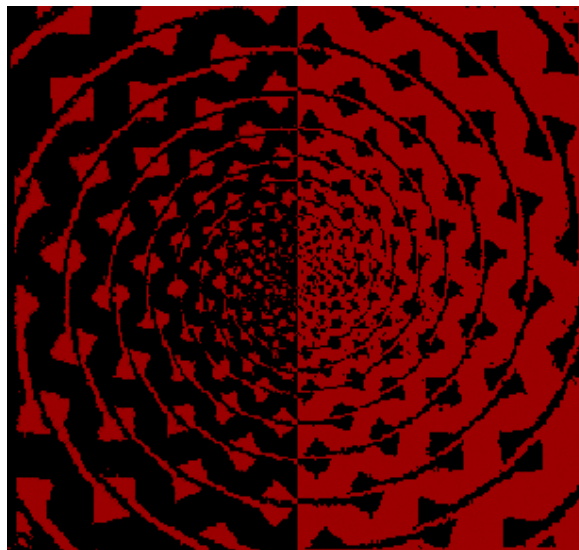


---

# Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit



Titre : *La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle.*

Auteur (s) : Jacques Lenoble

N° : 70

Année : 1999

© CPDR, Louvain-la-Neuve, 1999

*This paper may be cited as : Lenoble Jacques, « La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle », in Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit, n°70, 1999.*

**LA THÉORIE DE LA LOI ET L'HYPOTHÈSE DE LA  
PROCÉDURALISATION CONTEXTUELLE**

**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](mailto:lenoble@cpdr.ucl.ac.be)

# **LA THÉORIE DE LA LOI ET L'HYPOTHÈSE DE LA PROCÉDURALISATION CONTEXTUELLE**

**JACQUES LENOBLE**  
**Université catholique de Louvain**

## **INTRODUCTION**

En 1932, dans son introduction à “ L’Idée du Droit Social ”, Georges Gurvitch, reprenant à son compte un mouvement partagé par nombre d’auteurs du début du siècle, s’attachait à mettre en évidence la “ décadence de la loi et du contrat ”, “ la crise de la conscience juridique moderne ”<sup>1</sup>. L’évolution de la société, disait-il, manifestait une tendance nouvelle du droit qui signait la nécessaire critique de la toute puissance de la loi étatique et l’insuffisance des théories du droit inspirées du positivisme juridique et du normativisme logiciste. Cette tendance se traduisait par l’émergence de dispositifs institutionnels nouveaux : “ Nous vivons à une époque de transformations profondes de la vie juridique dans ses fondements les plus intimes. Fixés par la Déclaration des droits et le Code, encore plus ou moins stables dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les vieux cadres juridiques ont craqué et continuent à se désagréger de jour en jour...Des institutions inédites et imprévues, insaisissables pour la pensée juridique traditionnelle, surgissent de tous côtés ”<sup>2</sup>. Sans doute ce mouvement a-t-il donné lieu à une réflexion théorique particulièrement riche en France. Mais une même tendance se retrouvait en Allemagne et, de façon encore plus nette, aux USA où le réalisme américain, pour partie d’ailleurs informé des réflexions européennes,

---

<sup>1</sup> *L’Idée du Droit Social*, Paris, 1932 (réimpression Scientia Verlag Aalen, 1972), p.2.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p.1.

s'attachait à une même dénonciation du “ formalisme ” et du conceptualisme dominant la culture juridique de l'époque.

Le mouvement qui s'opérait avait une double dimension. Une dimension théorique d'abord. Les transformations observées des dispositifs de gouvernance (essentiellement des institutions du contrat, de la responsabilité et des modes d'organisation et d'intervention des autorités administratives et juridictionnelles) obligerait à redéfinir la théorie de la norme présumée par l'approche formaliste et positiviste du droit qui dominait la culture juridique de l'époque. Une dimension pratique ensuite. Cette même reconstruction de la théorie de la norme permettrait en retour de fournir un instrument critique aidant à évaluer et à orienter la reconstruction des dispositifs institutionnels de gouvernance.

Tous les auteurs n'ont sans doute pas explicitement opéré cette médiation épistémologique d'une reconstruction de la théorie de la norme. Gurvitch occupe, de ce point de vue, une place privilégiée qu'explique l'appui qu'il prend dans la critique fichtéenne du formalisme kantien mais que passent souvent sous silence les interprétations rapides et réductrices dont il est l'objet. Un trait majeur caractérise cependant la recomposition de la théorie de la norme qui tente de s'élaborer au travers de ces recherches critiques, même là où elles sont plus de nature sociologique ou juridique que proprement épistémologique. En définitive, la critique qui est alors tentée concentre son attention sur la démarche d'application de la norme pour fustiger l'insuffisance d'une approche formaliste et positiviste encline à se limiter à une approche syntaxique des conditions d'opérativité du jugement normatif. Ceci expliquera, sur un plan pratique, que nombre de réflexions aient dénoncé une représentation syllogistique de l'opération de juger et, surtout, que les modifications des dispositifs de gouvernance se soient essentiellement traduites au plan des modes d'application des normes (au plan administratif et juridictionnel).

\*\*\*

Aujourd'hui, une même dynamique pratique et théorique s'observe. Sans doute, le juriste relèvera-t-il le recours actuel à l'activisme judiciaire comme instrument de transformation sociale et la nécessaire reconnaissance du “ pouvoir créateur ” du juge. Mais, il s'agit là d'un phénomène partiel qui est à resituer dans une démarche plus vaste et qui porte sur la transformation en cours de nos dispositifs de gouvernance. Indice symptomatique : ces transformations affectent, comme au début du siècle, essentiellement les champs du contrat (théorie relationnelle du contrat et théorie de la firme), de la responsabilité (politique du risque, notamment en matière environnementale) et de la recomposition des modes d'intervention des autorités administratives (réorganisation des instances de régulation et des modes d'élaboration des politiques publiques) et juridictionnelles (activisme des Cours Suprêmes, rôle des

principes, rôle croissant des modes de résolution alternatifs des conflits). Parallèlement, s'observe aussi un renouveau important de la réflexion sur le droit et le politique qui n'est pas sans rappeler celui opéré au début de ce siècle. Une nouvelle théorie de la norme (et donc une nouvelle théorie de la loi) se cherche qui vise à réorienter nos modes de coordination de l'action collective.

Mais, en même temps, des différences significatives sont cependant à noter qui obligent à contextualiser fortement cette parenté. Les positions théoriques sur base desquelles sont aujourd'hui réfléchies les principales recompositions de nos dispositifs de gouvernance sont autres. Il s'agit soit de la théorie du choix rationnel redéfinie dans le cadre de la théorie des contrats incomplets soit d'une approche procédurale de la raison pratique.

La première conduit à suggérer le réexamen des dispositifs de gouvernance hérités de l'Etat social à l'aide d'une meilleure approche des conditions de l'efficacité de l'action. Cette position, qui s'est traduite en droit par le développement du courant dénommé "Law and Economics", fournit en même temps un cadre interprétatif des jugements d'application en droit pour dénoncer le formalisme inefficace des modes d'approche habituels du raisonnement juridique. Elle prétend au contraire fournir des instruments de mesure de la réalisation efficace des objectifs poursuivis par la norme.

La seconde, au contraire, entend dépasser le réductionnisme d'une approche de la régulation collective qui serait pensée à l'aide du seul modèle de l'efficacité instrumentale. Sans nier pour autant celle-ci, le modèle de l'éthique de la discussion entend dépasser les impasses d'une société fordiste centrée sur des modes conventionnels de concertation sociale et des modes hiérarchisés d'organisation au profit d'une "procéduralisation" de nos modes d'élaboration des normes communes. Tandis que cette perspective procédurale, repartant de Kant, conditionne la validité pratique des normes à "l'assentiment de tous les concernés en tant que participants à une discussion pratique"<sup>3</sup>, la théorie épistémologique de la norme qui en est à la base oblige à réinterpréter la rationalité du droit dans nos sociétés modernes. Ce faisant, sans rejeter pour autant les acquis des approches syntaxiques développées au sein de la théorie analytique contemporaine du droit, elle oblige à dépasser le cadre formaliste du

---

<sup>3</sup> J.Habermas, *De l'éthique de la discussion*, trad. fr. par M.Hunyadi, Paris, Cerf, 1992, p.61. La perspective de J.Rawls s'apparente au même paradigme. Comme le dit M.Maesschalck ("Ressources compréhensives et contextualisation des normes. Une limitation du formalisme procédural", *Ethica*, vol. 11 (1999), p.33) : "Qu'il s'agisse des participants à la discussion pratique chez Appel et Habermas ou des experts soumis aux conditions d'impartialité du "voile d'ignorance" chez Rawls, on trouve, dans cette orientation éthique, un recours privilégié à l'adoption idéale de rôle pour émettre un jugement. Celle-ci s'effectue dans un processus d'échange où les personnes concernées sont avant tout sollicitées pour leur compétence à faire valoir leur point de vue *en général* ou *universellement*".

positivisme normativiste ou analytique et réinscrit la rationalité du droit dans le cadre plus vaste d'une théorie de la raison pratique.

Il ne nous appartient pas ici d'analyser les arguments que ces deux approches théoriques opposent aux théories plus traditionnelles du droit. Il s'agit pour nous de prendre acte de ce que ces deux approches différentes constituent le cadre de référence actuel des débats relatifs à la transformation de nos dispositifs de gouvernance. Corrélativement, sur le plan théorique, ils constituent donc aussi le cadre de référence des recherches relatives à l'explicitation des théories de la norme à l'aide desquelles réfléchir la coordination de l'action collective.

C'est par rapport à ce cadre que sont à comprendre nos propres travaux de recherche et ce qu'au sein de notre équipe de recherche nous appelons l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle. Notre hypothèse est que ces deux approches de la théorie de la norme reposent sur une reconstruction mentaliste et formaliste de l'action et manquent, pour cette raison, le rôle qu'opère le contexte comme condition de l'opérativité de la raison dans le jugement normatif. Pour reposer sur une compréhension insuffisante du processus de la raison dans le jugement, ces deux approches construisent insuffisamment les conditions d'efficience et de légitimité des dispositifs de gouvernance. Remarquons d'emblée la portée de cette double critique. Elle n'entend pas mettre en cause l'exigence d'efficience comme condition de rationalité de l'action ni, dans cette perspective, les ressources des instruments analytiques du calcul formel d'optimisation. De même, il ne s'agit pas de remettre en cause la réinterprétation de la théorie des normes collectives dans les termes d'une théorie procédurale de la raison pratique. Outre que ces deux approches ne sont d'ailleurs pas nécessairement antinomiques, elles mettent en lumière des contraintes fécondes d'efficience et de légitimité pour penser les conditions d'acceptabilité rationnelle d'un jugement normatif. Notre critique est autre. Elle ne porte pas sur l'approche qu'elles dessinent des conditions d'acceptabilité rationnelle. Elle porte sur le fait qu'à se limiter à cette approche formelle des conditions d'effectuation d'une action rationnelle, ces deux théories de la norme manquent une seconde condition qui toujours déjà est opérante et conditionne l'effectuation de la norme en contexte, à savoir ce que Marc Maesschalck appelle l'acceptation pratique de la norme. Précisons d'abord cette critique et notre hypothèse pour ensuite esquisser les prolongements qu'elle permet au plan pratique de la recomposition des dispositifs de gouvernance. Nous verrons ainsi, au départ de nos développements théoriques, comment l'angle spécifique sous lequel nous abordons l'opération cognitive et ses conditions de possibilité permet d'envisager autrement les conditions d'efficience de nos politiques de gouvernance et les processus à construire pour en assurer l'élaboration et l'effectuation.

\*\*\*

Indiquons rapidement, en un ordre régressif, les quatre éléments de notre hypothèse. Même là où, comme dans la théorie des contrats incomplets, les approches contemporaines de la régulation basées sur la théorie du choix rationnel entendent intégrer une rationalité limitée, elles manquent la construction procédurale du moment coopératif (ou délibératif) qui conditionne l'efficacité d'un objectif rationnellement acceptable. A l'inverse, les approches procédurales habermassiennes ou rawlsiennes manquent une construction adéquate de ce moment procédural pour rester rivées à une approche formaliste ou schématisante des conditions d'effectuation ou d'application des normes jugées rationnellement acceptables (IV). La construction procédurale de ce moment coopératif doit reposer, au contraire, sur une construction de l'opération du jugement normatif qui en intègre les trois caractéristiques constitutives: sa réversibilité asymétrique, sa nature typique et non schématique et enfin sa dimension irréductiblement communautaire et non solipsiste (III). Cette dernière construction épistémologique d'une théorie du jugement normatif repose elle-même sur la construction de l'opération cognitive comme conditionnée, dans son effectuation, par l'intégration de son rapport à son domaine d'usage, c'est-à-dire par l'intégration de la limitation contextuelle de son moment formel. Une telle approche de l'opération de la raison comme processus réflexif oblige à dépasser les représentations habituelles de la raison en termes herméneutiques qui mettent l'accent sur la dimension réfléchissante et anticipatrice de l'opération de la raison qui en assurerait la dynamique. (II). Une manière commode d'introduire à cette présentation du mode d'opérativité de la raison consiste à reprendre l'évolution même de nos recherches (I). Ce faisant, en effet, nous tenterons de mieux faire comprendre l'élément essentiel de notre approche qui consiste à réfléchir en quoi le dépassement d'une approche formaliste et mentaliste du processus d'effectuation de la raison aide à aborder différemment la théorie de la norme (de la loi) et, donc sur cette base, les conditions d'efficacité de dispositifs de régulation.

\*\*\*

## **I. LES TROIS ÉTAPES DE LA CONSTRUCTION DE L'HYPOTHÈSE**

Notre hypothèse s'est construite en trois temps qui, tous trois, reposent sur le projet de construire, au plan épistémologique, l'insuffisance d'une compréhension herméneutique de la dynamique de la raison. L'intérêt est ici de montrer l'insuffisance de nos deux premières tentatives et la portée du déplacement qui nous a amené à la formulation actuelle de l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle.

1. En un premier temps<sup>4</sup>, nous avons utilisé l'expression *de logique de l'énonciation* pour caractériser l'insuffisance de la représentation kantienne – et de ses reprises contemporaines – qui inscrivait l'opération de la raison dans l'horizon régulateur d'une identité à soi. Notre hypothèse était qu'à cerner la finitude de la raison dans les seuls termes de la dimension réfléchissante du jugement, on ne prenait pas en compte l'opération paradoxale liée à l'autoréférentialité du langage et en laquelle se concluait le moment totalisateur de l'opération de la conscience. Notre hypothèse était alors qu'une prise en compte de la finitude de la raison obligerait à faire acte non seulement du moment inévitablement réfléchissant de la raison (lié aux idéalizations anticipatrices toujours déjà à l'œuvre dans tout jugement) mais aussi de cet "impossible à dire" qui serait au principe de tout acte langagier.

L'insuffisance de cette construction épistémologique s'attestait déjà dans ses conséquences. Sans doute, avons-nous souligné qu'une telle lecture exclusivement herméneutique<sup>5</sup> de l'opération de la raison au plan d'une théorie de la norme avait conduit Kant à maintenir à tort une conception "déterminante" du jugement juridique. Kant aurait manqué le caractère "radicalement réfléchissant" d'un tel jugement, c'est-à-dire sa nature d'hypotypose symbolique<sup>6</sup>. De même, au plan politique, notre hypothèse conduisait à valoriser un modèle "purement procédural", c'est-à-dire, en définitive une supposée radicalisation de la logique argumentative de l'éthique de la discussion. "La démocratie, disions-nous en conclusion, est cet espace où les mécanismes politiques et juridiques s'appuient sur la double contrainte de l'inexistence, même idéale, de toute identité de soi à soi et de l'obligation éthique d'une subordination à la rationalité purement procédurale de l'argumentation...Que de là ne se délimite aucun "modèle" d'interlocution et *a fortiori* aucun modèle, autre que purement procédural, d'organisation politique, c'est non pas un défaut ou une impuissance de la théorie mais une trace de l'impossible à dire qui soutient le discours"<sup>7</sup>. Mais on perçoit aisément que les conséquences attachées au dépassement théorique du modèle herméneutique traduisaient en fait, non pas son dépassement, mais son simple "élargissement", c'est-à-dire l'élargissement du modèle procédural de l'éthique de la discussion au plan politique et juridique. N'était-ce pas le signe d'un défaut de construction épistémologique ? Le dépassement d'une lecture de l'acte cognitif en termes d'idéalisation anticipatrice par la mise en évidence de l'opération paradoxale du langage traduisait donc des limites évidentes.

---

<sup>4</sup> A.Berten et J.Lenoble, *Dire la norme*, Paris, LGDJ, 1990.

<sup>5</sup> A entendre en un sens large qui englobe à la fois le modèle habermassien de l'autoréflexion et le modèle gadamérien de la compréhension.

<sup>6</sup> J.Lenoble, "Droit, Raison pratique : L'enjeu actuel d'une relecture de Kant", *Dialogue. Revue Canadienne de Philosophie*, t.XXXI, 1992, pp.213-241.

<sup>7</sup> *Dire la Norme*, p.230.



2. C'est l'intuition de cette limite qui nous a amené à postposer le projet, cependant annoncé, de prolonger *Dire la Norme* par "une discussion approfondie des conséquences de l'adoption d'un modèle de rationalité procédurale"<sup>8</sup> en ce qui concerne le statut de la démocratie et la place que le juge devrait y occuper. Il nous fallait remettre sur le métier notre hypothèse théorique et tenter, à tout le moins, de l'affiner. Cela nous a amené à divers travaux dont l'intuition principale se trouve notamment synthétisée dans *Droit et Communication*<sup>9</sup>. Cet affinement s'est opéré par deux voies qui visaient à mieux construire la limite du modèle procédural formel de l'éthique de la discussion.

Tout d'abord, poursuivant l'intuition que c'était au plan d'une construction du moment d'application du jugement normatif que s'attestait l'insuffisance du modèle formel de rationalité procédurale, nous avons tenté de comprendre les implications institutionnelles que pourrait avoir une construction théorique différente. Quelles seraient les conséquences institutionnelles relatives aux dispositifs d'application des normes au sein de nos démocraties que ne permettrait pas de penser le modèle formel de rationalité procédurale tel que celui proposé par Habermas et que la première formulation de notre hypothèse théorique avait aussi été en défaut de penser ? De ce point de vue, l'analyse entamée à cette époque des débats américains sur la gouvernance et ses rapports à la fonction de juger a été particulièrement suggestive. Elle mit en évidence combien le renforcement du rôle des principes dans le droit contemporain avait entraîné l'insuffisance des dispositifs traditionnels de gouvernance tant au plan du juge qu'à celui des modes d'intervention des autorités administratives. Le recours accru au juge dans les années soixante aux USA visait à répondre à la faiblesse des dispositifs traditionnels pour assurer le respect des droits fondamentaux. Dans le même moment cependant, l'obligation faite aux juges d'assurer le respect dû à ces principes semblait les investir d'un pouvoir de décision et d'arbitre de conflits d'intérêt qui obligeait à repenser les théories du discours d'application des normes et à inventer des modes partiellement nouveaux d'organisation de la fonction de juger. Etait ainsi mise à mal une distinction majeure sur laquelle s'était construite l'appareil de gouvernance publique de nos démocraties et dont le modèle procédural de Habermas restait dépendant : la distinction entre les fonctions de justification et d'application dans la théorie de la norme. Corrélativement, ce modèle procédural s'avérait en défaut de rendre compte des mutations institutionnelles qui s'expérimentaient tant au plan des institutions de régulation des politiques publiques qu'à celui des modes d'organisation de la fonction de juger. L'insuffisance du modèle procédural lié à la pragmatique formelle était à la fois descriptive (rendre compte de l'évolution en cours de nos sociétés démocratiques) et normative (guider la réorientation des dispositifs de gouvernance qu'imposait le réaménagement de nos Etats sociaux).

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p.VII.

<sup>9</sup> Paris, Cerf, 1994.

Notamment, ce modèle procédural ne parvenait à rendre compte ni des nouvelles formes de coopération qui tentaient d'émerger pour assurer l'élaboration des politiques régulatrices ni du rôle de gardien du respect des conditions de discursivité de ce processus de coopération auquel se trouvait de plus en plus ramené le juge.

C'est en articulation avec cette réflexion sur les transformations institutionnelles que nous avons tenté de réfléchir à nouveaux frais le nécessaire déplacement théorique à opérer par rapport à ce modèle de pragmatique formelle. La redéfinition de notre hypothèse de la logique de l'énonciation s'est faite essentiellement à l'aide de *la théorie de l'indécidabilité* élaborée par P.Livet pour réfléchir les limites de la communication<sup>10</sup>. Cette théorie présentait deux avantages par rapport à notre première hypothèse. Elle permettait tout d'abord de reformuler, au plan pragmatique, notre thèse du paradoxe autoréférentiel. Celle-ci restait, en effet, sujette à l'argument habermassien d'un dépassement des paradoxes sémantiques par les présuppositions pragmatiques qui, sous peine de contradiction performative, accompagnent toujours déjà tout acte communicationnel. Elle avait, ensuite, l'avantage de mettre en évidence que toute communication réussie reposait nécessairement sur un "arrière fond" dont ne rendaient pas compte les seules contraintes formelles de la logique argumentative. Cet arrière-fond était celui des repères conventionnels rendus possibles (et nécessaires) par la prise en compte de l'indécidabilité foncière de la réalisation de l'intention illocutoire de tout échange langagier. La réflexivité fondamentale des performatifs oblige, souligne P.Livet, à prendre en compte l'indécidabilité pragmatique de l'intention de communication. De ce fait, leur réussite doit être fondée sur des mécanismes substitutifs de type conventionnels. "Ce sont ces mécanismes substitutifs que ne met pas en évidence Habermas. Pour ne pas en percevoir la nécessité, J.Habermas est amené à croire que l'inachèvement du projet de rationalisation moderne de la société ne concerne pas fondamentalement nos modes d'application des normes et les dispositifs institutionnels de régulation étatique qui leur correspondent"<sup>11</sup>. La limite de la

---

<sup>10</sup> Voy. notamment sur ceci, P.Livet, *La Communauté Virtuelle. Action et communication*, Ed. de l'Eclat, Combas, 1994 ; P.Livet, *Conventions et Limitations de la communication*, *Hermès*, 1988, n°1, 121-142.

<sup>11</sup> *Droit et Communication, op.cit.*, p.84. Et de continuer en ces termes pour expliciter cette idée : "Faut-il en effet rappeler que l'indécidabilité pragmatique n'empêche pas la réussite de nos discours et, donc, pour ce qui concerne le discours d'application en droit, n'empêche pas de décider ? Mais elle oblige tout à la fois à reconsidérer les ressources normatives à l'aide desquelles pouvoir décider et assurer la réussite de la "communication". C'est ici aussi que se révèle le caractère trop idéalisé et trop dogmatique des analyses habermassiennes du jugement d'application des règles. Au même titre que Dworkin, Habermas et Günther restreignent trop les ressources normatives qui sont à la disposition du juge à celles que fournirait un système juridique supposé complet et autosuffisant. Il nous faut aller plus loin que le seul jeu de l'idéal régulateur de l'idée de cohérence ou d'*integrity* comme le suggèrent J. Habermas et R. Dworkin. Ce qu'introduit, comme on l'a vu, ce principe c'est une coïncidence entre les questions de justification et de l'application. Le discours d'application n'a

rationalité n'est pas seulement à entendre en termes herméneutiques c'est-à-dire dans les termes d'une saisie anticipatrice régulée par les conditions d'idéalisation qui conditionnent la possibilité de tout acte cognitif. Elle serait à construire en termes d'indécidabilité qu'une meilleure construction de la réflexivité interne au processus communicationnel oblige à mettre en évidence.

3. Mais cette seconde formulation théorique s'est avérée tout aussi problématique que la première quels que soient les gains qu'elle nous offrait et le chemin qu'elle nous a ouvert pour l'approfondir et nous conduire à la formulation actuelle.

A nouveau, les difficultés auxquelles cette manière de rendre compte de l'insuffisance du modèle herméneutique nous confronte sur le plan des transformations institutionnelles sont indicatrices d'un problème théorique. Ces difficultés sont notamment au nombre de deux.

a. En qualifiant de conventionnels les repères communs sur lesquels s'appuie la réussite de nos actes de communication là où s'atteste l'indécidabilité de l'intention de communication, P. Livet risque de ne pas penser notre situation présente qu'Habermas, à juste titre, a qualifiée de "post-conventionnelle". En effet, ce que révèle notre temps présent, c'est la dissolution progressive des repères conventionnels qu'un pluralisme irréductible des formes de vie rend de plus en plus précaires dans leur fonction de repères de sens commun. Ce à quoi nous confronte justement le droit contemporain est l'obligation de réfléchir à des modes de résolution collective des conflits dans lesquelles les ressources traditionnelles de sens commun s'avèrent irréductiblement conflictuelles. C'est vrai dans le champ socio-économique où les modes conventionnels de l'Etat fordiste s'avèrent de plus en plus obsolètes pour créer les conditions d'un nouveau consensus social. Ce l'est tout autant dans le champ éthique. Tel est

---

plus cette "déterminabilité" qui lui venait de sa distinction avec le discours de justification. Il y a là un effet réflexif qui se produit du fait même de la coïncidence introduite entre la question de la justification et celle de l'application. Cette réflexivité est elle-même liée à la réflexivité entre le principe d'égalité et le droit subjectif : on l'a vu, le droit subjectif n'est que l'effet du départage entre les droits à discriminer au terme du test de proportionnalité. C'est précisément pour pallier cette perte de déterminabilité qu'il faut aujourd'hui prendre acte que les seules ressources normatives sont celles de nos contextes et des conventions toujours à négocier avec l'aide des participants à la discussion en fonction des contraintes spécifiques que ce contexte révèle. C'est bien cette dimension d'ailleurs qui explique les réaménagements en cours des mécanismes d'application des règles au sein de nos sociétés développées. Si, dans certains cas, il est jugé que le recours au seul pouvoir décisionnel du juge se justifie, souvent, on tente de pallier le décisionnisme auquel risquerait l'indécidabilité pragmatique par une nouvelle collaboration des divers acteurs en présence. En même temps que s'estompent progressivement les anciennes interprétations des dichotomies classiques (administrer-juger, justifier-appliquer), on réaménage, sur une base procédurale, l'exercice des fonctions d'appliquer afin de définir les conventions toujours précaires de l'égalité proportionnelle dans le respect de la plus grande discursivité."

d'ailleurs bien le sens de la multiplication de ce que la doctrine américaine appelle des "balancing of interests" qui se multiplie de façon problématique dans de nombreux contentieux. Ce qu'il faut précisément construire c'est un concept "post-conventionnel" de sens commun ou de ressources d'arrière-plan. Sans doute, P.Livet a-t-il judicieusement mis en lumière l'indécidabilité foncière de l'intentionnalité pour "décompléter" la pragmatique formelle de l'éthique de la discussion. Mais, en même temps, il n'a pu sortir du cadre classiquement conventionnaliste des critiques du modèle procédural.

Dans le même ordre d'idées, la théorie des repères conventionnels s'avère insuffisante pour penser les modes d'organisation des dispositifs de collaboration dont la nécessité émerge de plus en plus dans notre contexte post-conventionnel. Sans doute le seul modèle de l'éthique de la discussion est-il insuffisant pour penser ces collaborations sur base desquelles s'organisent aujourd'hui les dispositifs de gouvernance. Mais comment réfléchir les conditions de rationalité sur base desquelles évaluer ces dispositifs de collaboration ? Suffit-il de croire que le seul jeu de l'échange et de l'engagement dans la communication sera créateur d'une collaboration réussie ? Quel est par ailleurs le critère d'une communication réussie en ce qui concerne les formes de gouvernance sociale ?

b. Cette difficulté n'était-elle pas l'indice d'un nécessaire approfondissement à effectuer dans la construction de la théorie de la norme ? N'était-ce pas le signe de l'insuffisance théorique de la théorie de l'indécidabilité à nous aider à dépasser le modèle procédural de la raison communicationnelle ? Et cependant la démarche sur laquelle elle s'appuyait constituait une ouverture féconde. Cette théorie nous avait permis de mieux formuler les deux dimensions du mode d'opérativité de la raison que nous avons déjà mises en lumière dans la première formulation de notre hypothèse théorique.

La première dimension est celle du caractère récursif de l'opération de la raison. Cette dimension que nous avons tenté de construire, à propos du langage, en nous appuyant sur la théorie des nombres chez Frege, est réutilisée par Livet dans sa théorie de l'indécidabilité. Ce recours à la notion d'opération récursive pour mieux construire le caractère réflexif de l'opération de la conscience avait été remarquablement mis en lumière par Livet dans sa lecture de Fichte<sup>12</sup>. Quelle que soit la distance que Livet prendra par rapport à ce qu'il définit comme la solution fichtéenne, sa théorie de l'indécidabilité est directement liée à cette structure logique de la récursivité pour tenter de comprendre le mode d'opérativité de la raison en situation d'échanges communicationnels.

---

<sup>12</sup> P.Livet, Intersubjectivité, réflexivité et récursivité chez Fichte, *Archives de philosophie*, 1987, pp.581-619.

La seconde dimension est celle de la limite du moment formel de l'opération de la raison pour assurer sa propre effectuation. Telle était bien la portée, en un premier temps, de notre référence au caractère paradoxal de toute énonciation et ensuite de la théorie de l'indécidabilité qui mettait en lumière cette même limite obliérée par le modèle procédural de la raison communicationnelle.

C'est précisément en s'appuyant sur ces deux dimensions pour voir comment elles étaient, cependant, à nouveau manquées par la seconde formulation de notre hypothèse théorique que nous avons été amené à reprendre la question épistémologique de l'intentionnalité et de la limite de la raison. Ce travail critique et le déplacement qui en a résulté dans notre théorie de la norme est le fruit des travaux réalisés au centre par Marc Maesschalck. Sa critique de la théorie de l'indécidabilité a, en effet, permis de montrer en quoi elle restait prisonnière d'une représentation formelle de la raison et manquait ce que Fichte précisément avait construit pour dépasser le transcendantalisme kantien<sup>13</sup>. Si l'on veut au contraire rendre compte de la réflexivité radicale de l'opération de la raison en termes de récursivité et de la limite du moment formel de la représentation, il faut construire une théorie de la limitation contextuelle du formalisme qui, seule, permet de dépasser une interprétation de l'opération cognitive en termes de mentalisme schématisant dont reste prisonnière la théorie de l'indécidabilité. Présentons rapidement la signification de ce déplacement pour voir ensuite les conséquences que cela entraîne sur le plan du jugement normatif et, par voie de conséquence, sur le plan plus concret et institutionnel d'une théorie des dispositifs de gouvernance.

\*\*\*

## II. RÉFLEXIVITÉ ET LIMITATION CONTEXTUELLE

### 1/ LA RAISON ET SON RAPPORT A SON DOMAINE D'USAGE

---

<sup>13</sup> Voy. sur la critique de la lecture fichtéenne de P.Livet, M.Maesschalck, *Moi et Corporalité chez Fichte. La question d'une éthique des corps*, *Dimension de l'exister – Etudes d'Anthropologie Philosophique*, V, (sous la direction de G.Florival), Paris-Louvain, Peeters, 1994, 127-153 ; sur la critique de la théorie de l'indécidabilité, M.Maesschalck, *Productivité sémantique des formalismes et Perception*, *Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, n°20. Pour faire bref, l'on pourrait dire que la prise en compte de l'indécidabilité comme point fixe, "clôture récursive", principe de métastabilisation de la communication a statut d'une nouvelle règle dont le respect assurera la possibilité d'une réussite de la communication. L'acceptation de cette indécidabilité des exigences de communication ouvrira ainsi "un chemin à l'approfondissement de la volonté de communication qui gagne dans son effectuation la possibilité de repères communs si elle n'a pas tenté de lever l'indécidabilité éthique en transférant à l'autorité d'autrui le pouvoir de sanctionner l'authenticité de son appel" (p.21). L'acceptation de l'indécidabilité traduit ainsi une règle éthique, celle de respecter la loi de la liberté de conscience et l'échange des positions dans le procès de communication qui seul rend possible l'acquisition de repères pratiques et conventionnels en fonction des expériences normatives.

Le déplacement qu'a permis d'opérer M.Maesschalck<sup>14</sup> repose tout entier sur le travail épistémologique opéré par Fichte qui, en retour, éclaire et s'éclaire aujourd'hui des travaux contemporains en épistémologie qu'il s'agisse, par exemple, de ceux de Putnam ou des derniers développements du débat sur le cognitivisme.

Sans doute, P.Livet a-t-il bien noté que Fichte rendait compte du mode d'opérativité de la raison en termes d'une réflexivité fondamentale structurée comme une opération récursive. De même, at-il bien noté que, pour Fichte, la clôture récursive, le point fixe permettant à cette réflexivité d'éviter le vide de sa circularité et d'assurer son effectuation, avait à voir avec un choc (*Anstoss*) qui doit lui-même être conçu de façon réflexive. P.Livet interprétera ainsi la réflexivité de la conscience comme cette opération réflexive où ce qui se trouve dupliqué est la forme réflexive elle-même. C'est pourquoi P.Livet croit pouvoir interpréter la solution fichtéenne par le renvoi analogique à la théorie de l'autoorganisation de Varela où la stabilisation du système s'opère par une opération de réplique de sa propre forme. L'entrée récursive de l'opération réflexive est conçue comme donnée sous la forme d'une opération réflexive. Comme le dit explicitement P.Livet, dans une telle reconstruction de l'opération réflexive, la forme "est à la fois l'opération et son point fixe"<sup>15</sup>. Tel serait, selon Livet, le sens de la solution fichtéenne du recours à l'intersubjectivité. La conscience de soi s'attesterait d'elle-même en prenant pour appui sur "une autre réflexivité, qui lui confirme qu'elle est bien effective, et de plus qu'elle est bien une réflexivité"<sup>16</sup>. La forme réflexive de l'entrée récursive est supposée résoudre le problème qui trouve ainsi une solution formelle.

De son côté, par rapport à cette lecture de P.Livet, M.Maesschalck a bien signalé que, pour le jeune Fichte, cette clôture récursive, ce point fixe, avait, au contraire, à voir avec un choc qui renvoyait à l'ordre du sensible. Mais, comment interpréter ce rapport au sensible qui conditionne ainsi, pour Fichte, l'effectuation de la raison ?

Il ne s'agit pas, pour Fichte, du rapport au sensible mis en évidence par le schématisme kantien. Il ne s'agit pas non plus de cet impératif catégorique de la réciprocité ou de l'échange communicationnel qui résulterait, comme dans l'interprétation de P.Livet, du fait de la postulation par autrui de mon autonomie.

---

<sup>14</sup> Parmi les nombreux travaux de M.Maesschalck, citons ici seulement sa thèse d'agrégation consacrée plus directement à la philosophie du droit de Fichte mais écrite dans une perspective directement épistémologique (*Droit et Création Sociale chez Fichte. Une philosophie moderne de l'action politique*, Paris-Louvain, Peeters, 1996) et ses travaux sur "Formalismes et Théories de l'action" (*Carnets du centre de philosophie du droit*, n° 20 à 23) et sur "Normes et Contextes" (*Carnets du centre de philosophie du droit*, n° 31 à 34).

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.585.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.587.

Ainsi que l'a bien mis en lumière M.Maesschalck, la construction épistémologique de Fichte, dans sa *Nova Methodo* (1799), a reconstruit autrement l'opération réflexive de la raison comme dépendante d'un rapport au sensible qui en conditionne l'effectuation. Selon l'interprétation de M.Maesschalck, ce qui s'enseigne à travers l'expérience de la reconnaissance d'autrui comme semblable chez Fichte, c'est qu'au travers de cette figure du semblable se perçoit, sur le mode de la donation, la figuration sensible de l'idéal que la conscience vise à effectuer. La conscience se reconnaît dans cet idéal d'elle-même. Mais cette idéal lui est donné à travers la figure d'autrui c'est-à-dire à travers une trace sensible et sur le mode d'une donation. L'enjeu n'est donc pas l'enseignement d'une règle de réciprocité. Ce qui s'indique est un mode d'opérativité. Sans doute, la similitude est un idéal qui assigne à la raison une tâche à accomplir : tout acte de conscience est la figuration d'une tâche, d'une exigence, d'une tension vers un idéal. Mais surtout, cette tâche ne se réalisera, ne s'effectuera que sur le mode d'une composition avec le monde sensible au sein duquel la raison doit s'accomplir. Tout acte de conscience ne se donne ainsi que sur le mode d'une figure incarnée, que comme une forme de vie. Et ce monde qui lui est donné ne peut lui-même être objectivé indûment à travers un acte de représentation qui méconnaîtrait sa propre structure réflexive. Ce " monde donné " avec lequel la raison doit composer pour le transformer n'est lui-même que le résultat d'une " composition ", d'un croisement entre les formes de vie plurielles qui le constituent irréductiblement. Ce monde donné ne se donne lui-même que sur le mode d'une pluralité de formes de vie.

Le sensible dont question est un acte perceptif, celui d'une anticipation du domaine d'application par rapport auquel la raison, en sa puissance formelle, exercera sa fécondité opératoire. L'expérience de l'autolimitation enseigne moins une règle de réciprocité pour la constitution d'un monde selon la liberté qu'elle ne renvoie la conscience à l'acte réflexif qui la constitue. Cette expérience n'enseigne pas une règle, fût-elle de l'indécidabilité. Elle ne renvoie pas non plus à un sujet transcendantal qui serait l'opérateur de cette opération réflexive. Elle enseigne le mode d'opérativité par lequel se constitue la conscience : la conscience ne se constitue jamais que réflexivement comme résultat, comme réception de ce qui ne peut se donner que sur le mode de l'altérité. Se dégage ainsi les traits de ce mode d'opérativité.

L'opération de la raison s'appuie toujours sur une perception de son domaine d'application, c'est-à-dire sur la perception de la cohérence d'un monde et c'est par rapport à cette cohérence que se développera la dynamique de la raison. Comme le relève M.Maesschalck, cette perception du domaine d'application où s'origine la raison opératoire constitue ainsi une " structure de capacitation " sur laquelle l'opération de la raison peut s'appuyer. En même temps elle conditionne l'effectuation de la raison dont la fécondité sémantique nécessitera toujours l'ajustement par rapport à cette cohérence perçue de son domaine d'application :

la raison ne signifiera que par rapport à la cohérence d'un monde toujours déjà perçu. L'opérativité de la raison doit ainsi intégrer sa limitation par le contexte. Ressource et contrainte d'ajustement, tels sont donc les deux propriétés qui permettent de définir le contexte et la fonction de limitation du formalisme qu'il exerce dans la démarche de la raison. Ce contexte est constitué par cette perception de la cohérence d'un domaine d'application qui sert de point d'origine toujours présupposé par l'opération formelle de la raison. Le contexte n'est pas ainsi un réservoir de ressources compréhensives. Il est cet opérateur de modalisation de l'effectuation de la raison : il est ce qui rend possible (point fixe servant d'appui, structure de capacitation) et conditionne la fécondité sémantique de la raison.

La conséquence est importante. Sans doute cette autolimitation identifie-t-elle aussi une tâche, celle de la constitution d'un monde selon la liberté. Mais surtout, elle implique qu'il s'agit d'une tâche pour l'action collective dont les règles ne sont représentables par aucune conscience, fût-ce par le biais du jugement réfléchissant d'un sujet transcendantal. Ce n'est pas à dire pour autant que l'identification de ce mode d'opérativité de la conscience n'est source d'aucun instrument normatif sur la manière dont cette tâche s'accomplit. Au contraire, elle permet en retour de critiquer et d'évaluer la manière dont sont construits les dispositifs de gouvernance de cette action collective suivant qu'ils intègrent ou non la limitation contextuelle attachée à toute régulation formelle.

Mais c'est aller trop vite car, pour comprendre cet effet normatif relatif au mode de construction des dispositifs de gouvernance, il nous faut préalablement préciser cette idée d'une réflexivité fondamentale du mode d'opérativité de la raison et ses conséquences que sont la réversibilité asymétrique de tout jugement ainsi que sa nature typique et communautaire. Reprenons donc ces deux points.

## 2/ LA DOUBLE CONDITIONNALITÉ DE L'OPÉRATION DE LA RAISON

Précisons, en un premier temps, cette idée de la réflexivité de l'opération de la raison où se marque la limitation contextuelle qui lui vient de son rapport à son domaine d'application.

L'opération est à bien comprendre. Il s'agit de tenir compte de deux dimensions qui sont constitutives précisément de la réflexivité. Dans le même moment où tout acte de représentation (de soi ou d'un monde) est dépendant de ce qui lui est donné, ce donné ne peut lui-même être pensé que comme résultat d'un processus discursif à peine de restaurer une objectivité qui ne respecterait pas la structure réflexive de l'opération de la conscience, c'est-à-dire celle de sa propre altérité constitutive.

L'idée de base est que l'effectuation de la raison n'est pas seulement conditionnée par le moment formel de son élaboration. Son opérativité ne se



laisse pas réduire au seul niveau de l'opérateur pur. L'effectuation de la raison nécessite un second niveau de conditionnalité qui va conditionner l'usage sur lequel débouchera le produit de l'opération formelle. Ce second niveau de conditionnalité est constitué des ressources offertes par le contexte comme "structures de capacitation" rendant possible l'application du "possible formel" qui résulte de l'opération formelle de la raison. "L'exigence interne de pertinence du formalisme, comme l'écrit M.Maeschalck s'appuyant ici sur les travaux de J.Ladrière, renvoie ainsi à la présupposition d'un réel où la raison peut intégrer sa pertinence, un réel cohérent, un monde intelligible. L'exigence de pertinence se double donc d'une présupposition de cohérence qu'elle ne peut elle-même vérifier en tant que raison formelle. Cette présupposition n'est autre que son usage comme raison formelle dans un monde, autrement dit la perception du monde comme intelligible inhérente à son usage, sa "participation" en quelque sorte à l'événement de la forme sur lequel s'articule son logos"<sup>17</sup>.

L'opérativité de la raison renvoie donc toujours déjà à la perception non seulement de sa propre fécondité mais aussi à la perception d'un domaine d'application au sein duquel la raison aura à s'effectuer. En ce sens, cette présupposition ne peut "être assimilée par l'auto-compréhension formelle de la raison comme un postulat, car elle est une condition de cette auto-compréhension, sa condition de productivité sémantique.". C'est ce rapport que la raison entretient toujours déjà à son contexte opératoire, à son domaine d'usage, à son domaine d'application comme condition de sa propre productivité qu'il importe de saisir. En effet, l'opérativité de la raison ne peut se produire qu'en intégrant cette limitation contextuelle de sa représentation formelle. La raison ne peut s'effectuer, ne peut faire sens c'est-à-dire ne peut faire monde qu'en intégrant le produit de son opération formelle au sein d'un domaine d'application toujours déjà donné. Ceci se trouve attesté aussi bien au plan spéculatif qu'au plan des recherches les plus contemporaines liées au cognitivisme. Citons rapidement cette double explicitation.

Au plan plus spéculatif tout d'abord.

J. Ladrière a bien mis en lumière en effet le renvoi nécessaire de l'opération de la raison à cette dimension d'excès de la raison par rapport à son autocompréhension formelle. L'opération de la raison par laquelle celle-ci se fait "accueil à la donation de la forme" renvoie à la raison comme ce qui rend possible cette opération de différenciation de l'accueil et de la donation<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> M.Maeschalck, Formalismes et théories de l'action, V (Perception et traduction. Essai de synthèse), *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°23, p.1.

<sup>18</sup> "Cet héritage toujours déjà assuré, nécessairement disponible à l'avance comme l'essence même de la disponibilité, précédent toute épreuve, c'est l'existence en tant que telle, considérée comme pure possibilité d'elle-même. C'est le constitué." (<sup>18</sup> J.Ladrière, L'éthique et la dynamique de la

Bien plus, cette capacité d'être l'accueil qui rend signifiante la donation, continue Ladrière, ne se laisse elle-même comprendre que comme une perception, une croyance et une exigence. Sans doute, si l'on prend ainsi l'activité de la raison théorique, la raison s'éprouve comme cette "réceptivité qui, grâce à l'ascèse formelle, s'ouvre à la donation de la forme". Mais, au travers même de cette activité, "la raison commence ainsi à comprendre que ce n'est pas d'elle-même qu'elle est cette clarté qui fait apparaître la signifiante des choses, mais qu'elle ne tient cette vertu que d'être l'écho, dans l'existence, de cet autre royaume où se déroule la vie des formes. Elle commence du même coup à comprendre qu'elle n'est pas donnée simplement à l'avance, comme un invariant structurel qui se conserverait identique à lui-même à travers le jeu incessant des rencontres, mais qu'elle est essentiellement devenir d'elle-même, montée vers sa propre actualisation, progressive constitution de sa propre essence, par assimilation de ce qui est primordialement monstration signifiante de soi, à savoir les figures du pur intelligible"<sup>19</sup>.

A travers cette saisie réflexive de son propre pouvoir se dessine ainsi la trace d'une "perception agissante" qui meut la raison dans son pouvoir autopoïétique. Le rapport que la raison entretient à sa propre formalité est ainsi conditionné par une perception, celle de ce monde des formes pures. Cette "perception", que Fichte appelait l'intuition intellectuelle, nourrit la croyance de la raison en son propre pouvoir qui est en même temps une exigence, celle de la création possible d'un monde selon la raison, d'une forme de vie rationalisée. Mais en même temps, cette intuition est celle d'une perception anticipatrice de cette forme de vie. Là se marque la dépendance de tout acte de raison d'avec la perception originaire du domaine où elle aura à s'effectuer, comme un domaine de déterminabilité. Ce rapport de croyance avec son domaine d'application possible conditionne la fécondité sémantique de la raison. Il en découle que la raison n'est pas seulement conditionnée par la pertinence qui définit son applicabilité mais aussi par son rapport à ce qui en conditionnera l'application, c'est-à-dire son insertion dans les formes de vie toujours déjà présupposées par la perception qui est au principe d'elle-même.

C'est ce rapport à une structure d'arrière-plan qui vient "possibiliser" la fécondité sémantique de l'opération formelle de la raison qu'il faut relever. On retrouve ici, au plan spéculatif du rapport que la raison entretient avec la perception anticipatrice en ce monde des formes pures, la clôture récursive dont parlait Livet en reprenant la pensée de Fichte. Mais, cette clôture récursive qui permet de construire la réflexivité fondamentale de l'opération de la raison n'est plus ici à concevoir dans les termes formels d'une acceptation de l'indécidabilité

---

raison, 48). "La propriété de l'existence d'être l'accueil qui rend signifiante la donation et en prononce par sa propre initiative la signifiante, voilà sans doute ce que la pensée réfléchissante, en laquelle l'existence tente de se dire à elle-même, a appelé "raison" (p.50)

<sup>19</sup> *Ibid.*, p.51.

qui donnerait lieu à un impératif de réciprocité. Il ne s'agit pas d'une règle : il s'agit d'une limitation contextuelle du formalisme à raison du rapport nécessaire que l'opération de la raison entretient avec la perception du domaine où elle aurait à s'appliquer. L'effectuation de la raison, le sens lié à son application sera nécessairement fonction de sa capacité à s'insérer dans cette forme de vie que son opération présuppose toujours déjà.

C'est pourquoi, M. Maesschalck peut dire : “ la condition de productivité sémantique d'un formalisme ne consiste pas simplement en ce qu'il soit applicable à un domaine de réalité, mais plus précisément en ce qu'il intègre sur le plan formel (cognitif) son rapport à la perception des structures d'intelligibilité du réel qui fonde son applicabilité ”<sup>20</sup>.

Au plan plus empirique des recherches de sciences cognitives ensuite.

Une seconde explicitation peut en effet utilement être citée. Elle a l'avantage de s'appuyer sur les recherches récentes en sciences cognitives. Nous les tirons des remarquables récents travaux de doctorat réalisés par un de nos collègues lié à notre équipe de recherche<sup>21</sup>.

Ce qui précède montre que “ tout formalisme répond à une perception et se soutient d'une perception ” Il en résulte, avons-nous indiqué, qu'une compréhension exacte des conditions du formalisme obligeait à tenir “ compte du croisement qui s'opère à ce niveau entre les conditions de pertinence et les conditions de cohérence du monde appelant la pertinence en tant qu'il est son contexte d'insertion (et non simplement du monde “ appelé ” par la pertinence comme en régime de postulat) ”. Dans cette même perspective de la dépendance de la raison opératoire à la perception de son domaine d'usage, il est intéressant en effet de relever combien les travaux récents que T.Dedeurwaerdere regroupe sous l'intitulé de “ théories écologiques de la connaissance ” tentent d'élargir les représentations cognitivistes liées aux modèles computationnalistes rattachés soit au cognitivisme classique soit au connexionnisme.

Tom Dedeurwaerdere montre, en effet, que les évolutions récentes des modèles théoriques en sciences cognitives “ remettent à l'avant-plan la problématique du contexte des modèles computationnels, à la fois dans sa dimension sémantique et fonctionnelle ”<sup>22</sup>. Si l'on s'efforce de rendre compte du mode d'opérationnalisation de l'intentionnalité, “ il faut croiser l'étude des mécanismes computationnels avec l'étude du contexte sémantique (l'écologie subjective) et l'étude des ressources dynamiques de ce contexte (la détermination

---

<sup>20</sup> M.Maesschalck, Formalismes et théories de l'action, II (Productivité sémantique des formalismes et perception), *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°20, p.9.

<sup>21</sup> Tom Dedeurwaerdere, *L'inscription corporelle et contextuelle de la cognition*, Louvain-la-Neuve (inédit), 1999.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.77.

écologique)”. “Une telle considération écologique des représentations permet de construire, note l’auteur, une image plus réaliste des entrées et sorties des systèmes cognitifs que dans les modèles connexionnistes ou dans les modèles cognitivistes classiques”<sup>23</sup> Par écologie subjective, l’auteur identifie les hypothèses où le rôle joué par l’environnement “est entièrement spécifié par l’interprétation de cet environnement à partir du milieu de vie de l’organisme, c’est-à-dire selon son comportement et son style de vie social”<sup>24</sup>. L’acte cognitif n’est pas le résultat exclusif d’une démarche computationnelle. Il s’explique aussi par les rapports que le système cognitif entretient avec son milieu. L’information est produite à raison de sa relevance au regard des intérêts contextuels ou des dispositions de l’organisme<sup>25</sup>.

Mais la solution des tâches cognitives peut encore s’appuyer sur le contexte en un second sens, encore plus significatif, qui a été mis en lumière par d’autres recherches de sciences cognitives. Ce qui s’atteste dans ces recherches est qu’à nouveau s’avère trop réductrice la compréhension fonctionnelle de l’opération cognitive en termes de règles ou de mécanismes<sup>26</sup>. C’est ici la dynamique même avec l’environnement, sans même la médiation du corps ou du projet d’action qui rend compte de l’effectuation de l’acte cognitif. Comme le signale T.Dedeurwaerdere, à la différence du cas précédent où le rapport à l’environnement était un rapport “interprétatif”, l’appui pris dans le contexte

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.59.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Les exemples sont nombreux. Citons ici seulement celui de ces expériences relatives à la réaction des enfants par rapport à des pentes dangereuses. On a mis face à des pentes dangereuses des enfants d’âge différents, certains encore au stade précoce où ils se contentent de ramper, d’autres en âge de marcher. On a constaté que les enfants rampeurs peuvent, après un certain apprentissage, se méfier de telles pentes et les éviter. De même les enfants marcheurs préfèrent aussi les éviter ou les descendre en glissant. Par contre, on a constaté l’observation suivante. “Au point de transition, au moment où les enfants commencent à marcher, ce savoir semble tout d’un coup perdu. Les petits marcheurs doivent tout réapprendre sur les pentes dangereuses. Dans l’expérience, deux tiers des débutants marcheurs prenaient sans hésitation les pentes dangereuses, comme s’ils les rencontraient pour la première fois. La reconnaissance des pentes chez les enfants est donc relative au contexte de l’action et une représentation dans le contexte “rampeur” ne se transpose pas automatiquement au contexte “marcheur”. La représentation de l’espace (ici les pentes) n’est donc pas une représentation de l’espace géométrique indépendant, mais une représentation relative aux contextes spécifiques d’action” (*Ibid.*, p.58 ; sur ces expériences, voy. E.Thelen et L.Smith, *A Dynamic Systems Approach to the development of Cognition and Action*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1994, p.220)

<sup>26</sup> Ce qui caractérise cette compréhension computationnelle est que l’opération cognitive reste référée au seul niveau mentaliste des opérations internes au système cognitif. Peu importe que ces opérations regroupent un ensemble qui va des règles du calcul symbolique aux capacités de négociation active en situation – impliquant des capacités d’évaluation éthique et d’explorations émotionnelles – en passant par les mécanismes associatifs liés aux comportements prototypiques et aux mécanismes de généralisation transformatrice.

traduit ici un rapport qui est celui “ d’une *détermination* écologique ”<sup>27</sup> L’auteur s’appuie ici beaucoup sur les travaux d’Andy Clark<sup>28</sup> qui s’intéresse plus spécialement aux problèmes de robotique et met bien évidence cette dynamique interactive avec l’environnement comme principe explicatif de divers problèmes cognitifs<sup>29</sup>.

De notre point de vue, ces diverses recherches empiriques, comme le relève T.Dedeurwaerdere, témoignent de l’insuffisance tant des représentations mentalistes des processus cognitifs que des modélisations fonctionnalistes de l’intentionnalité qui leur sont habituellement associées. Le nécessaire croisement, dans l’étude des représentations, de “ la perspective fonctionnelle avec une étude de la cohérence ou de la topologie interne du champ des significations ”<sup>30</sup> est déjà rendu nécessaire par la conditionnalité de l’écologie subjective.

Mais bien plus, la modélisation associée aux théories systémiques de Maturana, Varela et Atlan, qui proposent une architecture du cerveau en termes de clôture opérationnelle, est elle aussi rendue problématique. Non pas, évidemment, par ce qu’elle ne tiendrait pas compte de cette conditionnalité de l’écologie subjective. Mais par ce qu’à l’inverse, la réduction de l’environnement au rôle d’une simple perturbation extérieure s’avère problématique pour rendre compte de la dynamique cognitive en son entier. Dans celle-ci, l’environnement ne joue pas “ simplement le rôle d’une perturbation extérieure, mais intervient activement dans l’établissement de cette cohérence ”. En ce sens encore, la théorie de la clôture opérationnelle “ reste purement subjective. Elle ne parvient pas à intégrer l’ouverture constitutive des systèmes par rapport à la dynamique environnementale, qui permet d’expliquer la stabilisation de processus internes autonomes, en lien fonctionnel avec la dynamique de l’environnement ”<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>28</sup> Principalement *Being there ? Putting Brain, Body and World together again*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1997.

<sup>29</sup> Cela peut prendre différentes formes. L’exemple déjà de la nage des grands animaux aquatiques que certains chercheurs en dynamique des fluides expliquent par l’utilisation que ces animaux font de la dynamique de leur environnement. Cela s’explique aussi par les couplages simples ou l’utilisation des boucles de rétroaction élargies dans le cadre des systèmes cybernétiques où s’expliquent des dynamiques d’interaction entre système cognitif et contexte. Enfin, T.Dedeurwaerdere cite aussi l’appui trouvé, pour résoudre des problèmes cognitifs, dans des dispositifs externes artificiels. Il cite ici directement Clark pour référer à ces ressources artificielles : “ diffuser la connaissance acquise et le savoir-faire pratique à travers des structures sociales complexes et réduire la charge des cerveaux individuels en positionnant ces cerveaux dans des réseaux complexes de contraintes linguistiques, sociales, politiques et institutionnelles ” (A.Clark, *Ibid.*, p.180 cité par T.Dedeurwaerdere, *Ibid.*, p.68).

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.112.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.117.

C'est précisément ce à quoi tend notre propre hypothèse où la stabilisation que constitue l'effectuation d'un acte cognitif constitue le résultat d'un croisement entre une dynamique de pertinence d'une opération formelle et une dynamique de cohérence du contexte. Un échange s'accomplit qui conduit à l'action effectuée. C'est cette dynamique d'interaction ou de couplage fonctionnel entre le système et l'environnement que la reconstruction de la réflexivité de l'opération cognitive proposée par M.Maesschalck, sur les traces de Fichte, en termes de limitation contextuelle de cette opération par le rapport qu'elle entretient avec son domaine d'usage permet de reconstruire en termes rigoureux afin de définir le mode d'opérativité de notre cognition.

\*\*\*

### III. LES TROIS PROPRIÉTÉS DU JUGEMENT NORMATIF

Ce qui précède nous permet d'aborder la question du jugement normatif. La prise en compte de la réflexivité fondamentale de l'opération de la raison qu'impose la limitation contextuelle liée à son rapport à son domaine d'application conduit en effet à dégager les trois propriétés de toute création de la norme. Celles-ci, en retour, mettront en lumière ce qui est manqué par les approches de la régulation normative même là où elles entendent explicitement intégrer un concept de limitation de rationalité comme dans les approches procédurales actuelles ou dans les approches du choix rationnel liées à la théorie des contrats incomplets.

Ces trois propriétés sont la réversibilité asymétrique, la nature typique du jugement normatif et sa nature communautaire.

#### 1. La première propriété du jugement normatif est celle de **sa réversibilité asymétrique**

Si l'on découple analytiquement les étapes toujours déjà entrelacées de l'effectuation d'une action, la structure réflexive de cette opération nous oblige à distinguer deux opérations distinctes. Tout acte (toute décision, toute règle, toute norme) présuppose l'attente de sa "réalisabilité", c'est-à-dire la transformation possible d'un contexte existant en un contexte nouveau sous la contrainte des conditions de justification que permettent de produire les opérations de la raison. Ainsi, l'opération de justification n'épuise pas la processualité de sa réalisation. Elle s'articule à une seconde exigence qui concerne son effectuation et qui porte sur "l'insertion de l'acte dans un contexte". L'enjeu n'est plus ici de définir une action valide mais de rendre cette action cohérente avec un monde, c'est-à-dire, répétons-le, de transformer le contexte existant (le domaine d'application toujours déjà perçu) au profit d'un contexte nouveau mais en respectant une contrainte de cohérence. Comment le contexte au sein duquel cet acte doit s'effectuer va-t-il accepter de se laisser transformer tout en restant cohérent eu

égard à la perception qui “fonde” l’action ? La question que pose tout acte n'est plus celle de l'acceptabilité rationnelle mais celle de l'acceptation pratique. Comme le dit M.Maesschalck pour mettre en lumière cet entrelas d'une double processualité propre à toute action: "Le principe d'institution d'une norme ne détermine pas la forme de son contexte. Elle anticipe le contexte, mais celui-ci pose en retour une exigence de cohérence qui remet l'action normative devant sa visée d'insertion. L'environnement, dans cette optique, a une contribution positive à l'organisation du système. Il met en question la capacité effective d'une norme à transformer un milieu par sa traversée du milieu"<sup>32</sup>.

A l'instar de ce qui se passe aujourd'hui dans les questions épineuses de bioéthique, l'effectuation révèle son autonomie. La question des usages possibles des solutions jugées pertinentes se pose. La transformation des contextes d'application que nécessiterait la transformation idéalement projetée par la norme jugée pertinente devient une question spécifique. A défaut, l'insertion de cette norme se fera au profit d'un monde, d'un contexte où le sens de cette norme d'action sera réintégré au sein d'un domaine normal d'application. Dans cette hypothèse, la transformation, la production de sens nouveau qu'appelle la norme projetée, sera donc méconnue. Cette gestion de l'effectuation de la norme, de l'application (comme distinguée de sa pertinence ou de sa justification) est donc suspendue à la question de la cohérence du monde à construire et révèle son autonomie possible. C'est pour reconnaître cette autonomie et son irréductibilité logique à la question de la pertinence, que permet de régler la formalité de la raison, qu'opportunément M.Maesschalck a utilisé l'expression de "réversibilité asymétrique" entre la double opération qui s'enclasse dans toute action.

L'effectuation de la norme apparaît ainsi comme un "échange", un processus "d'ajustement", une "négociation" entre deux conditionnalités “croisées”. La démarche de justification exige l'adéquation du contexte avec la fin visée. Mais cette exigence d'adéquation doit elle-même croiser l'exigence d'insertion qui amène à subordonner cette transformation du contexte à la possibilité de créer un monde cohérent eu égard au monde toujours déjà perçu. "D'une part l'intentionnalité s'insère sous condition de pertinence; d'autre part le contexte insère sous condition de cohérence." La structure réflexive de l'action est ainsi respectée. L'action apparaît comme un dispositif cognitif à structure complexe puisqu'il conduit à croiser deux opérations distinctes en relation de "réversibilité asymétrique". Réversibilité, puisque la condition de cohérence du monde qui est à construire en vue de transformer le contexte sous la contrainte de finalité définie par l'opération de justification implique une action en retour sur la définition de cette finalité "idéale".qu'aide à formuler le moment formel de la raison. Asymétrie puisque dans cette "opération de retour" de l'application sur la justification, ce qui est premier est l'exigence de cohérence du monde qui doit résulter de

---

<sup>32</sup> M.Maesschalck, Formalismes et théories de l'action I, *Carnet du centre de philosophie du droit* n°19, p.10.

l'insertion de la finalité définie par la norme, laquelle passe ainsi à l'arrière-plan. Cette asymétrie est évidemment exigée par la dimension de “transcendance de l'usage”<sup>33</sup> qui traduit la réflexivité de l'opération de la raison.

L'intentionnalité qui porte l'action a ainsi une structure complexe liée à sa propre structure réflexive. Si, pour éviter la clôture spéculative d'une réduction formaliste de l'intentionnalité de l'action, il faut obligatoirement faire droit à la limitation contextuelle, cette dimension de transcendance du contexte doit elle-même être réfléchie comme interne au processus cognitif lui-même à peine de clôturer à nouveau l'opération de construction du sens. C'est pourquoi, le contexte doit lui-même être réinterprété comme un dispositif cognitif traduisant la capacité à croiser, dans cette double opération réversible et asymétrique, ces deux exigences qui s'imposent irréversiblement: une finalité portée par la discursivité opératoire interne à la raison (formelle ou argumentative) et la subordination de cette finalité à son insertion dans un monde perçu comme cohérent<sup>34</sup>.

2. La seconde propriété du jugement normatif est celle de sa **nature “typique”**.

Cette expression est à entendre par opposé à “schématique” et s'inscrit donc dans le cadre de la terminologie kantienne.

La question de la nature du jugement se laisse bien comprendre à la lumière de la réversibilité qu'on vient de mentionner. Tout jugement doit prendre en compte la nature de la limitation qui l'affecte. Celle-ci ne se laisse correctement construire ni du côté du sujet ni du côté de l'objet. Elle se construit lorsqu'on comprend l'opération de la conscience comme une opération réflexive irréductible aux seuls moments subjectifs et objectifs de la représentation. Cette réflexivité implique que la totalisation s'opère par la “reconnaissance” de l'autre c'est-à-dire par la médiation d'une autolimitation “communautaire”, c'est-à-dire encore par l'autolimitation de l'orientation de son action (la règle) par son incorporation

---

<sup>33</sup> L'expression est de M.Maesschalck, *Formalismes et théories de l'action*, V(Perception et traduction. Essai de synthèse), *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°23, p.4.

<sup>34</sup> “L'intentionnalité est interne à ce contexte opératoire qui détermine son appartenance intersubjective. Elle s'effectue comme procédure cognitive en s'insérant dans ce contexte ; c'est-à-dire en interagissant avec lui. Cette interaction avec le contexte implique à la fois de s'y adapter et de le modifier par la visée d'insertion : traversée et transformation. Un rapport *réversible* apparaît ainsi entre l'intentionnalité et son contexte opératoire. On pourrait parler d'adaptation mutuelle si l'on était bien en présence de la même opération. Mais l'exigence d'adéquation révèle d'une part les conditions d'immanence de l'intentionnalité, sa pertinence dans le contexte, tandis que l'exigence de cohérence révèle d'autre part les conditions de transcendance de l'intentionnalité, son rapport à l'usage dans le contexte. Le rapport réversible entre l'intentionnalité et le contexte opératoire est donc asymétrique dans la mesure où le niveau de l'insertion contextuelle renvoie (en retour) au niveau des croyances constituant le monde de l'action, la culture de l'opérativité où se produit l'opération intentionnelle” (M.Maesschalck, *Ibid.*, p.5-6).



dans la situation et la production donc d'une forme de vie, d'un type de la raison pratique. L'autolimitation contextuelle est donc cet "accord" par l'action avec la situation et c'est cet accord qui "possibilise" la règle, qui crée un possible. En ce sens encore, la règle "effectuée" est un possible, est une forme de vie. L'enjeu devient alors le dispositif "communautaire ou collectif" par lequel se trouve organisé ce moment discursif spécifique d'assomption "contextuelle" de l'orientation de l'action, simplement anticipée sous la forme d'un possible "appelant" sa confirmation comme forme de vie concrète et commune acceptée.

La prise en compte de cette manière de concevoir le mode d'opération de la raison normative oblige à concevoir autrement la typique kantienne tant il est vrai que celle-ci reste liée au schématisme, donc à la conception selon laquelle le jugement rend compte de son effectuation par des règles. Le mentalisme de la solution kantienne reste prédominant rendant difficile, pour ne pas dire impossible, la saisie de la nature de cette opération de construction de la "possibilisation des formes de vie" qui ne dépendent pas des opérations mentales de la représentation. Sans doute, Kant avait-il tenté, par sa théorie du jugement réfléchissant et la typique du jugement pratique, de spécifier ce dernier par rapport au jugement déterminant de l'entendement. Mais le type du jugement pratique, chez Kant, reste une réponse formaliste. Le type vise à rendre possible la "représentation", sous la forme d'une loi de nature, d'un concept de la raison pure. Il s'agit, en l'espèce, de vérifier si les maximes envisagées de la raison pratique peuvent être soumises à la forme de la loi naturelle. Cette "typique du jugement pur pratique" correspond au projet kantien de ne faire dépendre ce jugement d'aucune référence empirique à une situation déterminée mais de ne le concevoir que comme "application formelle" du principe de détermination par la liberté. Seule donc la vérification de la forme de la maxime de la loi d'autonomie peut être utilisée. Cette approche formelle de la typique du jugement pur pratique chez Kant marque le manquement de la "réversibilité asymétrique" qu'implique la limitation contextuelle du jugement normatif.

C'est Fichte qui a permis de réfléchir le déplacement qu'il faut imprimer au formalisme du type kantien et qu'impose la réflexivité du jugement. Ce déplacement est tout entier lié à l'inscription, dans le "test" du jugement, du moment d'assomption contextuelle, c'est-à-dire de l'acceptation pratique de la forme de vie en commun présentée à titre de simple possible. Ainsi, le moment d'idéalisation n'est plus premier : il est mis en position d'arrière-plan d'une opération de construction collective ou coopérative d'un jugement d'acceptation d'une forme de vie. "Le type est une forme contextuée qui déplace l'attention de l'ordre idéal inhérent à la visée du monde soumis à la règle vers l'ordre réel produit par la composition du monde et de la règle. Du même coup, la raison législatrice est comme déstabilisée, puisqu'elle passe de sa confiance dans le pouvoir-être d'un monde soumis à la règle grâce à sa propre cohérence à une

sorte d'épreuve et même de dépendance de sa volonté à l'égard d'un accord des autres volontés dans leur commerce concret avec le monde commun. L'indépendance idéale de la volonté dépend du corrélat objectif de sa confirmation dans l'interdépendance concertée des indépendances reconnues<sup>35</sup>. Dans ce croisement nécessaire de la volonté et de son corrélat objectif, on aura reconnu l'effet de l'irréductible limitation croisée des pôles noématique et noétique qu'implique la réflexivité de l'opération de la conscience.

Cette construction du jugement normatif comme un jugement typique au sens ici défini oblige alors à mettre l'accent sur le mode de construction de ce jugement négocié, de cette assomption effectuant le moment d'application. C'est ici que prend tout son sens la dimension contextuelle d'une procéduralisation des normes. Il s'agit de construire les procédures par lesquelles s'opère cette construction d'une forme de vie "typique". Parallèlement, cette approche porte en creux les instruments normatifs critiques aussi bien des théories qui sont en défaut de prendre en compte les dispositifs spécifiques à mettre en place pour opérer cette "acceptation pratique négociée" que des dispositifs concrets de gouvernance existants. De même, l'efficacité des politiques publiques peut être référée à la mise sur pied ou non des procédures "d'ajustement" à mettre en place pour opérer cette nécessaire acceptation des possibles "appelant leur effectuation". Mais avant de réfléchir plus avant cette implication d'une approche contextuelle de la théorie de l'action et la portée pratique et institutionnelle de notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle des jugements normatifs, un dernier élément théorique doit être précisé, que nos derniers développements ont cependant déjà largement anticipé.

3. La troisième propriété du jugement normatif est celle de sa nature communautaire.

L'expression même de monde commun est enfin à relever. En effet, les contraintes de la structure autoréférentielle de la raison humaine et du caractère pratique de la raison obligent, sous peine de clôture spéculative, à poser la réflexivité du concept de contexte ou perception de la structure d'intelligibilité du contexte qu'appelle la démarche opératoire qui définira les conditions d'acceptabilité de l'action à poser. C'est ici qu'émerge la dimension nécessairement intersubjective de cette construction cognitive de la structure du contexte. A peine de se refermer sur elle-même, l'identité de cette perception ne peut-être conçue que comme construction collective d'un monde commun où l'identité du monde n'est jamais donnée que sur le mode d'un monde toujours à construire. Le contexte, s'il doit être pensé comme dispositif cognitif, ne peut jamais être pensé comme dispositif individuel: ma propre perception renvoie, par

---

<sup>35</sup> M.Maesschalck, Typique transcendantale et typique phénoménologique. I. Les enjeux d'une recherche sur la typique de la raison pratique, *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°60, p.6.

exigence réflexive, à une altérité qui oblige à concevoir le contexte comme dispositif cognitif de construction d'un appareil de coordination d'une action collective.

On retrouve ici d'ailleurs une des limites de la théorie de l'indécidabilité qui restait prisonnière d'un individualisme méthodologique peu respectueux des contraintes épistémologiques qu'impose la réflexivité radicale du mode d'opérativité de la raison. Ici aussi, s'éclaire, sur un plan transcendantal, le rapport à autrui mis en lumière par Fichte comme étant au principe de tout acte de la conscience. Comme on l'a déjà indiqué, cette " intersubjectivité " n'est pas à entendre comme une règle formelle de réciprocité. Il s'agit de la mise en évidence d'une condition de " possibilisation " de tout acte de la conscience au sens où celui-ci n'est jamais qu'une expression particulière de la traversée signifiante d'un milieu d'action par une conscience. En ce sens tout acte de cette conscience renvoie nécessairement à son insertion possible dans le processus de construction communautaire d'un monde jugé cohérent. Penser le communautaire au départ de l'individualisme méthodologique comme, chacune à leur manière, le proposent les théories procédurales formelles de Rawls et Habermas ou les théories du choix rationnel, en ce y compris sous ses versions remaniées actuelles, c'est inverser le processus de construction de la raison : le communautaire est ce qui est au principe de toute effectuation d'un acte de conscience.

\*\*\*

#### **IV. CONCLUSION : PROCÉDURALISATION CONTEXTUELLE ET DISPOSITIFS DE GOUVERNANCE**

Comme on l'a déjà indiqué, la mise en lumière des trois propriétés du jugement normatif – réversibilité asymétrique, nature typique et communautaire – fournit un instrument théorique pour aider à comprendre et évaluer les dispositifs de gouvernance par lesquels se régule l'action collective. D'un point de vue évaluatif, il oblige à voir dans quelle mesure le dispositif de gouvernance a aménagé les procédures pour opérer le double processus de coopération lié à sa réversibilité asymétrique et à sa limitation communautaire. Les procédures nécessaires à l'incorporation des fins dans les contextes et à l'ajustement du domaine d'usage qu'exige l'effectuation de la norme jugée pertinente ont-elles été mises en place ? Comment a été organisée la coopération devant permettre le croisement des formes de vie plurielles en vue de la sélection de la forme de vie jugée souhaitable ?

La construction de la limitation contextuelle de tout jugement normatif aide ainsi à voir que les dimensions d'efficience et de légitimité sont irréductiblement liées et croisées. La réflexivité même du jugement aide à comprendre en quel sens une dimension de " rationalité instrumentale " conditionne la légitimité d'un objectif

et, réciproquement, en quoi tout jugement d'efficacité est conditionné par une exigence de légitimité. A défaut d'organiser les procédures devant permettre l'insertion contextuelle d'une exigence jugée légitime (tel que, par exemple, le respect dû aux droits de l'homme), cette exigence s'avèrera ineffective. Réciproquement, un jugement d'efficacité qui ne résulte pas d'un processus réflexif de construction en commun par les acteurs du contexte de la transformation jugée souhaitable de leur forme de vie méconnaît sa propre dépendance contextuelle et les contraintes éthiques qui en résultent.

Ceci nous permet aussi de mieux percevoir l'insuffisance des modèles aujourd'hui convoqués pour réfléchir la transformation de nos dispositifs de gouvernance : le modèle communicationnel et argumentatif qui s'alimente, en dernier ressort, au modèle procédural formel de Habermas d'une part et le modèle de la théorie du choix rationnel d'autre part.

S'agissant du modèle communicationnel, on perçoit aisément en quoi il manque la dimension de réversibilité asymétrique et, par conséquent, la nature typique du jugement normatif. Habermas pense exclusivement la dimension d'acceptabilité rationnelle. Les contraintes du jugement sont pensées par la seule référence aux contraintes performatives de l'échange argumenté. Sont seules contruites les compétences des participants à faire valoir leur point de vue universellement. Les ressources d'arrière-plan fournies par les traditions de vie ne sont pas prises en compte positivement pour définir les conditions de rationalité d'un jugement normatif. La rationalité des jugements relatifs à l'établissement des normes communes dépendrait au contraire, dans notre société post-conventionnelle, d'un processus de décontextualisation et d'affranchissement par rapport aux traditions substantielles relatives à l'idée du bien<sup>36</sup>. La limitation contextuelle du formalisme et la condition d'assomption contextuelle d'une norme jugée pertinente ne sont donc pas construites dans la théorie habermassienne du jugement pratique. Les conséquences institutionnelles sont importantes. Comme nous l'avons déjà mis en évidence dans *Droit et Communication*, cela explique pourquoi Habermas - et les tenants d'une théorie de la gouvernance basée sur l'éthique de la discussion - restent en défaut de comprendre les transformations actuelles qui se cherchent au niveau des dispositifs d'application des normes dans nos sociétés (administration et fonction de juger). Du point de vue des politiques publiques, Habermas reste très wébérien. Mais, bien plus, "améliorer" la perspective habermassienne en transformant nos dispositifs de gouvernance administratifs et juridictionnels au départ de l'extension des

---

<sup>36</sup> La position de Rawls, quoique prenant mieux en compte la fonction positive du contexte comme condition d'un jugement normatif, réinscrit cependant aussi cette prise en compte du contexte comme opérateur de modalité dans une conception déterminante du jugement pratique. En ce sens la détermination du "pôle de raisonnabilité" reste "l'apanage des experts" et "le recoupement semble donc *induit* plus que produit" (voy. sur ceci, M.Maeschalck, Ressources compréhensives et contextualisation des normes. Une limitation du formalisme procédural, *op.cit.*, pp.51-52)

procédures communicationnelles et argumentatives, comme nous avons cru pouvoir le proposer au départ de notre approche de l'indécidabilité (cfr. *supra*), s'avère tout aussi insuffisant. On en reste à une approche purement formelle de la négociation ou des procédures coopératives comme si le seul fait de la mise en communication argumentative suffisait à créer les conditions d'un accord légitime et efficient. Telle reste cependant la tendance dominante chez nombre d'auteurs<sup>37</sup> réfléchissant aujourd'hui la nécessaire transformation de nos modèles de politiques publiques et qui voudraient contrebalancer les réformes suggérées par les tenants de la *public choice theory* par l'accent mis sur la nécessaire participation des acteurs intéressés. Tant que le moment délibératif du jugement n'est pas construit dans son rapport avec la limitation contextuelle du moment formel de la raison et la condition d'assumption contextuelle qui en est la conséquence, les conditions procédurales de construction de cette "négociation délibérative" ne sont pas construites. Ce n'est pas le lieu d'en montrer les conséquences institutionnelles. Qu'il suffise seulement de relever l'importance de cette question, notamment pour ces deux questions pratiques que posent toute négociation : celles de la détermination des acteurs et de l'agenda. Une insuffisante construction réflexive du jugement et du moment coopératif conduira à la croyance d'une possible définition *a priori* par des experts de qui est habilité à négocier et surtout des questions à négocier pour construire une solution rationnelle.

Parallèlement, les approches récentes inspirées de la théorie du choix rationnel entendent aussi faire droit à une hypothèse de rationalité limitée. Les débats récents sur la théorie de la firme et relatifs aux modifications actuelles de la *corporate governance* sont ici très suggestifs. Mais qu'il s'agisse des réflexions liées à la théorie des coûts de transaction, à la théorie des contrats incomplets ou, même, aux réflexions critiques liées à la théorie de la rationalité procédurale de H. Simon, elles s'avèrent en défaut de construire cette élimination de la rationalité dans le respect de la réflexivité fondamentale de l'acte cognitif. A ce titre, elles ne prennent pas en compte le contexte comme opérateur de modalisation et ne tirent pas les conséquences de la réversibilité asymétrique de l'opération de jugement. Elles comprennent cette hypothèse de rationalité limitée comme l'impossibilité de prévoir tous les états du futur: leur hypothèse de rationalité limitée est liée à une impossibilité d'anticiper le futur et s'interprète donc à partir d'un contexte d'incertitude.

---

<sup>37</sup> Voy. En ce sens, les perspectives développées par M.Dorf et Ch.Sabel, A Constitution of Democratic Experimentalism, 98 *Columbia L.Rev.* 267 (1998) ; 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.

Sans doute, faut-il faire droit au contexte d'incertitude qui justifie aujourd'hui aussi bien la théorie des contrats incitatifs<sup>38</sup> que la New Institutional Economics ou encore cette théorie alternative de la firme qui vise à reformuler les problèmes au départ du concept d'apprentissage collectif<sup>39</sup>. Mais l'hypothèse de rationalité limitée a une portée plus radicale et concerne les conditions d'efficience de l'action dans son rapport à sa réalisation présente. Une construction épistémologique correcte des conséquences de la structure réflexive de toute action oblige à tenir compte non seulement des conditions formelles de validité (ou d'efficience optimale) mais aussi des conditions à construire pour assurer la transformation des contextes qu'implique l'effectuation de l'action envisagée comme rationnelle. Une double conditionalité doit ainsi être construite. La première appartient au registre du formalisable (du représentable et du calculable). La seconde ressortit au registre du non représentable. Elle concerne la transformation des formes de vie que suppose la réalisation de toute action, c'est-à-dire des "perceptions" qui conduiront en définitive l'usage qui sera effectivement fait des décisions jugées rationnelles ou optimales.

Pour ne pas construire une théorie de la réflexivité articulée à l'autoréférentialité de la raison comme usage, les approches liées à la théorie du choix rationnel - en ce y compris celles inspirées par la théorie procédurale de Simon ou la théorie de l'apprentissage collectif d'Argyris et Schön - restent dépendantes d'une recherche conséquentialiste de la solution valide (adaptation réflexive des "variables directrices" du jugement par confrontation aux résultats). La contextualisation reste ainsi pensée en termes d'adaptation des cadres de pensée à des contextes futurs toujours incertains. La notion de limite reste liée à celle de "futur incertain". A ce titre celles-ci s'avèrent en défaut de penser les conditions de coopération sur base desquelles doivent être réfléchies aujourd'hui la recomposition de nos modes de gouvernance privée (*corporate governance*) ou publique (redéfinition des modes de construction des politiques publiques et des modes d'exercice de la fonction de juger). Cette coopération est elle-même à construire comme une opération de réflexivité par laquelle les différents acteurs concernés doivent construire en commun une forme de vie visant à transformer leurs perceptions différentes des formes de vie existantes en vue d'intégrer la réalisation de la solution jugée rationnellement justifiée. A défaut de cette construction réflexive en commun et du dispositif de négociation qu'elle implique, le dispositif de gouvernance proposé ne pourra intégrer les conditions

---

<sup>38</sup> O.Favereau, dans son excellent travail d'épistémologie économique, qualifie heureusement cette théorie de "théorie standard étendue" pour montrer l'insuffisance de la reconstruction qu'elle tente d'opérer pour faire droit à l'hypothèse de rationalité limitée que méconnaît la théorie économique standard de l'efficience.

<sup>39</sup> Voy. notamment sur ceci, Ch.Argyris and D.Schön, *Organizational Learning II - Theory, Method and Practice*, New York, Addison-Wesley Publishing Cy, 1996 (reprinted with corrections).

qui permettent d'en assurer l'effectuation. Sa rationalité et son efficacité se trouvent donc insuffisamment pensées quant à leurs conditions de possibilité.

Il est intéressant de relever que ce sont là des questions qui touchent à la recomposition actuelle de notre Etat social. La transformation en cours de nos dispositifs de gouvernance et des modes d'élaboration et d'application des normes communes nous oblige à réfléchir à nouveaux frais les conditions d'efficience et de légitimité de nos coordinations collectives. Se rejoue ainsi, comme Gurvitch l'avait déjà bien noté au début du 20ième siècle, une évolution significative de notre droit moderne qui nous confronte à l'insuffisance d'une approche formelle du jugement pratique. C'est en prenant appui sur une construction de la réflexivité fondamentale de nos jugements et en en tirant les conséquences institutionnelles au plan de nos procédures d'élaboration des politiques publiques, que nous pourrons créer les bases d'un vivre ensemble où l'exigence d'universalité de la raison pratique pourra se traduire dans une forme de vie commune.

\*\*\*