique right answer to exist is ubiquitous in language, and has nothing to do*

⁸¹ La position de Dworkin était effectivement moins nette dans *Taking Rights Seriously* (London, Duckworth, 1977); voy. sur cette évolution de la théorie de la *one right answer* de Dworkin, J. Coleman, "Truth and Objectivity in Law", *1 Legal Theory* (1995), pp.48-54.

with the (unreasonably strong) form of bivalence that Dworkin continues to accept". Quelle est donc la forme de bivalence que Dworkin continue d'accepter ? "Dworkin's present position ... is that for an answer to be "right" just is for it to be the answer that is best supported by reasons⁸². If the fact that there may not be a right answer (in this sense) in some cases (because there may be a "tie" in the strength of the reasons) meant that the logical principle of bivalence had to be given up, then the fact that there may be no right answer to the question "Who is the tallest kid in the class?" because two or more kids may be tied for tallest would already mean that bivalence has to be given up! Bivalence would have never been accepted as a logical principle in the first place⁸³ if *this* sort of thing were a counterexample". Mais, souligne très justement Putnam, "what *is* a problem for the principle of bivalence is that it entirely abstracts from – in fact denies – the possibility of what is called "second order vagueness" – that is, the possibility that, not only may there be cases in which there is no determinate right answer, but that it may be *indeterminate which those cases are* (where vagueness ends may itself be vague, in other words)"⁸⁴. Ce que dénonce Putnam est donc bien la présupposition de l'existence d'une règle qui nous permettrait, à un niveau quelconque, de formaliser la pratique interprétative, c'est-à-dire l'opération constitutive de la signification. La critique de Putnam est-elle cependant exacte ? Putnam intuitionne très correctement qu'à un certain niveau de son raisonnement, Dworkin méconnaît, non pas le holisme de la signification, mais le holisme de la croyance, c'est-à-dire l'idée qu'il n'y a pas de procédure formelle de fixation de la croyance. Mais, cette insuffisance épistémologique de Dworkin ne peut pas être formulée dans les termes utilisés par Putnam. En effet, Dworkin reconnaît certainement ce que Putnam appelle le "second order of vagueness". Il serait le premier à reconnaître que le caractère "controversial" du droit implique qu'on ne puisse déterminer par une règle formelle quels sont les "easy cases" et les "hard cases". Une telle distinction, reconnaîtrait-il, est elle-même le résultat d'une pratique interprétative et est, par conséquent, non formalisable. Ce n'est donc pas au plan sémantique de ce "second order of vagueness" que se manifeste la "reformalisation de l'opération normative" dont est victime Dworkin. C'est sur un troisième plan que se manifeste cette "reformalisation". Mais, ce troisième plan est inaccessible à Putnam à cause, comme on l'a indiqué ci-dessus, de son insuffisante perception des conséquences attachées à une approche "non mentaliste" de l'opération du jugement. En effet, une telle approche oblige à interdire que la raison trouve en elle-même les ressources nécessaires à sa propre productivité sémantique (c'est-à-dire à sa capacité de s'effectuer dans le réel social). Comme Putnam restaure lui-même un présupposé mentaliste (au plan de la capacité du groupe social à assurer "automatiquement" la révisabilité de ses croyances) et sous-estime donc l'étendue de la réflexivité de tout jugement, il ne voit pas que c'est sur ce plan pragmatique que Dworkin reformalise l'opération du jugement normatif.

⁸² Relevons que cette description par Putnam de la position dworkinienne s'atteste de ce que dit explicitement Dworkin dans *Law's Empire* (*op.cit.*, p. 412). En effet, après avoir posé qu'il n'avait évidemment jamais "devised an algorithm for the courtroom", Dworkin continue cependant comme suit: "I have not said that there is never one right way, only different ways, to decide a hard case".

⁸³ C'est-à-dire la bivalence liée à la thèse "that for an answer to be right just is for it to be the answer that is best supported by reasons" (H. Putnam, "Are Moral and Legal Values Made or Discovered. Replies to Brian Leiter and Jules Coleman", 1 *Legal Theory* (1995), p. 76).

⁸⁴ H. Putnam, "Are Moral and Legal Values Made or Discovered. Replies to Brian Leiter and Jules Coleman", *loc.cit.*, pp. 76-77. Cette mise en cause par Putnam du principe de bivalence n'implique évidemment pas son acceptation d'une position sceptique. Sur ce point, Putnam, tout en critiquant philosophiquement Dworkin, partage avec lui une même dénonciation de Rorty ou de ce que Dworkin appelle malencontreusement "legal pragmatism" (*Law's Empire*, *op.cit.*, p.151). Cette commune dénonciation d'un scepticisme "nihiliste" explique d'ailleurs pourquoi Putnam émet, à propos de Dworkin, le jugement suivant: "Far from seeing himself as more "metaphysically realist" than Rorty, Dworkin, if I am right, would see himself as more metaphysically innocent (in a good sense) than Rorty. But Dworkin's innocence is obscured by his almost complete failure to discuss any of the metaphysical issues that Coleman lists" (i.e., les questions relatives à la théorie de la vérité, *Ibid.*).

En effet, l'approche herméneutique de Dworkin tente bien de respecter le lien qui se noue entre signification et usage et de prendre en compte le holisme de l'usage. Mais, pour ne pas suffisamment en construire les conditions épistémologiques, il ne voit pas la reformalisation de l'opération de la raison qu'implique son "mentalisme". Sur quel plan se manifeste son mentalisme ? En alternative à l'hypothèse de la règle de reconnaissance, Dworkin va définir les conditions de légalité par référence à une morale substantielle supposée partagée par le groupe social et à un juge idéalisé qui serait capable d'en assurer la réinterprétation constante au vu des exigences d'adaptation aux transformations du contexte social. Le juge est censé capable de déduire la signification du droit des exigences internes à la "moralité institutionnelle" du groupe auquel il appartient. Son approche herméneutique présuppose données des *règles dans l'esprit du juge* lui permettant de subsumer la variété des situations particulières sous les catégories générales de la moralité institutionnelle (les principes). En ce sens, Dworkin *mentalise* l'approche du jugement normatif en inscrivant, dans les capacités mentales du juge, les règles permettant de déduire les significations normatives du droit des exigences de la morale institutionnelle et d'y traduire, pour reprendre l'expression de Paul Ricoeur, les injonctions du réel historique⁸⁵.

En supposant toujours donnée une morale substantielle homogène au groupe social et un juge capable d'en assurer la réinterprétation constante au vu des exigences d'adaptation aux transformations du contexte social, Dworkin suppose une règle de la raison capable de garantir la réalisation de la "right way" par laquelle s'optimisera la signification des exigences normatives au sein de ce groupe social. C'est un tel présupposé que Putnam entend mettre en cause comme philosophiquement incorrect. Ce projet, comme l'a bien montré M. Maesschalck à propos du réalisme internaliste de Putnam⁸⁶, implique, en effet, non seulement une immanence de la pratique interprétative aux croyances, mais aussi l'impossibilité pour la pratique interprétative de définir des procédures-types de fixation de la croyance. C'est précisément ce que méconnaît Dworkin⁸⁷. C'est aussi ce qui explique qu'il *formalise* l'opération du jugement et, par conséquent, qu'il retombe dans l'erreur "sémantique" qu'il croyait pouvoir dénoncer chez les positivistes.

C'est aussi sur ce même plan qu'apparaît le gain de la redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance proposée par Coleman. Comme on l'a vu, cette redéfinition subordonne la capacité des juges à définir cette règle à l'existence de dispositifs institutionnels rendant possible leur production coopérative d'une interprétation uniforme. En ce sens, pourrait-on dire, Coleman tempère l'internalisme épistémologique de Dworkin en subordonnant la

⁸⁵ Cette reformalisation trouve d'ailleurs aussi d'autres expressions que Coleman a bien perçues. Coleman souscrit évidemment, on l'a déjà signalé, à la dimension interprétative du droit. Il reconnaît explicitement l'éclairage descriptif des approches herméneutiques. Dworkin fournit sans doute, souligne Coleman, une théorie adéquate de la révision des significations du droit par les juges. Mais, même sur ce plan d'une description de la fonction de juger, Coleman souhaite radicaliser cette approche herméneutique. Dworkin, relève Coleman, attribue à l'herméneutique juridique des vertus trop grandes de déterminabilité d'une signification unique. Par sa théorie de la *one right answer*, il sous-estime l'importance de l'indétermination en droit. Au lieu de supposer une rationalité 'holistique' au droit comme le fait Dworkin, il serait mieux, au contraire, de prêter au droit une rationalité simplement locale ou partielle. "Comme le signale Coleman, "Understanding what the law is or means is not the same kind of project as understanding an individual's behavior – linguistic or otherwise. In order to attribute content to law, we do not have to treat all the law as consistent or as satisfying all the basic rules of deductive logic. Again, local rationality may be enough. Local rationality certainly fits better with the phenomenology of judging. Even if Dworkin is right that judges must posit the working hypothesis that there are rights answers to legal disputes, judges find themselves, more often than Dworkin acknowledges, adopting the view that in fact there is no determinate legal answer to the case at hand" (*Ibid.*, p.168). Par ailleurs, la description dworkinienne de l'herméneutique juridique pose encore d'autres difficultés comme celle de pouvoir encore rendre compte du rôle des "authoritative statements" qui deviennent chez Dworkin de simples "raw materials for the theory of legal content" (*Ibid.*, p. 166).

⁸⁶ M. Maesschalck, *Normes et Contextes*, op.cit., p. 179.

⁸⁷ Une autre manière de relever cette insuffisance épistémologique de Dworkin consiste à souligner son lien à la théorie de Quine (à laquelle il fait d'ailleurs explicitement référence, par deux fois au moins, dans *Law's Empire*). Or, comme l'a très justement noté Putnam, la position de Quine aboutit à ignorer le lien entre "meaning holism" et "the holistic character of belief fixation" (*Realism with a Human Face*, Cambridge (MA), Harvard UP., 1990, p. 283).

capacité supposée des acteurs sociaux – en l'espèce des juges – à l'extériorité incitative de dispositifs institutionnels garantissant la possibilité d'une intentionnalité partagée. Mais, comme on l'a vu, cette manière de comprendre la "limite" de l'internalisme épistémologique – et de sa traduction institutionnelle – reste insuffisamment étendue et, pour cette raison, traduit la résurgence d'une erreur sémantique. En effet, comme chez Dworkin, l'analyse de Coleman, repose aussi, en dernier ressort, sur la supposition "mentaliste" d'une capacité supposée donnée du groupe à assurer les conditions de satisfaction des exigences d'une gouvernance par le droit. Un rapide examen de cette question va nous permettre de voir en quoi nos observations épistémologiques aident à mieux construire cette intuition récurrente de la réflexion juridique selon laquelle l'analyse positiviste a une compréhension insuffisante de l'opération d'application du jugement normatif.

1.2.2.3. *Le positivisme et la question du jugement d'application : la portée normative du concept de droit*

Contrairement à ce que prétendent les diverses formulations données à la critique du positivisme, que ce soit dans leur version sociologique ou dans leur version herméneutique plus récente, l'approche conventionnaliste n'implique en aucune manière un déni de la dimension interprétativiste du travail juridictionnel. Néanmoins, à condition d'être reformulée, l'intuition qui anime cette critique récurrente reste exacte.

En effet, le prolongement de l'approche que Coleman développe du pragmatisme permet de mettre en lumière une insuffisante compréhension de l'opération d'application du jugement plus radicale que celle qui porterait sur son approche de l'opération du juge. Il est symptomatique qu'en théorie du droit, le débat concernant l'opération d'application du jugement ne semble pas percevoir que la question de l'application ne se limite pas à la seule question de l'application d'une norme supposée existante. Le sens donné à l'opération d'application d'une règle est réduit au concept d'application classique qui correspond à celui habituellement utilisé dans le langage ordinaire lorsqu'on parle d'un juge qui 'applique une règle' ou d'un problème technique d'application d'une orientation normative jugée souhaitable. L'opération d'application est supposée restreinte à l'hypothèse où la règle (ou l'orientation normative) est donnée. Mais, à se limiter à cette formulation de la question, on s'empêche de formuler le problème en des termes plus épistémologiques. Il y a une opération d'application plus fondamentale et qui conditionne déjà l'élaboration de la norme (ou la détermination de l'orientation normative). Le choix de la norme est, en effet, déjà le résultat d'une opération d'application. La "forme" (représentation) prise par la norme résulte de "l'application" faite de l'exigence rationnelle portée par l'activité de jugement que les membres d'un groupe social ont décidé de mobiliser pour résoudre un problème de coordination collective. La question que pose cette opération d'application concerne donc les conditions de possibilité de cette opération par laquelle la raison (activité de jugement) produit des effets de sens dans le réel, c'est-à-dire "s'applique" ou "s'effectue" dans le réel social.

Faut-il supposer que cette application est toute entière déterminée, en dernier ressort, par les seules règles formelles de l'activité rationnelle (nécessairement, donc, déposées dans l'esprit) ? Dans une telle perspective, les opérations d'application et de justification du jugement sont réglées par *les mêmes ressources* et sont donc dans une relation *symétrique*. Une telle perspective, on l'aura évidemment compris, est celle du mentalisme. Il faut remarquer que cette position n'empêche pas qu'une certaine autonomie puisse néanmoins être reconnue à

l'activité interprétative propre à l'opération d'application⁸⁸. Une telle reconnaissance, en effet, d'une "réversibilité" de l'opération d'application sur l'opération de justification n'implique pas nécessairement l'abandon d'une approche symétrique de l'opération de jugement c'est-à-dire, en définitive, du point de vue mentaliste. La théorie herméneutique explicitée notamment par Dworkin en est un bon exemple.

Ou bien faut-il, au contraire, comme l'exige une compréhension *non mentaliste* de la productivité sémantique du jugement, que les conditions nécessaires à une telle productivité (donc à l'application de la raison dans le monde) ne soient pas réduites aux seules règles formelles de l'activité rationnelle ? Il est alors bien compris que la raison ne trouve pas en elle-même les conditions de son application dans le monde, c'est-à-dire la capacité à produire des effets de sens. Dans cette deuxième perspective, qui est celle ouverte par toute approche holistique et pragmatiste de l'activité du jugement, on met alors en évidence la *réversibilité asymétrique*⁸⁹ de cette opération de la raison : tandis que les deux opérations se renvoient l'une à l'autre, les ressources nécessaires à l'opération d'application ne sont pas symétriques aux règles formelles qui conditionnent l'opération de justification rationnelle. Cette "réversibilité asymétrique" ne fait que traduire ce qu'on a appelé ci-dessus la "réflexivité" de toute opération de la raison qui seule protège des écueils d'une épistémologie mentaliste. L'activité de la raison "réfléchit", en effet, une "perception" que la raison elle-même ne peut justifier par ses propres règles formelles mais qui cependant en conditionne la mise en œuvre : le "choix" d'adhérer à une forme de vie selon la "raison". En ce sens, pourrait-on dire: la raison se réfléchit elle-même au sens où elle réfléchit ce qu'elle "se" donne, à savoir le choix de la raison comme forme de vie, le choix d'un monde comme "rationalisable", comme "transformable selon les exigences dictées par les règles formelles de la raison. Mais cette réflexivité qu'on vient d'expliciter au plan spéculatif se laisse encore plus aisément comprendre si on la traduit sur le plan plus "concret" de la théorie de la norme. Comme nous allons le voir, nous retrouvons ici les réflexions déjà formulées ci-dessus à propos de la théorie de l'action coopérative de Bratman.

Une approche réflexive non mentaliste du jugement ne peut être atteinte que si on ouvre une "boîte noire" laissée inexplorée par les théories de la norme actuelles à raison de leur approche restrictive de l'opération d'application d'un jugement normatif. Cette boîte noire concerne les conditions de réalisation de la visée qui sous-tend toute action d'élaboration d'une norme. Cette visée consiste, en effet, au départ de la perception d'un problème à résoudre, à définir la "rationalisation" du monde qu'appellerait, selon la conception qu'en ont les auteurs de la norme, la résolution du problème. Bien entendu, il est devenu de sens commun de mettre en évidence les limitations des capacités cognitives de la raison humaine. Mais la limitation "contextuelle" que nous souhaitons mettre ici en évidence à raison de la nature réversible et asymétrique de l'opération d'application est d'une autre nature⁹⁰. L'asymétrie implique, en effet, que l'application d'une norme dans le réel social nécessite la mobilisation de ressources qui ne sont pas fournies par la seule opérativité formelle de la raison.

⁸⁸ Comme on l'a vu, c'est devenu une observation banale reconnue par tous en théorie du droit de reconnaître une telle dimension d'autonomie à l'activité interprétative des autorités en charge d'application des règles de droit, en ce y compris la règle de reconnaissance.

⁸⁹ L'expression est de M.Maesschalck, *Normes et Contextes*, op. cit., pp. 180 et 244. Voy. aussi sur ceci J.Lenoble & M.Maesschalck, *Toward a Theory of Governance*, op.cit., chapitre 1, 3.1.1.

⁹⁰ Sans doute, plusieurs auteurs ont-ils déjà intégré une limitation de rationalité à ce niveau de formalité (théorème de Gödel, rationalité procédurale au sens de Habermas permettant une relance toujours possible de l'argumentation, rationalité procédurale au sens de H. Simon). Mais la limitation du formalisme de la raison se marque aussi sur un second plan et acquiert un sens autre que celui de 'limites des capacités cognitives'. Se limiter au seul niveau de processualité formelle de la justification de la règle de mon agir ne suffit pas à rendre compte des conditions de productivité sémantique de cette règle.

A la base de toute décision rationnelle ou de toute action volontaire, il y a deux – et non pas une, comme on le suppose habituellement – opérations de sélection (ou de choix). Il y a évidemment le choix de la transformation qui apparaît rationnellement exigée (c'est-à-dire de la solution jugée la plus rationnelle du problème à résoudre). Mais, ce choix n'est lui-même possible que parce qu'il s'appuie sur une opération préalable de sélection qui porte sur la manière de "percevoir" le "contexte" par rapport auquel va se définir le problème à résoudre et se déterminer l'*usage* qui sera fait des solutions envisagées par les acteurs appelés à les appliquer. L'asymétrie se marque ici par la mise en évidence de l'arrière-plan sur lequel s'appuie nécessairement toute opération de justification. Cette deuxième opération de sélection – qui conditionne la première - n'est pas résolue par la première. Elle appelle donc une "*attention*" spécifique si l'on veut réaliser l'objectif recherché qui consiste à accomplir la meilleure action rationnelle possible pour rencontrer les problèmes à résoudre. En effet, il n'y a de "transformation" possible du monde – et donc de *réalisation effective de la visée intentionnelle propre à toute norme* – que si on prend en compte cette seconde conditionnalité et qu'on organise une procédure spécifique d'adaptation et de construction d'une perception commune du contexte. Il s'agit d'organiser procéduralement l'adaptation des perceptions existantes des acteurs concernés en vue de nommer la signification et la nature des insuffisances à régler et des problèmes à résoudre.

Il faut donc articuler deux processus indissociables. Il y a lieu tout d'abord de garantir la nécessaire prise en compte des règles formelles qui conditionnent l'acceptabilité rationnelle des solutions à apporter pour rencontrer les insuffisances des situations de vie existantes. Mais, la détermination des effets de sens que produiront les solutions à construire est fonction de ce que l'on va sélectionner comme étant le contexte au départ duquel percevoir ce que sont les insuffisances à résoudre et les solutions à construire. Supposer que ce contexte est donné ou que les acteurs concernés identifient immédiatement et naturellement ce qu'il en est de leurs intérêts et de la signification des contraintes nouvelles motivant la recherche de solutions nouvelles méconnaît précisément la structure propre à tout jugement qui est que l'adaptation des perceptions n'est pas dépendante du seul jeu des règles formelles du jugement. De même, il ne peut être supposé que la "perception du contexte" est identique entre les divers auteurs/destinataires de la norme. Il ne peut non plus être supposé que leur adhésion commune à la solution jugée la plus rationnellement acceptable implique automatiquement une transformation convergente de leurs perceptions du contexte et, par conséquent, une uniformisation de ce qui motivera l'usage qu'ils feront de la norme à laquelle, cependant, ils adhèrent. Une activité spécifique en vue d'organiser une perception commune du contexte doit être organisée. Elle permettra, en retour, d'augmenter le nombre de "possibles" sur base desquels seront sélectionnées les solutions jugées les plus rationnelles pour rencontrer les insuffisances du "contexte".

Habituellement, ce second ordre de conditionnalité de l'action est oblitéré parce que posé comme évident ou supposé déterminable *a priori*. Si l'on suppose donnée cette capacité d'adaptation des perceptions communes des acteurs de l'action collective aux "exigences du contexte", les problèmes de gouvernance deviennent évidemment moins compliqués. Il est alors supposé d'emblée que les acteurs disposent des capacités de traduire, par leur interaction, leurs attentes normatives dans l'effectivité de l'action. La supposition d'une *capacité mentale (mentalisme)* de traduction, dans le réel, des finalités poursuivies garantit cette solution d'équilibre. Il est considéré que le "contenu supposé donné" des finalités visées par les auteurs d'une action va pouvoir se traduire dans le contenu effectif de l'action. Mais, supposer donnée une telle capacité consiste précisément à méconnaître la réflexivité de l'opération du jugement normatif. Au contraire, une meilleure construction de *la théorie de la norme* oblige à invalider une telle supposition et, par conséquent, à poser la nécessité

d'incitants aptes à faire émerger cette "capacité" d'identification des objectifs normatifs à poursuivre en commun.

C'est pour respecter cette exigence épistémologique (qui se situe donc au double plan de la théorie du jugement et de la théorie de la norme) que nous avons suggéré de prolonger l'approche pragmatiste du concept de droit suggérée par Coleman et de substituer à l'approche positiviste une approche *génétique* de la conventionalité du droit. Une telle approche permet un éclairage différent tant de la question du statut descriptif ou normatif de la théorie du droit que de l'analyse de Coleman (ou plus largement des positivistes) quant aux conditions d'existence du droit dans un groupe social. Bien entendu, il ne peut être question de subordonner la définition du droit à une quelconque "normativité" externe, comme le suggère la théorie classique du droit naturel. Personne ne peut sérieusement contester l'impossibilité pour le théoricien de définir ce que serait "la" forme de vie rationnellement désirable. Cela n'est pas la question⁹¹. Bien plus, même dans sa version internaliste, la critique dworkinienne du "descriptivisme" positiviste est difficilement acceptable car elle reste elle-même en défaut de prendre en compte le statut "reconstructif et descriptif" de sa propre analyse du concept de droit. De ce point de vue, Coleman a raison de souligner, chez Dworkin, "the confusion between the content of the concept of law and the content of the law of a particular community"⁹². Mais, à l'inverse, Coleman, à cause de son approche positiviste et non génétique de la conventionalité du droit, ne perçoit pas la dimension normative interne au contenu du concept de droit et l'irréductibilité de cette dimension normative à la dimension prescriptive. Par dimension "prescriptive", on entend cette "distinctive feature of law's governance" qui "is that it purports to govern by *creating reasons for action*"⁹³. Par dimension "normative", j'entends l'exigence de conditions procédurales permettant une reconstruction "optimisée"⁹⁴ et commune des représentations mobilisées par la création de ces "reasons for action". Ces conditions, ainsi qu'on l'a relevé lors de notre analyse des conditions de l'action coopérative, sont liées aux conditions de réalisation de l'intentionnalité commune visée par la pratique sociale de reconnaissance qui est constitutive de la conventionalité du droit. Bien plus, comme on vient de le voir, une compréhension épistémologiquement adéquate de la théorie de la norme oblige à bien construire la nature de la visée intentionnelle dont est porteuse toute norme. N'est-il d'ailleurs pas symptomatique que Coleman, tout en reprenant les analyses de Bratman en ce qui concerne les conditions internes de satisfaction de l'intentionnalité partagée qui définit l'action coopérative, semble ne pas reprendre la distinction faite par Bratman entre "prepackaged cooperation" et "shared cooperative action"⁹⁵? Certes, Bratman ne reconstruit pas entièrement l'exigence normative impliquée par son propre refus de toute approche mentaliste de l'intention partagée. Mais, il garde toujours présent l'idée d'une possibilité de réalisation "en extension variable et progressive" de l'exigence portée par une telle forme d'action. C'est cette même idée de "degrés d'extension progressive" que nous radicalisons ici pour en montrer l'exigence épistémologique et en tirer les conséquences sur le plan d'une dimension normative interne au contenu du concept de droit. Comme on le constate, une telle normativité n'est en rien substantielle ni même procédurale au sens de Habermas ou de Rawls. L'exigence procédurale dont elle est porteuse

⁹¹ Par évidence, notre interrogation critique ne vise pas à contester le caractère conventionnel de cette pratique sociale par laquelle se construit la "confiance" ou le "respect effectif" reconnu à des autorités officielles au sein d'un groupe social. Il nous paraît clair qu'il ne s'agit pas pour l'analyse conceptuelle du droit de conditionner le droit à un quelconque iusnaturalisme désuet qui entendraient définir les conditions de légitimité du contrat social. La question est d'une toute autre nature.

⁹² *Ibid.*, p. 180.

⁹³ *Ibid.*, p. 71.

⁹⁴ Comme nous l'avons vu ci-dessus, une optimisation, c'est-à-dire une extension des représentations ne signifie pas l'illusoire recherche d'une "représentation optimale".

⁹⁵ M. Bratman, "Shared Cooperative Activity", *Philosophical Review*, 101/2 (April 1992), p.339.

reste interne à une approche conventionnaliste du droit et résulte d'une saisie "descriptive ou spéculative" des conditions de possibilité de l'opération de jugement par laquelle se définit et s'interprète la règle de reconnaissance propre à tout groupe social.

La mise en évidence de cette dimension normative propre au "contenu du concept de droit" (et non pas au "contenu du droit d'une communauté sociale particulière") permet enfin un dernier prolongement du raisonnement de Coleman. En effet, elle obligerait à étendre les conditions que Hart et Coleman définissent comme "conditions" qui doivent être rencontrées pour rencontrer les exigences d'une régulation sociale par le droit. Dans le même temps, cela permettrait de mettre en évidence et de dépasser l'image un peu idéalisée sur laquelle débouche cette approche positiviste et qui consiste à supposer avoir été réunies, dès l'instauration des structures formelles de l'Etat moderne, l'ensemble des conditions exigées pour la régulation de nos sociétés. Cette supposition est évidemment liée au fait que Coleman, à la suite des approches positivistes dominantes, considère que l'existence du droit, outre la "pratique de reconnaissance du droit" par les autorités en charge de son application, n'est fonction que de la seule *effectivité* du respect des décisions de ces autorités publiques par la majorité de la population. Ne revenons pas ici sur l'insuffisance de cette analyse de la "pratique de respect et d'adhésion à l'organisation d'une forme de vie" en termes de simple *effectivité empirique*⁹⁶. Mais, il est intéressant maintenant de relever combien elle conduit aussi à une représentation *idéalisée* de la forme d'action collective par laquelle un groupe vise à réguler ses comportements. Idéalisée⁹⁷ car la forme d'effectivité empirique à laquelle Hart et Coleman (ou Kelsen) se réfèrent est définie de telle façon qu'elle est supposée réalisée dans la toute grande majorité des sociétés modernes. Hors le cas limite et transitoire de la révolution, l'effectivité d'un pouvoir politique sur un territoire traduirait en même temps que sont réunies l'ensemble des conditions qui garantissent l'accomplissement de la fonction régulatrice du droit. Exception faite des situations de crise et de déstabilisation temporaire, les conditions de satisfaction d'une gouvernance par le droit sont supposées avoir été réunies dès qu'ont été instaurées les structures institutionnelles de l'Etat moderne (et indépendamment, bien évidemment, des formes de gouvernement ou de légitimité - dictatoriale ou démocratique par exemple - qu'elles servent). Si l'on traduit cela dans un langage plus technique, on peut dire avec Coleman, "regardless of the diversity of their aims or purposes, the shape and structure

⁹⁶ Comme on l'a vu ci-dessus, aucune pratique majoritaire de respect d'une structure institutionnelle n'est analysable hors la visée et la perception d'une forme de vie commune jugée rationnellement acceptable. On est aussi en mesure de voir combien Dworkin intuitionne justement cette insuffisance des positivistes, même s'il est en défaut, vu sa propre insuffisance épistémologique, de la construire adéquatement. C'est en effet cette insuffisance des positivistes que Dworkin tente de mettre en évidence lorsqu'il dit que tout système juridique est lié à une forme de moralité institutionnelle ? Par là il entend, à juste titre, souligner qu'ultimement l'existence du droit ne dépend pas d'une pratique factuelle qui serait indépendante d'une visée de forme de vie acceptable, d'une forme d'action collective concernant les bonnes raisons d'agir. Mais, de la même manière qu'il est étonnant que Coleman n'applique pas son modèle de "*shared cooperative action*" à la pratique de "respect effectif du droit par la majorité de la population", il est tout aussi étonnant que Dworkin n'applique pas son modèle "interprétativiste" à la détermination de cette moralité institutionnelle. De la même manière que Coleman présuppose donnée le choix de ceux qui seront institués "autorités officielles" par le "contrat social", de la même manière Dworkin suppose donnée la moralité institutionnelle qu'il appartiendra aux juges d'adapter interprétativement en fonction des injonctions du réel. C'est ce qui explique la toute-puissance, un peu naïve, que Dworkin accorde au juge dans cette mission qui lui incomberait de "dire" ce qu'exigerait la meilleure représentation possible de la moralité institutionnelle dans un contexte toujours mouvant.

⁹⁷ Remarquons donc que cette idéalisation propre à l'approche positiviste n'est pas sans rappeler, par-delà ses différences, le type de croyance "mentaliste" à la quelle se ramène la toute puissance idéalisée et illusoire que Dworkin accorde au juge. Par ailleurs, (même si notre argumentation emprunte des voies différentes et débouche sur une approche distincte de la dimension "normative" du concept de droit), l'observation ici faite n'est pas sans liens, nous semble-t-il, avec certaines intuitions de Stephen Perry lorsque celui-ci tente de mettre en évidence une parenté dans les présupposés "normatifs" des approches du concept de droit développées par Hart et Dworkin (St. Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon P., pp. 97-135; "Holmes v. Hart: The Bad Man in Legal Theory", in St. Burton (ed.), "*The Path of the Law*" and *Its Influence*, Cambridge (UK), Cambridge U.P., 2000, pp.158-196).

of mature legal systems are similar in the ways Hart claims they are: that is, as consisting in primary and secondary rules, including especially a rule of recognition, rules of change, and rules of adjudication"⁹⁸. Cette seule organisation formelle de l'Etat est ainsi supposée incarner à elles seules les conditions institutionnelles d'émergence de cette culture du droit qui conditionne l'accomplissement de la fonction de "guidance des conduites" au sein du groupe social qui définit le droit.

En externalisant sous la forme d'une effectivité empirique la condition du respect des décisions des autorités publiques par la majorité de la population, celle-ci n'est donc pas analysée comme l'effet de sens d'une action collective finalisée par une perception commune des "raisons d'agir". Les éventuelles "contraintes" qui résulteraient d'une analyse des conditions de possibilité de l'opération de jugement mobilisée par cette forme d'action collective ne sont donc pas analysées pour elles-mêmes. *Il s'ensuit que cette fonction de régulation par le droit est supposée effectuée indépendamment de tout dispositif institutionnel spécifique qui modaliserait l'élaboration de la norme en vue d'y associer les destinataires finaux, c'est-à-dire les citoyens.* La question des dispositifs institutionnels est exclusivement réfléchi au seul plan des autorités officielles en charge des opérations d'élaboration et d'application des règles. La question de l'adaptation nécessaire de nos dispositifs actuels de gouvernance en vue d'améliorer les conditions de participation des citoyens à ces opérations ne peut être posée et comprise comme résultant d'une correcte construction théorique de leurs conditions de possibilité.

Sans doute, comme on l'a vu, une "approche génétique" de la conventionalité du droit et la dimension "normative" du concept de droit qu'elle permet de mettre en lumière obligent déjà à mettre en question une telle image idéalisée des conditions de satisfaction de la fonction de gouvernance de nos sociétés modernes par le droit. Mais, notre argumentation "épistémologique" ne trouve-t-elle d'ailleurs pas un appui "sociologique" dans la simple observation de la dynamique concrète de nos sociétés ? Une telle observation n'oblige-t-elle pas, en effet, à confirmer la nécessité d'une analyse plus nuancée des conditions requises pour que le droit soit "capable of guiding conduct"⁹⁹ ? Nous assistons aujourd'hui à une tentative, dans plusieurs domaines, de réfléchir à un réaménagement des procédures de construction des solutions normatives pour compenser les inefficiences auxquelles conduisent les procédures habituelles. Or, d'où viennent ces inefficiences si ce n'est de ce que *l'usage* fait par les destinataires des normes aboutit à des effets inattendus. Disons-le en d'autres termes. La signification donnée à la norme lors de son application dans le réel social (c'est-à-dire lors de sa production d'effets de sens) conduit à rendre la norme inopérante ou inefficace au regard de l'objectif normatif que l'autorité visait à atteindre. Tout le débat sur la "théorie de la gouvernance" depuis une quarantaine d'années (soit en économie, avec la suggestion de renforcer les mécanismes de coordination par le marché ou de coopération contractuelle, soit en philosophie politique, avec la suggestion de renforcer les mécanismes de participation et de délibération) résulte, en définitive, de la même nécessité d'adapter nos modes de construction des normes pour mieux prendre en compte les représentations des destinataires de ces normes, et, en conséquence, les "motivations" qui conditionneront l'usage qu'ils en feront. Ce que révèle notamment cette réflexion actuelle est que, là où les dissensions entre les perceptions du problème que la norme juridique doit tenter de résoudre sont trop importantes, les procédures habituelles de construction et d'application des normes s'avèrent 'inefficaces' pour garantir une résolution adéquate du problème. La "capacité" des autorités publiques à

⁹⁸ *Ibid.*, p.145. Il importe peu de relever ici que Coleman, sans pour autant poser d'autres conditions nécessaires à l'exercice de la fonction de guidance des conduites qui définit le droit, pose cependant que ces conditions n'empêchent pas que la règle de reconnaissance puisse prendre une forme "inclusive" qui inclut la "moralité politique" comme condition de légalité (pp.146-147).

⁹⁹ *Ibid.*

construire cette solution et à identifier la signification "attendue" de la norme est donc elle-même conditionnée par une "reconnaissance" de cette signification par les destinataires finaux de cette norme. Dans ces contextes de fortes dissensions, on comprend, dès lors, l'accent mis de plus en plus par la théorie actuelle de la gouvernance sur la nécessité de réfléchir les meilleurs dispositifs aptes à intégrer cette "condition de reconnaissance" et à rendre possible cette construction coopérative d'une signification commune. Ceci fait apparaître que la question de la 'confiance' ou de la reconnaissance par les destinataires privés de la règle de droit' ne peut être réduite à la seule question classique de la supposée adhésion de ces citoyens aux autorités en charge d'un ordre juridique déterminé (la condition d'effectivité 'globale' identifiée par Kelsen, Hart ou Coleman). Une telle manière de comprendre la "reconnaissance" par les citoyens s'avère réductrice et inadéquate pour rendre compte de la condition de "confiance", de "motivation" ou de "perception" qui conditionne l'opération de productivité sémantique d'une norme dans le réel social.

2. Concept de droit et Théorie de la Gouvernance

Une des questions posées dans cet article était de savoir s'il était épistémologiquement justifié ou non que l'analyse conceptuelle du droit reste étanche par rapport à la question "normative" du réaménagement nécessaire de nos dispositifs de gouvernance. Est-il justifié ou non que la philosophie du droit reste autonomisée par rapport aux recherches normatives sur la théorie de l'action collective qui sont au coeur de la recherche contemporaine de sciences sociales ?

On peut voir combien ces questions appellent une réponse négative. Quels que soient les gains importants qu'apportent les récentes approches herméneutiques de la fonction de juger et la redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance, un prolongement "plus réflexif" de l'opération de régulation collective qui définit le droit s'avère nécessaire. Certes, le positivisme juridique a progressivement tenté d'adapter sa définition du droit à une meilleure prise en compte de la fonction d'application des règles. Comme on l'a déjà rappelé avec L. Green, "by the mid-twentieth century, ... its emphasis on legislative institutions was replaced by a focus on law-applying institutions such as courts, and its insistence of the role of coercive force gave way to theories emphasizing the systematic and normative character of law". Dans ce sens, on pourrait dire que la théorie du droit, en prenant en compte la réversibilité de l'opération d'application, a progressivement tenté d'intégrer la réflexivité du jugement normatif par lequel un groupe social tente d'agir sur lui-même pour réguler ses comportements. En internalisant la *Grundnorm* kelsenienne et en soulignant la dimension réflexive de la règle de reconnaissance, Hart a, de ce point de vue, opéré des avancées décisives. De même, la redéfinition pragmatiste de la règle de reconnaissance proposée par Coleman et l'emprunt explicite qu'elle fait à la philosophie de l'action participent de ce même mouvement. Bien plus, ce tournant "pragmatiste" traduit la volonté d'intégrer de façon rigoureuse, dans la définition du droit, le "holisme de l'usage" que Dworkin intuitionne mais reste en défaut, comme Putnam l'a bien vu, d'analyser épistémologiquement.

Cependant, pour en rester à une approche symétrique de la réversibilité, la théorie de la réflexivité mobilisée par ces diverses approches du droit aboutit, à un moment ou à un autre, à attribuer au corps social une "capacité" de satisfaire les attentes rationnelles portées par sa visée de régulation. Les traces de cette présupposition "mentaliste", liée, en dernier ressort, à une approche schématique du jugement normatif, explique cette focalisation sur la seule fonction d'application des règles par le juge (ou par les autorités publiques). Dworkin, et son idéalisation un peu naïve du juge posé comme l'organe garantissant l'auto-adaptation des exigences de la moralité interne au groupe social, en est évidemment la manifestation évidente. Mais, la difficulté de Coleman à pénétrer dans ce qui reste la boîte noire de la

conditionnalité de la "reconnaissance" des règles par les membres du groupe social reproduit une erreur épistémologique analogue.

De ce point de vue, soit les approches de l'analyse économique du droit d'inspiration, en tout cas, coasienne et williamsonienne, soit les approches sociologiques de l'auto-régulation (qui se qualifient parfois d'ailleurs de "réflexives") ou encore les approches fondées sur la pragmatique formelle de Habermas marquent un gain par rapport aux approches positivistes ou herméneutiques du droit (même si, à l'inverse, ces dernières ont l'avantage, principalement pour celles liées aux débats suscités par le positivisme analytique, de construire de façon plus rigoureuse les questions techniques requises par une analyse du concept de droit). Sans doute aussi, ces diverses approches "critiques" de type économique, sociologique ou philosophique comme chez Habermas restent-elles lésées d'une insuffisante construction épistémologique de la théorie de la réflexivité qu'elles tentent de mobiliser. C'est évident pour les analyses économiques du droit liées aux théories du choix rationnel ou pour les approches sociologiques inspirées des théories de l'auto-régulation de N. Luhmann¹⁰⁰. Quoique de façon plus subtile et plus complexe, un même constat d'insuffisance réflexive peut aussi être adressé à Habermas¹⁰¹.

Mais au moins, ces diverses approches "critiques" traduisent, implicitement ou explicitement, la même intuition qu'une meilleure compréhension du concept de droit oblige à dépasser l'insuffisance réflexive des approches positivistes ou herméneutiques actuellement disponibles et à suggérer que la fonction régulatrice du droit exigerait, pour sa réalisation, une extension de la réflexivité de nos dispositifs institutionnels de gouvernance¹⁰². Rappelons-nous la critique adressée, dans les années septante, par les économistes aux juristes¹⁰³. Elle consistait à dénoncer l'insuffisance "réflexive" de la technique de gouvernance par la "règle" (technique dite de gouvernance par "command-and-control") et son impuissance à prendre en compte la réversibilité de l'opération d'application, c'est-à-dire la dépendance des effets d'une règle à l'égard de l'usage qui en sera fait par ses destinataires. C'est aussi pourquoi les économistes suggéraient des formes plus "décentralisées" de nos dispositifs de gouvernance¹⁰⁴.

De même, Habermas perçoit l'insuffisance d'une réduction des conditions de validité du droit à la seule organisation "coopérative" de la pratique des juges. Habermas perçoit que les contraintes que fait peser la réalisation de la "fonction de gouvernance" du droit moderne exigent des aménagements de nos dispositifs de gouvernance qui vont au-delà de la seule organisation "coopérative" propre aux appareils juridictionnels de l'Etat moderne ou à la mise en place de cette "héroïsation" (pour reprendre l'expression heureuse de Habermas) un peu naïve du juge à laquelle aboutit l'approche herméneutique de Dworkin¹⁰⁵. Les procédures d'élaboration des règles

¹⁰⁰ Dans ces approches "réflexives" de l'auto-régulation, tout semble se passer comme si la "capacitation" des acteurs d'un "sous-système" était supposée exister d'elle-même et, donc, était supposée inscrite dans le sous-système, un peu comme les "codes" que Teubner, à la suite de Luhmann, suppose aussi "donnés". Supposer que la seule convocation des acteurs existants suffit à créer les conditions d'élaboration d'une solution adaptée à l'environnement implique que la détermination de la solution « d'équilibre » entre le sous-système et le contexte résulterait de la seule application de règles mentalement mobilisées par les acteurs du sous-système. Une telle approche mentaliste de l'action implique un déni de la réflexivité que l'approche fonctionnaliste de Luhmann avait cependant pour projet de sauvegarder. Voy. aussi pour les approches économiques néoinstitutionnalistes, *Toward a Theory of Governance, op.cit.*, chap. 1.

¹⁰¹ *Ibid.*, chap. 3.

¹⁰² Dans la même perspective, elles ont aussi le mérite de mieux prendre en compte, non seulement l'évolution parallèle du débat en sciences sociales, mais aussi l'évolution du droit positif. La réflexion contemporaine des sciences sociales sur la nécessaire remise en cause des formes traditionnelles de coordination par les règles s'est, en effet, traduite par des transformations juridiques significatives de nos modes de construction des règles dans plusieurs secteurs importants où s'éprouve, de façon plus sensible, la difficulté de construire des choix collectifs. Ces transformations sont directement liées à la recherche de dispositifs juridiques assurant une meilleure coopération entre les acteurs décentralisés. Cela explique les réflexions nouvelles qui se font jour, principalement dans la littérature anglo-saxonne, sur le phénomène contractuel, notamment dans la ligne ouverte par la théorie relationnelle du contrat initiée par I.R. Macneil ("Contracting Worlds and Essential Contract Theory", 9 (3) *Social and Legal Studies*, 2000, pp.431-438). On en trouve application de façon exemplaire dans les restructurations en cours de la régulation du secteur public (voy. notamment sur ceci J. Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", 45 *UCLA L. Rev.* (1997), 1ss; (2000) 'The Contracting State', 98 *Florida State U. L. Rev.*, 155 s; (2000) 'The Private Role in Public Governance', 75 *N.Y.U. L. Rev.* 543ss.; P. Vincent-Jones, (1999) 'The Regulation of Contractualisation in Quasi-markets for Public Services', *Public Law*, pp.304-327; (2000) 'Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis', *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(3), pp.317-351; voy. aussi C. Scott (ed.), *Regulation*, Dartmouth, Ashgate, 2002).

¹⁰³ Comme on l'a signalé ci-dessus, de nombreux juristes américains avaient cru trouver, dans un renouveau de l'activisme judiciaire, le moyen de compenser les faiblesses de l'Etat social à assurer une "effectuation" des droits fondamentaux inscrits dans la constitution.

¹⁰⁴ Cette proposition de décentralisation ne conduit pas nécessairement à valoriser le seul dispositif du marché. L'économiste lui-même prendra de plus en plus conscience que ce mécanisme doit souvent s'accompagner d'autres mécanismes institutionnels en vue de mieux garantir la coopération effective des divers acteurs concernés par l'action collective à réguler.

¹⁰⁵ Ou encore, dans un registre plus communautaire, celle inspirée de Gadamer que propose M. J. Pery (*Politics and Law*, Oxford, Oxford UP, 1988, 152ss.) qui attribue, souligne Habermas, "au juge constitutionnel le rôle d'un professeur

devraient être adaptées, selon Habermas, pour permettre un meilleur respect des conditions de possibilité du jugement normatif que la théorie communicationnelle du droit et de la politique permet de mettre en lumière¹⁰⁶. Sans pour autant avaliser toutes les analyses habermassiennes, c'est cependant la même voie que nous croyons devoir poursuivre. Une meilleure compréhension des conditions de réalisation de l'exigence normative portée par le concept de droit (c'est-à-dire des conditions de réalisation de la fonction de guidance du droit) exige une évaluation critique de l'insuffisance réflexive de nos dispositifs actuels de gouvernance, c'est-à-dire de nos modes de production normative. Ce n'est pas à dire que l'on récuse pour autant le projet *descriptiviste* de la démarche positiviste et la dénonciation positiviste de la démarche normative des formes habituelles de iusnaturalisme. Mais, cela marque peut-être la nécessité de repenser le lien qui existe inévitablement entre fait et valeur et de prendre en compte ce que Putnam appelle "the collapse between fact and value"¹⁰⁷. N'est-il, d'ailleurs, pas intéressant de noter combien tant chez Hart que chez Coleman, un rapport à l'idéal traverse aussi leur analyse conceptuelle du droit ? Certes, il ne s'agit plus, comme chez Dworkin, d'une gouvernance idéale. Mais, il s'agit dorénavant de l'idéal fonctionnaliste de la guidance. Comme on l'a signalé ci-dessus, Coleman nous dit explicitement que, par suite d'une espèce de processus de sélection naturelle ou d'apprentissage collectif, nos systèmes juridiques modernes sont le résultat d'une forme de "maturation" arrivée à son terme. L'instauration de nos systèmes juridiques modernes traduit, selon lui, la mise en place des conditions nécessaires à la "satisfaction" de la fonction de guidance du droit. L'idée est donc que l'idéal de guidance a ses conditions de satisfaction toujours déjà données même si cet état de fait est dorénavant conçu comme le résultat d'un acquis social ou d'un apprentissage propre à l'émergence des sociétés modernes. Comme chez Dworkin, quoique différemment, les conditions de satisfaction de la réalisation de l'idéal sont supposées garanties par le jeu d'une règle formelle (en l'espèce celle d'un processus de sélection naturelle ou d'une opération d'apprentissage social définitivement accomplie). Notre position est exactement inverse. Il s'agit, en effet, au nom d'une meilleure compréhension *descriptive* des conditions de productivité sémantique des jugements normatifs de montrer que les conditions de réalisation de "l'idéal" porté par toute règle exigent une approche *normative et critique* de nos dispositifs actuels de gouvernance, c'est-à-dire de nos modes de production normative. Il ne s'agit pas, dans le même sens, de dénoncer le conventionnalisme qu'à juste titre Coleman oppose à Dworkin. Il s'agit au contraire, au nom d'une compréhension radicale du holisme de l'usage qui fonde cette approche conventionnaliste, de mieux comprendre la nature réflexive des conditions de réalisation de cette forme d'action collective par laquelle un groupe entend agir sur lui-même dans l'horizon de ce qu'il juge rationnellement acceptable.

prophétique qui, par son interprétation de la parole divine des Pères fondateurs, assure la continuité d'une tradition constitutive de la vie communautaire" (J. Habermas, *Droit et Démocratie*, Paris, Gallimard, trad. fr. par R. Rochlitz & Ch. Bouchindhomme), 1997, p.281).

¹⁰⁶ C'est-à-dire d'une approche de "la formation de la volonté démocratique qui ne tire pas sa force de légitimation de la convergence préalable entre des convictions éthiques usuelles mais des présuppositions de communication et des procédures qui, dans le processus de délibération, permettent aux meilleurs arguments de l'emporter" (*Ibid.*, p.303). Cette perspective est encore plus marquée dans les approches "expérimentalistes et poly-centrées des modes de production normative développées, au départ des théories de l'apprentissage collectif, par M.Dorf, J.Cohen et Ch.Sabel, qui perçoivent très bien l'insuffisance des approches habituelles du droit en ce qui concerne les modèles de gouvernance et les modes de production normative (voy. notamment en ce sens M.Dorf et Ch.Sabel, A Constitution of Democratic Experimentalism, 98 *Columbia L.Rev.* (1998), 267ss ; J.Cohen et Ch.Sabel, Directly-Deliberative Polyarchy, in *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, (Ch.Joerges et O.Gerstenberg, eds.), pp.1-30, Proceedings of the COST A7 seminar, European Commission, 1998.

¹⁰⁷ H. Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge (MA), Harvard UP., 2002.