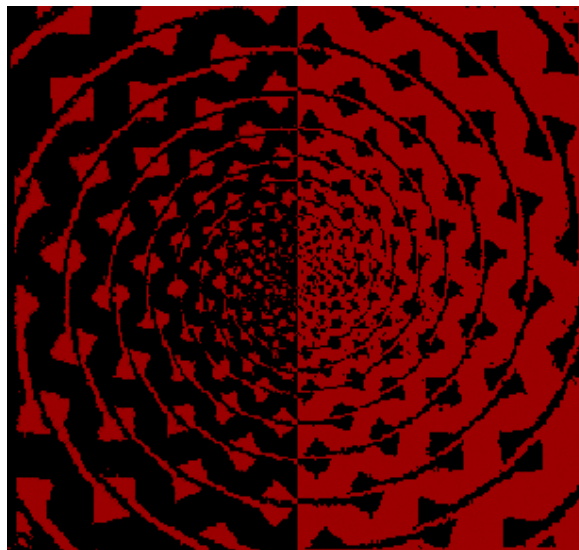

Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit



Titre : *La procéduralisation contextuelle du droit.*

Auteur (s) : Jacques Lenoble

N° : 46

Année : 1997

© CPDR, Louvain-la-Neuve, 1997

This paper may be cited as : Lenoble Jacques, « La procéduralisation contextuelle du droit », in Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit, n°46, 1997.

LA PROCEDURALISATION CONTEXTUELLE DU DROIT

Jacques Lenoble

Centre de Philosophie du Droit
Université catholique de Louvain
Belgique

Tel. : (010) 47 46 49

Fax : (010) 47 86 01

Email : lenoble@cpdr.ucl.ac.be

LA PROCEDURALISATION CONTEXTUELLE DU DROIT

Jacques Lenoble

Introduction

L'expérience juridique américaine est intéressante pour la raison que, plus que toute autre et indépendamment de son contexte particulier, elle met le juriste en présence des injonctions morales et politiques qui doivent guider son action. Sans doute n'est-ce pas là une tâche sans danger, mais à tout le moins elle oblige le droit à prendre en compte ce que certains ont appelé l'injonction du réel historique qui doit orienter la vie de la règle de droit et le processus de transformation constante de notre espace social auquel nous oblige une raison comprise comme action collective.

Aux USA, cette transformation du droit sous couvert de sa nécessaire "moralisation" a conduit à une profonde controverse (tant au sein de la communauté juridique qu'entre l'exécutif et la Cour Suprême) dès la fin du siècle passé. Cette lutte s'est résolue par une profonde transformation des mécanismes de régulation sociale et de la pensée juridique. La question en jeu était la légitimité de l'extension du domaine d'intervention des règles par rapport à l'autonomie privée. Il en est résulté la mise en place d'un appareil d'État aux instruments législatifs et exécutifs étendus. L'État social prenait naissance.

Depuis plusieurs années, nous faisons l'expérience d'une inefficience des mécanismes de solidarité de l'État social pour compenser des fractures sociales qui vont s'élargissant. Ce sentiment a généré, aux USA à la fin des années cinquante, une volonté quasi naïve du juge de reprendre le flambeau d'une bureaucratie qui s'avérait déficiente pour réaliser ce qu'on a appelé la "Grande Société". Certes, rapidement les limites d'une transformation sociale par le juge se sont avérées importantes. Là n'est pas le propos. Cette instrumentalisation du droit par le juge américain marquait la nécessité de reconstruire un dispositif institutionnel de régulation politique qui puisse faire acte des transformations profondes en cours et de l'inefficience relative actuelle des mécanismes de solidarité collective de nos États sociaux qui avaient, plus encore en Europe qu'aux USA, si bien fonctionné jusque là.

Sans doute la brisure porte plus loin qu'on ne le dit souvent. Elle traduit une transformation profonde des représentations du sujet sur base desquelles notre expérience de moderne s'est construite et des figures de la raison qu'elles portaient en leur sein. C'est la portée même du concept de liberté

mise par les modernes au fondement de notre expérience politique qui est aussi au coeur des évolutions qui se jouent.

C'est sur un aspect limité et partiel que nous voudrions nous concentrer ici, celui qui concerne la manière de comprendre la redéfinition en cours des dispositifs institutionnels par lesquels l'État régule la société. Certes, c'est avec une naïveté qui n'est pas sans danger que le juge américain a cru devoir reprendre à son compte le rôle d'agent de transformation sociale et de promoteur de la justice sociale que l'État social avait dévolu au pouvoir exécutif qui était sorti renforcé de la révolution industrielle. Mais qui peut contester en même temps la nécessité - tant pour des raisons d'efficacité que d'éthique politique - de réaménager les modes d'intervention de l'État et les dispositifs institutionnels de régulation sociale.

Deux réponses contemporaines à la crise de la régulation

Deux représentations dominent le discours habituellement tenu aujourd'hui concernant la transformation de l'État et les modes de régulation publique. Elles ne se recoupent pas nécessairement et même, à bien des égards, sont peu complémentaires comme on le verra par la suite.

La première, qui traverse en Europe le monde des juristes de droit public ou ceux directement concernés par le monde judiciaire, met l'accent sur une montée en puissance du juge et sur une attention renforcée au respect dû aux droits fondamentaux. La toute puissance d'un État social bureaucratique aurait fait place à ce qu'on appelle parfois aujourd'hui une demande accrue de droit: l'État serait sous tutelle ultime d'un juge qui, expression d'une opinion publique et légitimé par sa soumission à la double contrainte de la règle et des procédures qui garantissent son impartialité, assurerait ainsi, par son contrôle exercé au nom des droits fondamentaux, le passage de l'État *de droit* à l'État *des droits*, forme plus accomplie des exigences d'une démocratie bien comprise.

La seconde, qui traverse en Europe plutôt le monde de l'administration publique, met au contraire l'accent sur la nécessité d'abandonner les formes traditionnelles de régulation centralisée au profit de modes soit privatisés, soit, à tout le moins, décentralisés de gouvernance faisant appel à des autorités de régulation dites indépendantes où se conjuguent une participation d'acteurs professionnels privés et des formes d'expertise permettant une régulation plus flexible et plus adaptée à la spécificité difficilement prévisible des contextes d'application des normes envisagées. Notons, d'ailleurs, que ce second discours conduit parfois à une seconde

variante que l'on peut qualifier de "citoyenne" ou de "délibérative" et qui est supposée en corriger le caractère soit trop économiste soit trop technocratique. Il s'agit ici d'accroître la "logique de participation" par la seule multiplication des acteurs comme si de leur seule convocation se dégageait une compétence délibérative.

Ces deux représentations nous paraissent insuffisantes à promouvoir les transformations de nos modèles réglementaires qui s'imposent aujourd'hui pour en garantir l'efficacité et la légitimité. Sans doute, sous ses diverses versions, ce discours commun intuitionne-t-il l'incontournable transformation du rôle du juge et le renforcement des exigences de décentralisation et de participation qui orientent l'évolution des dispositifs réglementaires. Mais, à en rester aux formulations qu'elles nous proposent, ces représentations dominantes ne succombent-elles pas soit à l'illusion - dangereuse et naïve - de la toute-puissance d'un juge censé protéger la démocratie et ses exigences humanistes contre le déchaînement des "systèmes" soit à une conception réductrice ou idéaliste de la recombinaison des acteurs devant participer à la définition et à la mise en oeuvre des politiques réglementaires. Telle est en tout cas la double idée que nous voudrions développer.

En ce qui concerne tout d'abord le rôle nouveau que le juge devrait jouer dans la transformation de notre démocratie, une approche plus correcte de la théorie de la norme devrait au contraire, selon nous, permettre de mieux comprendre la signification de l'évolution du rôle du juge aujourd'hui et de mieux guider le pouvoir accru qui lui échoit dans le contrôle du respect des droits fondamentaux. Telle est la première portée de **notre hypothèse de la procéduralisation "contextuelle" du droit et de l'État**. Notre hypothèse théorique doit nous conduire à justifier un rôle actif du juge là où il s'agit pour lui de contrôler si les pouvoirs publics et privés ont aménagé leurs procédures délibératives de façon à assurer la transformation des contextes nécessaire à l'application efficace des objectifs définis comme valides.

En ce qui concerne ensuite le plan de l'élaboration administrative ou législative des politiques réglementaires, notre hypothèse conduit tout à la fois à montrer, à l'encontre du primat donné aux processus d'autorégulation par le marché ou par les experts professionnels, **le rôle essentiel qu'il faut attribuer aux acteurs collectifs dans les processus de régulation publique en même temps que le cadre conceptuel à travers lequel cette participation des acteurs collectifs doit aujourd'hui être pensée**. En mettant l'accent sur **la nécessité de réfléchir les conditions procédurales qui doivent être effectivement réunies pour qu'une transformation des contextes permette d'assurer une réelle insertion**

efficace de l'objectif poursuivi et jugé valide, notre hypothèse de la "procéduralisation contextuelle" entend au contraire fournir un cadre à la construction des acteurs, des modalités de leur coopération et des thèmes à mettre en négociation qui s'affranchisse des perspectives réductrices qu'impliquent le modèle dominant de l'autorégulation systémique (ou des effets idéalisants de sa "variante citoyenne").

Pour étayer et développer cette double idée, un "détour" méthodologique nous paraît indispensable qui explique le chemin que suivra notre raisonnement. C'est qu'en effet, si on veut évaluer la validité des transformations institutionnelles aujourd'hui proposées par le discours dominant sur les nouveaux "dispositifs de régulation et de gouvernance", il faut déplacer l'analyse et se situer au niveau des modèles théoriques sur lesquelles les deux représentations communes précitées s'appuient et dont elles ne sont qu'une expression. Si on veut donc poser correctement la question de la transformation du droit et de nos modes de régulation démocratique, un détour par une réflexion épistémologique s'avère indispensable. La raison en est que l'inefficacité des deux approches qui dominent aujourd'hui le débat politique et juridique. tient aux insuffisances épistémologiques des modèles de théorie de l'action et de théorie de la norme - et des modèles de démocratie qui y sont liés - auxquels, en dernier ressort, ces deux approches renvoient pour l'essentiel : le modèle habermassien de l'action communicationnelle d'une part et le modèle de l'autorégulation systémique d'autre part.

La démarche que nous empruntons est donc indirecte. Au lieu d'exposer d'emblée le cadre conceptuel qui nous est propre, nous partons des conceptions ambiantes et souvent implicitement partagées pour remonter aux modèles qu'elles présupposent et définir sur quel point notre propre modèle théorique s'en différencie. C'est donc par une mise en lumière des critiques que nous adressons aux modèles aujourd'hui dominants que nous entendons préciser en creux la spécificité de notre propre modèle. Ce n'est pas succomber aux sirènes de la critique; c'est partir de ce à quoi les gens spontanément adhèrent pour tenter de les amener à reformuler et dépasser certaines de leurs évidences supposées.

Deux modèles de procéduralisation dans la théorie sociale contemporaine

Comme on vient de l'indiquer, le débat sur la transformation de nos dispositifs institutionnels de régulation démocratique est aujourd'hui dominé

par des représentations qui, en définitive, s'ancrent dans deux modèles théoriques : le modèle habermassien de l'action communicationnelle et le modèle de l'autorégulation systémique.

La référence ici empruntée à ces deux modèles n'est pas que rhétorique ou didactique. En effet, quelles qu'en soient les insuffisances épistémologiques que nous tenterons de mettre en lumière, ils ouvrent un chemin dans lequel s'inscrit notre propre hypothèse "de la procéduralisation contextuelle du droit". Tant le modèle de l'autorégulation systémique qui nourrit plusieurs des réformes proposées des procédures de l'action publique que le modèle habermassien qui instaure une théorie délibérative d'une démocratie juridique fondée sur les principes des droits fondamentaux constituent une étape théoriquement importante pour une compréhension meilleure des exigences d'une démocratie moderne. A bien des égards, le recours dans des champs différents de l'action publique aux modèles de l'éthique de la discussion ou de l'autorégulation systémique constituent des avancées à la fois théoriques et politiques sur lesquelles on peut pour partie s'appuyer.

Tout d'abord, en ce qui concerne le modèle habermassien de l'agir communicationnel. Il ne s'agit pas pour nous de méconnaître l'acquis d'une référence renforcée aux droits fondamentaux dans l'exercice du contrôle juridictionnel, ou encore celui d'une référence plus globale aux exigences de la théorie de la discussion et aux prétentions universalistes dont elle est porteuse pour comprendre la dynamique de légitimation de nos espaces publics. Comme Habermas, le renforcement des exigences délibératives dans le processus de la décision publique et une participation accrue des parties dites "concernées" nous paraît un horizon indispensable.

De même le modèle de l'autorégulation a bien perçu les effets pervers qui s'attachent au modèle dit de la *command and control regulation*. C'est à juste titre que Luhmann a tenté de repenser le droit et les mécanismes régulateurs en se centrant sur les dispositifs d'application des règles. Ici aussi, quoique de façon différente que chez Habermas, on pose qu'une régulation efficiente exige le recours aux acteurs concernés par l'application des normes envisagées.

La parenté d'horizon qui nous rattache ainsi aux deux modèles théoriques qui servent aujourd'hui d'appui à ceux qui s'efforcent de réfléchir la transformation de nos modèles régulateurs se marque d'ailleurs dans une certaine terminologie commune. L'un et l'autre de ces modèles se réfèrent en effet explicitement à la définition d'un paradigme procédural du droit. Sans développer ici plus avant cette question, on sait comment Luhmann et Habermas considèrent que le paradigme du droit libéral et formel ou le

paradigme de la matérialisation du droit lié à la construction de l'État social¹ reposent sur une compréhension inadéquate des exigences d'une régulation juridique dans une démocratie moderne. **Notre hypothèse est cependant que leur conception de la procéduralisation du droit reste rivée à une compréhension insuffisante des limites de la rationalité.**

Certes, l'idée est admise que ce qui définit la rationalité de l'intervention de l'État - que le droit a pour fonction d'organiser et d'engendrer - c'est le respect des conditions d'une procédure. Mais tant chez Luhmann que chez Habermas, la procédure reste pensée dans le cadre d'une approche formaliste de théorie de la norme. La rationalité de la procédure reste garantie par un mécanisme formel. Chez Luhmann, l'idée que chaque domaine à réguler est porteur du "point de vue normatif" à partir duquel s'adapter à l'environnement toujours nouveau et toujours changeant. Chez Habermas, l'idée que la rationalité de la procédure trouve son "réglage normatif" dans la logique de l'argumentation.

A l'inverse notre hypothèse est que la raison ne peut trouver en elle-même, dans une quelconque procédure formelle, toutes les conditions de son opérativité. La raison est toujours divisée: **une norme n'est rationnelle qu'à la condition qu'une procédure permette d'adjoindre les exigences qui conditionnent son efficacité contextuelle au moment de sa validité formelle. C'est pour ce motif que nous qualifions notre hypothèse de "procéduralisation contextuelle du droit"**. Sans doute, à la différence de Habermas, Luhmann est-il soucieux de prendre en compte les conditions d'efficacité contextuelle d'une norme. Mais à notre différence, Luhmann croit que l'efficacité contextuelle est assurée par le respect de la formalité qu'implique la clôture normative de chaque système. Tel est le point de vue qui nous différencie théoriquement des deux modèles qui fondent aujourd'hui les discours publics dominants en matière de réforme de nos systèmes de régulation démocratiques.

C'est pourquoi nous estimons que tant dans le modèle qui accentue les exigences délibératives que dans celui qui accentue l'autorégulation par les professionnels du secteur concerné (ou par le seul marché), les réaménagements procéduraux suggérés n'acquièrent pas leur véritable portée de transformation de nos espaces démocratiques. En effet, ils ne seront aptes à rencontrer les enjeux majeurs de fragilisation des liens sociaux et d'injustice nouvelle auxquelles nous confrontent l'irréductible mise en question de nos États sociaux qu'à la condition de corriger ce que nous appelons leur autocompréhension formaliste de la dynamique de la raison dont ils restent empreints.

¹ Voy. sur ceci notamment notre ouvrage, *Droit et Communication*, Paris, Cerf, 1994, *passim*.

Avant d'expliciter ce point de divergence qui porte donc sur une compréhension théorique du jugement d'application des normes, il est utile d'y introduire en revenant quelque peu sur les retombées institutionnelles - et leurs difficultés - auxquelles conduisent les approches formalistes de la procéduralisation du droit. A cette fin, reprenons successivement la référence humaniste dont se soutient au mieux le renforcement du contrôle par le juge des actes du pouvoir et l'accent mis sur des procédures autorégulatrices des champs d'activités. Sur l'un et l'autre de ces plans, nous allons préciser la position à laquelle conduit respectivement la perspective de l'éthique de la discussion et la perspective fonctionnaliste systémique pour indiquer à chaque fois l'indice des difficultés auxquelles leur lecture formaliste du jugement d'application d'une norme conduit.

1 Le formalisme procédural de l'éthique de la discussion et le renforcement du pouvoir de contrôle du juge

Une observation préalable s'impose tout d'abord. Pourquoi prendre la position de Habermas comme référence de la position de ceux qui entendent spécifier la transformation de nos dispositifs institutionnels de régulation par l'accroissement du rôle pris par le juge à raison du contrôle du respect dû aux droits fondamentaux? La question se justifie d'autant plus que plusieurs juristes qui défendent le constitutionnalisme s'inscriraient certainement en faux contre les analyses que Habermas proposent de cette évolution institutionnelle dans son dernier ouvrage²?

La raison en est que si j'excepte les positions du républicanisme américain telles qu'exposées par F.Michelman et C.Sunstein (sur lesquelles je reviendrai ci-dessous), la réinterprétation procédurale de Habermas, aussi critiquable qu'elle m'apparaisse, paraît la meilleure explicitation théorique de la position des juristes qui refusent de justifier l'extension du pouvoir de contrôle du juge soit sur le modèle de la *sociological jurisprudence* (fonctionnalisme en vogue jusque dans les années soixante aux USA) soit sur base d'une conception subjectiviste et décisionniste du jugement juridique. La référence fonctionnaliste (les sciences sociales ne sont en effet plus susceptibles de fonder la croyance en ce qu'elles pourraient fournir le contenu des normes qui s'imposeraient pour répondre aux besoins sociaux) est intenable aujourd'hui. A l'inverse, qui pourrait justifier démocratiquement

² J.Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992 (traduction française sous le titre *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, trad. par R.Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, 1997).

la mise en position du juge comme pouvoir en dernier ressort s'il s'avérait qu'on ne pouvait "fonder" dans une quelconque objectivité rationalisable son pouvoir de régulation?

C'est pourquoi la tentative de Habermas est intéressante en ce que, même s'il fait évidemment droit à l'ouverture herméneutique du juge, il entend en même temps tenter de trouver la limite du rôle accru que confère aujourd'hui au juge le contrôle du respect dû aux droits fondamentaux dans le concept de règle et la logique argumentative (distinction justifier-appliquer) et d'une conception procédurale de la démocratie. Ce faisant, il donne un cadre théorique à ce qu'on pourrait appeler la philosophie spontanée des juristes qui entendent tout à la fois caractériser la transformation de nos mécanismes régulateurs par le rôle accru dévolu au juge par les principes de l'humanisme juridique et d'autre part sauvegarder dans même temps l'image du juge comme simple organe d'application d'une règle interprétable.

L'argumentation de Habermas relative au constitutionnalisme et au renforcement du rôle du juge qu'il implique peut être ramenée aux trois éléments suivants.

Tout d'abord, Habermas justifie le gain démocratique que constitue cette évolution de nos systèmes juridiques et la mutation dans nos modèles de gouvernance qu'elle signifie. Cette évolution traduit l'inscription dans nos systèmes régulateurs du contrôle dû aux principes des droits fondamentaux. Or, ceux-ci constituent la traduction normative des exigences d'une rationalité démocratique réinterprétée dans le cadre d'une éthique procédurale de la discussion, c'est-à-dire comme formation discursive de la volonté générale.

Parallèlement, note Habermas, il est erroné de croire, comme l'allèguent certains constitutionnalistes, que le contrôle de proportionnalité utilisé par le juge constitutionnel (*balancing of interests* lié au contrôle du respect dû aux libertés positives du citoyen dans l'État social) impliquerait une dissolution de la distinction justifier-appliquer. Sans doute, le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation important. Mais, en utilisant l'expression inadéquate de "balance d'intérêt", ces juristes risquent de faire croire que dans l'exercice de ce pouvoir d'interprétation, le juge serait éventuellement amené, non plus à argumenter sur des questions de droits mais à négocier des compromis sur des questions d'intérêt? ce faisant, continue Habermas, ils méconnaissent les contraintes pragmatiques qui conditionnent la logique du discours d'application d'une règle. Argumenter sur des questions de droits, et donc dans le cadre des règles supposées valides établissant ces droits n'est pas négocier sur des intérêts. Les deux modes de raisonnement ne

sont pas soumis aux mêmes modes de raisonnement, aux mêmes contraintes argumentatives. Les confondre revient de ce fait à traiter les valeurs comme "préférences ou des biens à maximiser en fonction d'une logique instrumentale".

C'est donc à tort, relève enfin Habermas, que certains "républicains" américains, comme F. Michelman, croient devoir, dans ce supposé espace nouveau de liberté du juge ouvert par l'herméneutique constitutionnelle des droits fondamentaux, investir le juge constitutionnel d'un rôle "actif" et d'un pouvoir que ne suffirait plus à penser le cadre limitatif traditionnel de la fonction de juger. Contrairement à ce que pose ce courant du républicanisme "communautarien" américain, le juge constitutionnel ne doit pas se concevoir comme un substitut du pouvoir du peuple à l'égard de la manière dont le pouvoir législatif exerce son pouvoir délibératif. Non seulement l'interprétation procédurale de la démocratie que fournit l'éthique de la discussion aide à comprendre le fondement du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux. Mais en plus, cette interprétation permet de voir combien ce pouvoir, certes étendu, reste soumis et enfermé dans les contraintes argumentatives qui définissent en dernier ressort la spécificité du jugement juridique (discours d'application) et sa subordination au jugement du législateur (discours de justification).

En ce point se marque une des difficultés majeures auxquelles conduit cette manière de réfléchir la transformation du rôle du juge dans nos démocraties. L'expérience juridique des débats ouverts par le contrôle des droits fondamentaux montre empiriquement que la volonté de Habermas de trouver une limite effective au pouvoir du juge dans la distinction justifier-appliquer s'avère illusoire. Non seulement comme l'ont bien perçu les juristes américains après l'arrêt *Brown* qui ouvre ce qu'on pourrait appeler l'herméneutique constitutionnelle des droits fondamentaux aux USA, il devient difficile de trouver dans l'image classique de la neutralité du juge à raison de son inféodation à la règle un critère de délimitation du pouvoir du juge. Lorsque Habermas nous dit qu'il n'appartient pas au juge d'utiliser les droits fondamentaux pour inventer de nouveaux droits en lieu et place du législateur, sans doute a-t-il raison. Mais il est clair, comme le montre les débats jurisprudentiels et doctrinaux aux USA, qu'il n'est pas de critère formel clair pour opérer la limite du pouvoir d'interprétation. Ce n'est pas pour autant que le juge n'est pas guidé par des règles de raisonnement. Une herméneutique le guide qui oblige à poser que le juge ne décide pas n'importe comment n'importe quoi. Là n'est pas le problème. Cela consiste à dire que la distinction de logique de l'argumentation qu'à juste titre Habermas pose entre la question de la validité ou de la pertinence d'une règle et celle de son application appropriée à un cas particulier ne permet pas, par ailleurs, de constituer une limite suffisante pour penser le rôle du

juge. Notre thèse est que se marque, dans cette insuffisance, une troisième dimension méconnue non seulement par la pensée juridique moderne toujours héritière du cadre défini par Kant et dont Habermas reste prisonnier. A côté de l'ouverture herméneutique qui caractérise ce problème bien trop accentué de l'interprétation en droit, à côté des distinctions induites par la logique de l'argumentation bien rappelées par Habermas, le discours d'application est guidé par une troisième contrainte logique, toujours oblitérée et passée sous silence : les contraintes logiques liées à la prise en compte de la nécessaire transformation des contextes d'arrière plan qui s'imposent si l'on veut assurer une efficacité de la règle. Ici gît le point central de notre propre hypothèse. Avant de développer plus avant, signalons rapidement la triple conséquence, sur le plan juridico-politique, qui nous paraît liée à cette oblitération du "moment d'application" dans le procéduralisme de Habermas.

Tout d'abord, au seul plan du rôle de plus en plus étendu du juge constitutionnel, il nous faut défendre au contraire la perspective politique soutenue par F.Michelman et C.Sunstein. En d'autres termes, s'il est inadmissible politiquement que le juge constitutionnel soit un tuteur idéologique du législateur, il doit être un tuteur du processus délibératif et des exigences rationnelles qu'une conception adéquate de ce processus implique. Sans doute, faut-il reformuler le fondement épistémologique de la lecture républicaine américaine. Celle-ci n'a pas suffisamment reconstruit la logique du jugement normatif, et plus précisément du jugement d'application, qui justifie notre analyse "procédurale" du dispositif juridictionnel. Pour cette même raison, on ne peut qu'être dubitatif sur certains concepts utilisés par exemple par F.Michelman pour caractériser l'émergence des groupes dans le processus politique. Tout semble se passer chez F.Michelman comme si les acteurs collectifs étaient des entités toujours déjà données mais seulement "oubliées" à raison d'une volonté délibérée des groupes dominants. Notre propre approche nous amènera au contraire à poser que les acteurs sont toujours à construire en fonction d'un contexte social spécifique et au regard de la dynamique propre qu'impose l'application efficace d'un objectif normatif recherché: la définition des acteurs collectifs est fonction de la finalité visée et de la reconstitution par ces acteurs de leur savoir faire historiquement constitué. De façon plus générale, ces auteurs, au premier rang, desquels C.Sunstein, entendent caractériser la démocratie par l'exigence délibérative sans préciser plus avant cependant les conditions de la délibération en fonction de la dimension de "réversibilité asymétrique" dont on verra par la suite qu'elle en constitue le pivot logique. A bien des égards donc, le "républicanisme communautarien" américain est théoriquement ambigu, par défaut de construction épistémologiquement fondée de la dynamique du jugement normatif. Est-il

besoin de fustiger, dans cette perspective les erreurs de nombre de communautariens - même si ce n'est pas le cas de F.Michel man et de C.Sunstein - qui font du respect de la tradition le critère substantiel de la validité de la norme.

Ensuite, une deuxième conséquence consiste à dénoncer la version 'juridique' de la démocratie procédurale de Habermas. Celle-ci reste purement individualiste et libérale. Elle manque un enjeu majeur de la recomposition démocratique de nos dispositifs institutionnels de régulation: celui lié à la dimension collective (communautaire) de la constitution de la liberté moderne. Cette dimension, à nouveau, est portée par une construction du moment d'application de la norme et la recomposition des dispositifs institutionnels en vue d'assurer une participation des groupes qui permette une mobilisation de leurs savoir faire en vue d'assurer les conditions de transformation des contextes d'application de la norme visée en vue d'en assurer l'efficience.

Enfin, une interprétation procédurale formaliste de la démocratie, comme celle que nous propose Habermas, conduit, comme je l'ai déjà relevé ailleurs, à ne pas prêter attention aux nécessaires recompositions institutionnelles qui se font jour au sein des divers pouvoirs de l'État et principalement au sein des organes d'application des règles (autorités administratives et autorités juridictionnelles). Sans doute, Habermas s'attache-t-il à réfléchir l'évolution liée à la constitutionnalisation de nombreux secteurs juridiques. Mais, à nouveau, n'est-il pas symptomatique qu'il n'ait pas prêté attention à d'autres phénomènes tout aussi constitutifs de la mutation qui traverse aujourd'hui nos systèmes juridiques et plus spécifiquement nos modes d'organisation institutionnelle de la fonction de juger. En se centrant sur le seul juge constitutionnel, sa réflexion est restée rivée à une dimension trop restreinte de la recomposition du droit aujourd'hui. Une attention aux autres manifestations (développement du référé, contrôle accru par le juge administratif de la "rationalité" des décisions administratives, développement croissant de modes alternatifs de résolution des conflits...) lui aurait permis, au contraire, de voir que le contrôle du juge implique de plus en plus un contrôle de légalité qui réaménage les conditions du processus 'rationnel' de construction normative. Le juge se fait tuteur du processus d'objectivation rationnelle d'une décision normative en percevant que ce processus implique une participation des acteurs concernés par les phases d'application. Où on voit le lien avec la seconde représentation commune qui domine aujourd'hui le débat sur la transformation des mécanismes régulateurs et qu'a bien intuitionné la théorie de l'autorégulation systémique, celle qui porte sur les modifications de procédure de construction des politiques publiques.

2. Le formalisme procédural de l'autorégulation systémique et le problème de la transformation des procédures d'élaboration des politiques publiques

Il n'est pas question pour nous de contester l'inadéquation du modèle *command and control regulation*. Les effets pervers d'un tel modèle de régulation ont été depuis longtemps établis et nous les tenons ici pour acquis.

La question est plutôt de savoir comment penser les réformes procédurales de ce modèle et le recours aux acteurs décentralisés qui constituent, par évidence, le seul horizon alternatif au modèle substantialiste de la "commande centralisée".

Est-il suffisant de concevoir l'alternative en termes de connaissance insuffisante du régulateur, d'incertitude croissante dans la possibilité d'anticiper les exigences de politiques futures eu égard à la complexité croissante des contextes? Tel est aujourd'hui l'argument de base? Le modèle de la *command and control regulation* serait affecté d'une méconnaissance de la finitude de la raison, celle-ci résultant d'une connaissance insuffisante des contextes d'application des règles envisagées comme valides? La prise en compte de la complexité des systèmes à réguler obligerait à abandonner les modèles traditionnels qui présupposaient une capacité d'anticiper les contextes futurs d'application et de les réguler par des règles générales et abstraites. Au contraire, dorénavant, il s'agirait de construire des formes de coordination plus flexibles, plus décentralisées, permettant, par une coopération des acteurs qu'anime une même "logique normative", une adaptation continue à la spécificité toujours changeante de l'environnement.

L'insuffisance de cet argument ne provient pas, comme un certain humanisme juridique aurait tendance à le dire, de ce que cette version économiste ou systémique de la réorganisation de nos modèles de régulation feraient la part trop belle à une conception purement instrumentale de la rationalité et méconnaîtrait l'importance des limites axiologiques (droits fondamentaux) dont ce serait le rôle de l'État de les définir en termes de débats politiques et de les imposer aux différents sous-systèmes autonomes de la vie sociale tel que le sous-système économique. De même l'insuffisance ne provient pas, comme le répète à l'envi une certaine doctrine politique classique, de ce que les nouvelles "autorités indépendantes" qui incarnent de plus en plus ces dispositifs d'autorégulation ainsi la nouvelle Banque centrale européenne, en France la COB, en Belgique la Commission bancaire et financière...) ne seraient pas conformes aux exigences démocratiques de la représentation parlementaire. L'insuffisance est plus profonde et de nature "épistémologique".

Ici aussi ce qui apparaît - comme dans le modèle habermassien - c'est une inféodation à une vision inadéquate du jugement d'application des normes, c'est-à-dire une conception "déductiviste" du jugement d'application qui aboutit à neutraliser les conséquences de la spécificité du moment d'application et de sa réversibilité sur la formulation de la norme. La chose est ici d'autant plus étonnante qu'à bien des égards les alternatives théoriques proposées depuis une quinzaine d'années au *command and control regulation* avaient précisément pour enjeu de mettre l'accent sur la nécessité de renvoyer le processus de régulation aux acteurs impliqués dans les sphères d'application des politiques régulatrices envisagées. Notre thèse est cependant que ces alternatives ont restauré une conception formaliste du moment d'application. L'insuffisance peut être présentée d'une double façon.

Une première insuffisance apparaît dans la version dominante que prend le modèle de l'autorégulation systémique dans la théorie sociale contemporaine. On en trouve une expression particulièrement expressive dans les analyses que nous propose N.Luhmann. Ce qui est spécifique de ce modèle de l'autorégulation systémique est que s'il construit bien le moment d'autoréférentialité sur lequel nous mettons aussi l'accent, il postule cependant à nouveau un moment ultime de formalité pour penser la nécessaire prise en compte des contextes d'application. Il postule en effet la logique normative propre au contexte d'application lié aux sous-systèmes comme donnée et irréductible. Il en découle des effets concrets au plan institutionnel: les divers acteurs devant participer aux procédures de reformulation des normes pour prendre en compte l'ouverture normative sont les acteurs professionnels des milieux concernés en tant qu'ils partagent une même vision normative. La détermination des acteurs est ainsi réfléchie en fonction d'une homogénéité normative supposée et en méconnaissance donc de ce que les contextes sont traversés par des logiques normatives plurielles concernées par la nécessaire réalisation des transformations du contexte en vue d'une finalité. Cela conduit essentiellement à une double cécité formaliste: cécité quant à la détermination des acteurs collectifs à mobiliser pour assurer une définition adéquate des mesures régulatrices et cécité quant à la manière de définir les questions devant faire l'objet de la négociation régulatrice (question de l'agenda).

Cette insuffisance peut encore être présentée par un autre biais. Elle résulte d'une présentation du déficit de la *command and control regulation* en termes d'incertitude ou d'imprévisibilité. Le point est d'autant plus important à souligner que cette même dimension traverse aujourd'hui les tentatives les plus intéressantes des sciences sociales contemporaines qui s'efforcent de dépasser les approches néoclassiques de la théorie économique ou, plus

généralement, celles liées à la théorie de la décision rationnelle³. Ces tentatives, on le sait, sont d'orientation institutionnaliste. Au premier rang de celles-ci il faut citer le courant de l'économie des conventions⁴ et notamment les travaux particulièrement féconds et stimulants d'O.Favereau⁵. Celui-ci, dans une ligne ouverte par la théorie de la rationalité procédurale d'Herbert Simon, s'efforce de penser la rationalité des dispositifs institutionnels de régulation et de décision en s'appuyant sur la théorie des apprentissages collectifs développée par C.Argyris et D.A.Schön⁶. A nouveau ici le concept de rationalité limitée qui est mobilisé pour mettre ne question les modèles économiques de la théorie de la décision rationnelle est, comme chez Luhmann, pensé en dernier ressort par référence à la question de l'imprévisibilité. sans doute ici, tente-t-on de ne pas s'appuyer explicitement sur une référence à une logique normative homogène. Mais en définissant, comme dans la théorie de l'incertitude chez Luhmann, la rationalité limitée en termes de dispositifs cognitifs permettant d'intégrer l'apprentissage en vue de réviser les normes au vu de ce que l'avenir non prévisible fera émerger comme "indices cognitifs nouveaux" et donc, comme supports nouveaux pour une réinterprétation possible des normes antérieurement posées, il est manqué un moment épistémologiquement fondamental dans tout jugement normatif, celui qui concerne le moment spécifique de l'application et du "retour" (réversibilité) qu'il entraîne sur la norme. Ce dernier moment logique n'implique pas ce retour interprétatif sur la norme qui s'impose pour adapter celle-ci à un contexte "futur" nouveau. Il s'agit d'un moment logique de rédéfinition ou d'adaptation de la norme au moment concomitant à l'élaboration de la norme. Il s'agit ici, comme nous allons le voir ci-après, de l'intégration à la procédure du choix de cette contrainte rationnelle de la transformation des contextes existants pour assurer l'efficacité des objectifs jugés pertinents. C'est à nouveau cette dimension contextuelle et son incidence sur la procédure discursive du jugement normatif qui est obliérée par une théorie qui concentre la limite de rationalité sur la complexité cognitive liée à l'incertitude ou à l'imprévisibilité.

³ Voy. notamment, W.W.Powell and P.J.Dimaggio, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991.

⁴ Voy. notamment le numéro spécial de la *Revue économique* consacré à "L'économie des conventions", vol. 40, n°2, 1989.

⁵ Sur ceci, voy. notamment O.Favereau, "Règles, Organisation et apprentissage collectif", in *Analyse économique des conventions*, sous la direction d'A.Orléans, Paris, PUF, 1994, pp.113-138; et *L'économie normative de la rationalité limitée*, Forum, Université de Paris Nanterre, septembre 1996.

⁶ *Organizational Learning: A theorie of Action Perspective*, Reading (Mass.), Addison Wesley, 1978.

Les remarques qui précèdent montrent donc que l'élément fondamental autour duquel notre perspective de la procéduralisation contextuelle concerne la logique du jugement d'application. C'est ce point qu'il nous faut maintenant construire comme condition d'une recombinaison efficiente des dispositifs institutionnels de régulation.

Jugement d'application et Procéduralisation contextuelle

Notre hypothèse est donc que les présentations existantes d'une interprétation procédurale de la régulation démocratique reposent sur une lecture formaliste de la justification d'une norme c'est-à-dire sur la méconnaissance de la "réversibilité asymétrique de l'opération d'application d'une norme"⁷.

La portée de ce moment peut être facilement comprise si on revient un instant à la position ci-avant décrite de Habermas. En effet, la méconnaissance de ce moment logique constitutif du jugement d'application d'une norme apparaît clairement dans la distinction trop tranchée faite par Habermas entre argumentation sur des questions de droits et compromis négocié sur des questions d'intérêt. Ce qui se montre justement dans les questions de proportionnalité et de *balancings of interests*, c'est que cette opposition est trop tranchée et qu'elle oblitère la liaison nécessaire entre l'opération de justification d'une norme et le moment de son application c'est-à-dire entre la formulation de la norme et la recombinaison des contextes de vie en vue de permettre la réalisation la meilleure possible des finalités normatives jugées valides. Ce n'est pas qu'on traite, comme le croit Habermas, les valeurs comme des "préférences ou des biens à maximiser en fonction d'une logique instrumentale". C'est qu'il s'agit de valeurs, certes toutes valides, mais qui, pour leur réalisation efficiente, impliquent la recombinaison de contextes d'application. Cette recombinaison ne peut se

⁷ Cette expression est due à Marc Maesschalck qui, dans un séminaire tenu au CPDR, a lumineusement construit ce moment logique du jugement d'application d'une norme et montré son lien à une compréhension épistémologique adéquate de la division de la raison telle que Fichte l'a reconstruite en critiquant la lecture kantienne de la finitude de la raison (voy. sur ceci les divers *Carnets du CPDR* rédigés par Marc Maesschalck et consacrés à cette question et notamment ceux relatifs à *Normes et Contextes*).

faire qu'en mobilisant des acteurs collectifs impliqués dans les contextes d'application pour qu'ils recomposent leurs savoir faire en vue d'insérer au mieux les objectifs valides en coexistence. Il ne s'agit donc pas, comme le croit Habermas, d'être soit dans une logique instrumentale soit dans une logique de droits universalisables, mais d'intégrer, dans la logique argumentative propre à la visée de validité, une dimension de recomposition des contextes et donc de construction des moyens indispensables à la réalisation de la finalité dans un contexte multiple. C'est parce qu'il n'a pas perçu cette dimension de réversibilité asymétrique de l'opération d'application que Habermas en est resté à une distinction trop formelle des diverses logiques communicationnelles.

Cette réversibilité asymétrique oblige à mettre en cause la double dimension qui caractérise l'approche du jugement d'application chez Habermas: la supposition que la rationalité de la justification d'une norme s'établit par le seul recours au mécanisme formel des compétences symétriques des acteurs de la discussion et d'autre part la croyance que le jugement d'application est une opération "descendante" c'est-à-dire purement déductive. Kant parle de façon plus adéquate de jugement "déterminant".

Cette dernière expression doit d'ailleurs être préférée car elle permet de mettre en évidence l'oblitération par la pensée juridique tant traditionnelle qu'actuelle de ce moment de réversibilité asymétrique. Elle intègre ce qu'on pourrait appeler l'approche mécaniste ou conceptualiste du syllogisme juridique (depuis longtemps critiquée) et l'approche argumentative ou herméneutique du jugement juridique et montre ainsi en quoi ces deux approches qui se posent traditionnellement comme antagonistes restent toutes deux prisonnières d'un même paradigme réducteur du jugement d'application. En effet, la construction de cette contrainte logique spécifique à l'application d'une norme (transformation des contextes en vue d'assurer l'efficacité des objectifs normatifs jugés valides) ne recouvre en aucune manière ce que la théorie du droit a depuis longtemps identifié comme la dimension herméneutique incontournable de toute application d'une règle. Depuis plus d'un siècle tous les juristes savent, contrairement aux sirènes de l'école de l'exégèse et du conceptualisme juridique, que les règles s'interprètent. La critique que nous faisons du formalisme de la théorie de la norme et d'une approche déductiviste (ou déterminante) du jugement d'application ne se réduit pas à la mise en évidence de la dimension herméneutique de toute opération d'application. Malgré une reconnaissance aujourd'hui banale de cette dimension herméneutique, le présupposé de toute la pensée juridique (si j'excepte la dérive déconstructionniste) est une conception déductiviste de l'opération d'application. N'est-il d'ailleurs pas intéressant de relever ce caractère répétitif de la théorie du droit, jusque dans ses versions les plus contemporaines chez Hart, Dworkin ou Günther, à

construire cette vérité depuis longtemps établie de la dimension interprétative de la règle? Cela ne traduit-il pas cette intuition que la logique de l'application ne se réduit pas à cette dimension herméneutique et en même temps cette incapacité de la théorie du droit à construire le moment de réversibilité asymétrique à raison d'un paradigme épistémologique resté formaliste?

Notre approche de la procéduralisation contextuelle repose donc au contraire sur une autre approche du jugement d'application en montrant que toute justification d'une norme implique logiquement la prise en compte des contextes d'application et un mouvement de "remontée" par lequel les acteurs concernés renégocient leur forme de vie commune pour assurer les transformations de leurs "savoir faire" et de leur manière habituelle d'agir, en vue de réaliser l'insertion efficiente de la finalité poursuivie par la norme jugée pertinente dans leur contexte de vie. Cela n'oblitére pas le moment de la règle. Cela pose cependant qu'à côté de la dimension formelle du jugement d'application (qui recouvre notamment la dimension classique de l'interprétation des concepts qualificateurs), se joue une autre dimension proprement "réfléchissante" du jugement d'application et qui implique une "remontée" vers la règle à raison de la détermination éventuelle des transformations des contextes pour assurer la réalisation efficiente de l'objectif poursuivi par la règle. C'est cette dimension spécifique du jugement d'application qu'a aussi manqué Luhmann dans sa théorie de l'autorégulation systémique et qui traduit son maintien dans une conception formaliste du rapport de la norme au contexte et des procédures discursives des jugements normatifs.

Cette transformation des contextes ne peut être opérée par un jugement déductif car elle porte sur une dimension qui est hors portée de la représentation formelle de la règle et qui tient aux modalités de son usage. C'est pourquoi toute application d'une règle qui prend en compte les limites de sa représentation formelle implique un moment que M.Maesshalck appelle d'assomption de la règle par ses destinataires c'est-à-dire de détermination négociée - par ceux qui doivent en faire usage - des modifications de leur contexte en vue d'insérer l'objectif fixé par la règle dans les formes de vie .

De manière classique, trop individualiste et non procéduralisée, on pourrait formuler la question comme suit: l'auteur de la norme ou de l'acte a-t-il pris en compte les transformations du contexte que la réalisation de son objectif impliquait? En d'autres termes, a-t-il été conséquent avec lui-même? En ce sens, on peut dire que la norme parle d'elle-même en tant que son application fait retour sur elle-même (réversibilité), sur sa propre formulation car le processus de son application va mettre en cause le contexte en ce qui concerne la question de l'autotransformation nécessaire de ce contexte en

vue de réaliser l'objectif normatif jugé valide (pertinent). Cette autotransformation oblige à ce que les groupes incarnant les formes de vie concernées par la réalisation de l'objectif perçu comme valide procèdent aux recompositions de leur forme de vie globale pour réaliser cette insertion.

Bien entendu, en pratique, bien des jugements d'application n'impliquent pas la mise en place d'un dispositif institutionnel de négociation, par les parties, des éléments de leur contexte. C'est que bien des cas d'application repose sur une forme de vie partagée qui est considérée comme ne devant pas être réaménagée dans ses éléments "structurels" pour assurer le respect efficient de la règle. Nous pourrions dire que ce n'est que dans les "*hard cases*" qu'une telle redéfinition "collective" du cadre de vie est mobilisée. La détermination cependant de ces "*hard cases*" n'est pas déterminable *a priori*. Elle dépend de la "perception" des destinataires de la norme et de la conception qu'ils ont des éléments structurels du contexte social qui conditionnent l'usage efficient de la règle jugée pertinente.

Cette lecture de l'opération d'application est commandée par un argument épistémologique méconnu par les deux approches formalistes d'une théorie procédurale de l'action et de la règle, aussi bien le modèle de l'éthique de la discussion que celui de l'autorégulation systémique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on qualifie ces approches de formalistes: tant Habermas que Luhmann, pour ne prendre que les figures de leur meilleurs représentants, restent prisonniers d'une conception formaliste de la raison. La division de la raison en elle-même résulte, comme l'a si bien montré la relecture de Fichte par Maesschalck⁸, d'une interprétation correcte de ce que la raison n'est qu'un fait. L'idée n'est pas à comprendre au sens devenu classique où Kant a interprété le *factum rationis*. Au contraire, Fichte a bien montré qu'il faut à certains égards renverser la proposition et la comprendre comme l'indication logique que la raison ne résulte que du choc spéculatif de la raison avec la vie: la raison, pourrait-on dire, ne résulte que d'un fait, c'est-à-dire d'un "choc" avec la vie. On pourrait traduire cela dans l'expression que la raison ne peut trouver en elle-même son propre fondement et donc, par voie de conséquence, qu'elle ne peut trouver en elle-même ses conditions autosuffisantes d'opérativité. La première expression cependant n'est pas non plus à comprendre au sens philosophique habituel de la théorie de l'incomplétude développée par Gödel car cette version gödelienne de la finitude de la raison reste prise dans le cadre d'une représentation formaliste de la raison et ne pense pas le "pourquoi" de la limite. A ce titre, elle n'est qu'une expression particulière d'une finitude de la raison qui vient marquer la

⁸ M.Maesschalck, *Droit et Création Sociale chez Fichte. Une philosophie moderne de l'action politique*, Paris-Louvain, Peeters, 1996.

dépendance de la raison par rapport au fait de la vie, à ce que M.Maesschalck a judicieusement dénommé un acte de perception.

Se manifeste là d'ailleurs une dénonciation d'un des présupposés les plus, majeurs de la pensée juridique moderne avalisé par Habermas et qui explique sa lecture formaliste de la distinction justifier-appliquer: la croyance que la norme trouve en elle-même, c'est-à-dire dans ses conditions de validité, les conditions de sa propre opérativité et donc les conditions de sa propre efficience. Prendre en compte la contextualisation de la raison consiste au contraire à souligner que l'efficience - le caractère opératoire - d'une norme n'est pas seulement fonction de sa pertinence mais aussi de la transformation des conditions d'application et de la possibilité pour les contextes de se transformer en vue d'assurer l'insertion de la visée normative dans les formes de vie existantes avec l'effet réflexe (l'effet de réversibilité) que ce travail de transformation (de remontée vers la norme) implique pour la formulation de la norme. Si la norme ne s'épuise pas dans le mécanisme formel qui permettrait d'en définir la validité, c'est parce que la raison n'est pas réductible à son autoreprésentation formelle mais qu'elle est une procédure qui prend en compte la réversibilité asymétrique de l'opération d'application qui constituent un moment constitutif de la rationalité.

C'est ce moment de division de la raison avec elle-même que nous avons préalablement tenté de construire en mettant en évidence soit la structure paradoxale de la raison ou le moment d'indécidabilité pragmatique. Ce que permet de montrer la réversibilité asymétrique est la conséquence de cette indécidabilité pragmatique au plan de la théorie de la norme. Cette indécidabilité n'est pas à entendre comme marque d'un décisionnisme du jugement d'application qu'engendrerait une incomplétude du moment de justification. Une telle perspective est épistémologiquement insuffisante car elle reste prise dans une conception formaliste dont elle voudrait cependant s'affranchir. Bien plus, pour cette raison, elle manque la traduction, dans la théorie de la norme, de la question de l'opérativité de la raison c'est-à-dire de la question liée aux conditions d'efficience (et pas d'effectivité) de la norme. Ce moment oblige à articuler, les moments de justification et d'application et à recomposer les dispositifs institutionnels d'élaboration des normes et de leur contrôle.

CONCLUSION

Le parcours suivi nous permet de revenir sur les deux réponses qui dominent le débat actuel sur ce que certains ont appelé la crise de l'État régulateur. Comme on l'a vu, ces deux réponses identifient à juste titre la nécessité qui se fait jour de modifier essentiellement nos dispositifs institutionnels d'application des normes, c'est-à-dire principalement les dispositifs liés à l'organisation de la fonction de juger et ceux liés aux autorités administratives qui avaient trouvé leur plein essor avec le développement de nos États sociaux. C'est en effet la question de l'application des règles qui est au coeur de l'adaptation de nos dispositifs réglementaires. Notre parcours nous a permis de voir que ces deux réponses restent rivées à des approches formalistes du jugement d'application des normes et que, pour cette raison, elles restent insuffisantes à percevoir les conditions nécessaires à une transformation de nos dispositifs réglementaires qui soit efficiente au vu des enjeux de fragilisation et de recomposition du lien social qui marquent nos démocraties.

Notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle nous amène en effet à poser qu'une compréhension plus correcte du jugement d'application d'une norme conduit à récuser les approches formalistes sur base desquelles aujourd'hui sont définies aujourd'hui les modalités de participation des acteurs locaux aux processus de régulation ou sont interprétées, soit positivement soit négativement, les mutations de la fonction de juger.

S'agissant de l'évolution du rôle du juge, comme nous l'avons posé d'emblée, notre hypothèse théorique nous conduit à justifier un rôle actif du juge là où il s'agit pour lui de contrôler si les pouvoirs publics et privés ont aménagé leurs procédures délibératives de façon à assurer la transformation des contextes nécessaire à l'application efficiente des objectifs définis comme valides.

S'agissant du renvoi de plus en plus fréquent aux acteurs locaux dans la détermination des dispositifs réglementaires, les réorganisations que dessinent les propositions inspirées des modèles de l'autorégulation systémique (ou des variantes "délibératives citoyennes" qu'elles ont suscitées en réaction) nous sont apparues déficitaires. Soit les acteurs sont définis en fonction de leur expertise professionnelle, soit encore l'idée est que la seule multiplication des acteurs assurera le respect d'un processus réellement délibératif. Notre idée est qu'il s'agit là tantôt d'une réduction induite tantôt d'une sélection idéalisée des acteurs à la négociation qui méconnaît les conditions réelles de transformation efficiente des contextes. En mettant l'accent sur une nécessité de réfléchir les conditions qui doivent être effectivement réunies pour qu'une transformation des contextes permette d'assurer une réelle insertion efficiente de l'objectif poursuivi et jugé valide, nous entendons au contraire fournir le cadre à une construction des acteurs, des thèmes à mettre sur la table de la négociation et des modalités de leur

coopération qui s'affranchisse des approches formalistes qui dominent aujourd'hui les théories de la délibération et de la négociation et qui crée les conditions d'une réelle capacité de transformation sociale.

Sans doute sous couvert d'autorégulation et de participation accrue des acteurs intéressés, le discours ambiant n'entend-il pas s'en remettre au seul mécanisme du marché. L'évolution est en effet plus subtile. Il reste que sous couvert de participation des acteurs destinataires du processus de régulation, une triple erreur de plus en plus présente aujourd'hui doit être dénoncée.

Première erreur, directement liée comme on vient de le voir à l'erreur épistémologique de la théorie de l'autorégulation systémique. La réduction des acteurs aux seuls "experts" du secteur concerné: telle est aujourd'hui la tendance dominante dans la constitution des autorités indépendantes principalement là où la régulation concerne les matières économiques: pensons à la Banque centrale européenne, à la Commission bancaire et financière, à la COB...La présupposition d'une détermination "naturelle" et "donnée" du secteur et de ses acteurs est ici due à la double supposition théoriquement erronée d'une homogénéité normative du secteur à réguler et d'autre part d'une interprétation des insuffisances des modes de régulation traditionnels en termes exclusivement de connaissance incertaine et d'imprévisibilité. La limite de rationalité est exclusivement pensée en termes de connaissance incertaine et limitée.

Deuxième et troisième erreurs. Il s'agit ici soit de considérer qu'il suffit de multiplier les acteurs devant participer à la négociation des mesures réglementaires soit de compenser le déficit de participation des dispositifs traditionnels en y associant dorénavant des acteurs publics décentralisés traditionnellement écartés. La première idée se retrouve notamment fortement défendue par les idéologies écologiques et les partisans de la nouvelle citoyenneté. L'idée est de compenser et d'éviter la réduction habituelle aux seuls acteurs collectifs historiques. Le recours à des acteurs publics formels traditionnels pour assurer la représentation des intérêts concernés se retrouve surtout chez ceux qui entendent compenser l'inefficience des procédés réglementaires traditionnels par une décentralisation des modes de gouvernance : on peut ainsi citer certaines propositions relatives à la réforme des modes de gouvernance européenne et qui proposent d'assurer une collaboration accrue de la Commission avec les administrations nationales. Ces deux erreurs sont aussi liées à une approche trop formaliste qui, d'inspiration ici plus habermassienne, réfléchit la qualité d'acteurs participant à une délibération en fonction de sa qualité abstraite à argumenter. Au contraire, lorsqu'on met l'accent sur la dimension d'asymétrie qui définit l'opération d'application d'une norme, il s'agit de sélectionner des acteurs capables de mobiliser des "savoir faire" distincts et

socialement situés dans des formes de vie différenciées en vue de transformer ces " manières de fonctionner", donc des formes de vie en vue de construire en commun une forme de vie nouvelle qui assure l'insertion d'un objectif défini comme valide. De la même manière l'agenda des questions à débattre et donc des dimensions du contexte à soumettre éventuellement à transformation doit être lui aussi l'objet d'une négociation en fonction de la finalité à inscrire dans le contexte.

Notre hypothèse est que ces trois tendances actuelles souffrent d'une insuffisante construction des critères d'identification des acteurs devant participer à la procédure de négociation qui doit se substituer au procédé habituel de la *command and control regulation*. L'erreur est double. Soit comme chez les spécialistes de l'autorégulation, on croit que l'erreur des procédés habituels est d'avoir survalorisé la possibilité de savoir de l'autorité publique. Il faut dorénavant associer à la régulation ceux qui peuvent compenser le savoir insuffisant de l'autorité centrale. Soit la qualité d'acteur participant est réfléchie au regard du seul problème de la capacité argumentative à une discussion abstraite sur la norme la plus pertinente.

En indexant au contraire la discussion régulatoire sur une claire compréhension de la dynamique logique de l'opération d'application d'une norme, on s'oblige à éviter les pièges formalistes de la définition des acteurs et de l'objet de la négociation régulatrice à mener. Les acteurs tout comme la liste des questions à discuter ne sont pas naturellement "donnés" par le contexte. Cette exigence est ancrée dans une exigence épistémologique, celle de la division interne de la raison. Celle-ci implique en effet que le donné soit lui-même recomposable car la raison et sa mise en forme normative est toujours dépendante de quelque chose qu'elle ne peut que présupposer c'est-à-dire son contexte d'arrière-plan. C'est cette exigence épistémologique et sa conséquence sur le plan du jugement d'application de la norme que manquent les approches de la procéduralisation du droit et qu'au contraire tente de construire notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle du droit et de l'État. L'enjeu est de taille car il y va d'une définition de nos dispositifs institutionnels qui puisse répondre aux exigences de justice sociale que nos démocraties traditionnelles semblent de plus en plus en peine de satisfaire de façon efficiente.
