

Concept de droit et théorie de la gouvernance*

Par
Jacques Lenoble
Professeur de philosophie du droit
Université catholique de Louvain

Pour quelle raison, les organisateurs de ce cycle de conférences m'ont-ils demandé de me centrer sur les recherches contemporaines en philosophie du droit à l'occasion de cette conférence inaugurale d'un cycle consacré au thème de la gouvernance? À première vue, un tel choix ne peut que surprendre. Non seulement la technicité des débats internes à la recherche de philosophie du droit rend malaisé l'intérêt que pourraient y porter les chercheurs en théorie de la gouvernance qui sont, pour la plupart d'entre eux, des spécialistes de sciences sociales ou, s'ils sont juristes, des juristes sociologues nourris des orientations du courant *Law and Society*. Mais surtout, la philosophie du droit a coutume, à tout le moins au sein du positivisme analytique qui est son courant dominant, de revendiquer une autonomie de la réflexion sur le concept de droit par rapport aux questions de sciences sociales ou, plus largement, de philosophie politique. Et cette autonomie est d'ailleurs d'autant plus renforcée que les chercheurs de sciences sociales ou de philosophie politique se sont eux-mêmes, depuis la moitié du 19^e siècle, progressivement désintéressés de la réflexion technique sur le concept de droit qui fait l'objet de la philosophie du droit.

Et, cependant, même si elle peut *a priori* surprendre, cette demande s'avère aujourd'hui indiquée. En effet, un détour par la réflexion actuelle sur le concept de droit est particulièrement éclairant pour la recherche en philosophie politique et en théorie de la gouvernance. Éclairant non seulement pour mieux comprendre les insuffisances, voire les impasses, qui définissent l'état actuel de cette recherche; mais éclairant aussi, en retour, quant aux outils conceptuels qui seraient à mobiliser pour surmonter ces insuffisances et impasses.

* . Ce texte est une version révisée et augmentée de la transcription de la conférence prononcée par l'auteur le 25 septembre 2009.

En effet, la philosophie politique nous semble aujourd'hui marquée par un double blocage qui l'un et l'autre s'expliquent par l'approche réductrice du concept de droit qui leur sert d'arrière-plan. Je me contenterai ici, dans un premier temps, d'introduire au seul premier blocage. Il est, en effet, particulièrement exemplatif de l'appui implicite que nos approches du politique n'arrêtent pas de prendre sur une certaine définition du concept de droit. Je consacrerai ensuite l'essentiel de mes développements à montrer pourquoi cette conception du droit, bien qu'elle traduise l'état actuel de la recherche de philosophie du droit, est insuffisante. Je terminerai en indiquant de façon rapide en quoi la mise en évidence de cette insuffisance ouvre de nouvelles perspectives en philosophie politique et en théorie de la gouvernance.

Ce que j'appelle le premier blocage de la réflexion politique porte sur un élément récurrent de la manière dont est réfléchi le type d'organisation institutionnelle qu'il y aurait lieu de mettre en place pour assurer la réalisation des idéaux démocratiques portés par notre société moderne. L'élément récurrent tient au fait que les conditions de légitimité sont toujours supposées pouvoir être satisfaites par l'instauration ou l'aménagement d'une autorité publique. Donc, l'ensemble de la question politique est exclusivement réfléchi dans les termes suivants : comment faudrait-il organiser l'autorité politique pour que la société soit légitime? Sans doute, la manière de réfléchir les conditions à respecter dans l'aménagement ou l'instauration de cette autorité publique a-t-elle varié. Cette variation peut être ramenée à un mouvement en trois temps.

Dans un premier temps, on a cru pouvoir ramener la condition de légitimité au seul mécanisme électoral. La société sera démocratique si l'autorité politique est jugée représentative par application du mécanisme électoral. Dans un second temps, on a voulu adjoindre à cette première condition de légitimité, la condition tirée de l'octroi au citoyen d'un certain nombre de droits « subjectifs » dont le respect s'imposerait aux autorités publiques. On sait combien cette condition a elle-même fait l'objet d'une interprétation de plus en plus étendue. Aux premiers droits de nature civile et politique, se sont progressivement ajoutés les

droits économiques et sociaux (débat au 19^e siècle entre le socialisme et le libéralisme) et, plus récemment, les droits « culturels » (débat dans la seconde moitié du 20^e siècle entre les communistes et les libéraux). Enfin, dans un troisième temps qui correspond aux avancées contemporaines de la philosophie politique, plusieurs auteurs ont souligné que la dynamique démocratique conduisait à adjoindre à ces premières conditions la nécessité d'aménager nos systèmes institutionnels de manière à garantir ce que P. Rosanvallon appelle une « légitimité d'impartialité » et une « légitimité par réflexivité »¹. Ces deux nouvelles exigences trouveraient leur concrétisation exemplaire dans la création récente des « autorités de régulation indépendantes » et dans le renforcement du rôle des cours suprêmes supposées incarner le rôle dworkinien d'agent de la dynamique auto-réflexive du corps social. Un même présupposé sous-tend donc ces trois étapes de la pensée politique moderne et contemporaine. Chaque accroissement des exigences de la légitimité politique trouve sa concrétisation dans un raffinement du design institutionnel des autorités publiques.

Et c'est ici qu'apparaît, en arrière-plan, l'approche du concept de droit implicitement mobilisée. Car supposer que les exigences du principe démocratique peuvent être rencontrées par l'instauration d'une autorité publique ou par l'aménagement de son mode d'organisation et de fonctionnement traduit un présupposé fondamental de type « représentationniste », c'est-à-dire l'idée que les conditions nécessaires pour la réussite de l'opération normative – autrement dit, pour la réussite de l'opération par laquelle les membres d'un corps social produisent une signification normative partagée – sont des conditions qui traduisent la réduction de l'expression normative à l'expression qu'en donnent des autorités normatives supposées représenter le corps social. Une telle approche des conditions de l'opération normative est celle qui correspond à la définition du concept de droit telle que dégagée par les tendances dominantes de la philosophie du droit. Qu'il s'agisse de la perspective herméneutique de R. Dworkin ou des versions les plus importantes du positivisme analytique, il est à chaque fois

1. P. Rosanvallon, *La Légitimité Démocratique*, Paris, Seuil, 2008.

considéré que les conditions d'existence du droit reposent, pour l'essentiel (des nuances sont à apporter que nous précisons ci-dessous), sur l'expression normative des autorités publiques en charge de la production et de l'application du droit au sein d'un groupe social. L'idée est là que l'ensemble des exigences de l'opération normative peuvent être formalisées dans une expression impérativiste des autorités publiques, à tout le moins là où s'atteste une pratique générale d'obéissance à l'appareil institutionnel.

Notre hypothèse est que cette manière de concevoir les conditions d'existence du droit, c'est-à-dire les conditions de réussite de l'action collective par laquelle les membres d'un groupe social peuvent produire une signification normative partagée, est insuffisante. Elle est insuffisante parce que la manière dont une telle approche conçoit le rôle du destinataire privé de la règle – c'est-à-dire, pour faire bref, le citoyen – dans les conditions d'effectuation de l'opération normative est inadéquate. C'est ici qu'apparaît bien l'enjeu d'une réflexion de philosophie du droit. Car ce qu'on appelle l'objet de la philosophie du droit, c'est-à-dire la réflexion sur le concept de droit, n'est rien d'autre qu'une réflexion sur les conditions de possibilité qui doivent être réunies pour que l'opération normative par laquelle les membres d'un groupe social adhèrent à une signification normative partagée puisse s'accomplir. Si l'on peut montrer qu'à l'inverse de la manière dont la philosophie du droit actuelle pense ces conditions de possibilité, il y aurait lieu de repenser le rôle du citoyen dans cette opération normative, le présupposé « représentationniste » qui sert de « point fixe » à l'approche dominante de la gouvernance démocratique s'en trouverait déstabilisé.

L'état actuel du débat en philosophie du droit est principalement représenté par la manière dont, essentiellement depuis H. Kelsen, le positivisme analytique a progressivement affiné les conditions de définition du concept de droit. Certes, des critiques importantes restent formulées à l'égard de l'approche positiviste. La plus représentative est celle de R. Dworkin. Mais, comme on l'indiquera, cette critique, quel que soit l'éclairage sur l'opération de juger qu'elle a apporté, a été parfaitement intégrée par les dernières versions pragmatistes de l'approche positiviste. C'est

donc cette approche positiviste que nous prenons comme point de départ de notre réflexion pour indiquer la nature de l'insuffisance qui nous semble marquer la définition actuellement dominante du concept de droit.

Pour introduire à cette insuffisance, on ne peut mieux faire que de souligner le geste épistémologique qui est à la base de l'approche positiviste. Ce geste est un geste internaliste. Et notons d'emblée que nous partageons entièrement le choix épistémologique que traduit cette option internaliste qui est à la base du positivisme. Le meilleur auteur qui a initié ce geste internaliste est H. Kelsen. En effet, l'idée défendue par H. Kelsen était qu'il est impossible de définir le concept de droit par référence à des réalités extérieures à une pratique sociale. En ce sens, la règle de droit ne tire sa normativité que d'une convention sociale. Tel est bien le sens de ce qu'on appelle le conventionnalisme positiviste : les conditions d'existence d'un concept de droit sont purement internes à une pratique sociale. Il y a impossibilité pour la raison de définir des réalités ou des conditions substantielles qui soient extérieures à une pratique sociale (par exemple un idéal de justice) et qui seraient constitutives des conditions d'existence d'un concept de droit. On est donc bien dans un geste internaliste au sens épistémologique du mot. L'internalisme, en un sens technique, peut être compris en référence à H. Putnam qui montre bien que les conditions de productivité sémantique (en l'espèce la signification normative d'une règle) sont internes aux pratiques interprétatives de fixation des croyances (en l'espèce les pratiques sociales constitutives de ces normes). L'idée est donc là qu'une signification est nécessairement toujours le résultat d'une pratique holistique; qu'aucune signification ne peut être définie par une quelconque théorie de la correspondance avec une réalité extérieure à la pratique langagière. C'est ce qu'on appelle le holisme des significations. À le dire en d'autres termes, la signification c'est l'usage. Ce qui définit la signification d'un mot, c'est toujours la pratique sociale qui est constitutive de l'usage par où se constitue la signification. Telle est fondamentalement la portée, au plan d'une théorie de la signification, du geste internaliste. Reste évidemment à concevoir, dans le respect de cette exigence internaliste, la nature des conditions constitutives

de ces pratiques sociales où peut se construire une signification normative partagée par les membres d'un groupe social.

Bien plus, si on reconstruit la dynamique de la recherche positiviste depuis H. Kelsen jusqu'à ses reformulations les plus récentes, on peut faire apparaître que cette exigence internaliste en est le moteur essentiel. Les reconstructions successives des approches du concept de droit qui scandent cette dynamique sont toujours motivées par les exigences épistémologiques portées par cette option internaliste. C'est à chaque fois l'idée que les approches existantes des conditions constitutives de cette pratique sociale constitutive de la signification normative partagée par un groupe social ne respectent pas adéquatement cette exigence internaliste, qui justifie la redéfinition des éléments constitutifs de cette pratique. C'est donc l'insuffisance de l'internalisme dans la manière de concevoir les conditions de possibilité de l'opération normative qui est véritablement le moteur interne de toute la dynamique de la philosophie du droit de H. Kelsen à aujourd'hui.

Notre hypothèse est que c'est cette même exigence internaliste qui nous permet de montrer en quoi la dernière version de cette dynamique de la recherche en philosophie du droit doit elle-même être jugée insuffisante et requiert une étape supplémentaire. Pour étayer cette hypothèse, il faut avoir à l'esprit une connaissance minimale des grandes étapes de cette dynamique. Où en est fondamentalement l'état actuel de la science sur cette question du concept de droit, c'est-à-dire, répétons-le, sur la question de la détermination des éléments constitutifs de cette action collective par laquelle les membres d'un groupe social produisent une signification normative partagée? Et pourquoi peut-on dire que le moteur interne de la réflexion sur le concept de droit est effectivement la volonté de faire droit aux exigences internalistes?

La première étape, on l'a déjà dit, est celle constituée par le normativisme kelsénien. Je ne reprendrai pas ici cette approche normativiste qui entend ramener les conditions de validité (c'est-à-dire les conditions d'existence) d'une règle à la double condition du respect des règles hiérarchiquement supérieures (ultimement validées elles-mêmes en référence à la norme fondamentale) et de l'efficacité « en gros » du système normatif attestée par le fait empirique du respect statistiquement majoritaire du système. Je

voudrais seulement rappeler une dimension trop souvent passée sous silence et qui montre, à l'encontre des critiques fréquemment réductrices, la profondeur de H. Kelsen. Si l'on voulait utiliser une formule provocatrice, on pourrait dire que H. Kelsen a lui-même très bien perçu l'insuffisance internaliste de toute approche impérativiste, c'est-à-dire d'une approche qui prétendrait rendre compte de la normativité de la norme par la seule référence à l'effectivité d'une pratique habituelle de respect des règles par la population. Certes, dira-t-il, il s'agit là d'une condition « d'efficacité » qui est relative au comportement des citoyens et qui conditionne l'existence même d'un système normatif. Mais, dit Kelsen, se contenter d'une telle référence conçue en termes de simple observation empirique d'une pratique habituelle ne suffit pas. La raison en est, dit H. Kelsen, « qu'une condition ne peut pas être identique à ce qui est conditionné par elle »². L'argument, même s'il est formulé dans le langage de la logique, traduit cependant très bien la portée épistémologique de l'exigence internaliste. À le dire en d'autres termes, cela signifie en effet que l'on ne peut formaliser l'opération de la raison par laquelle pourrait se produire une signification normative. Bien sûr, ce qui est troublant chez Kelsen, c'est que, s'il perçoit bien l'insuffisance d'une lecture de l'opération normative dans les termes d'une conditionnalité conçue en termes de pratique générale d'obéissance, la solution qu'il propose pour éviter cet écueil va l'amener à retomber dans l'erreur « logique » qu'il dénonçait cependant lui-même. Le fait de l'impérativité et de son respect habituel ne suffit donc pas, relève H. Kelsen, à expliquer l'opération normative. Il faut quelque chose de plus. Et pour penser cette autre forme de conditionnalité, H. Kelsen, parce qu'il est malheureusement un bon kantien, va mentaliser la solution sous la forme d'une Norme fondamentale supposée exister, à titre de règle *a priori*, dans l'esprit de chacun des acteurs du jeu de langage juridique. Mais, si, effectivement, aucune condition n'est réductible à ce qui est conditionné par elle, d'où viendrait que la norme fondamentale ne devrait pas être elle-même référée, non pas comme il est parfois reproché erronément à Kelsen, à une

2. H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, trad. fr. de la seconde édition de la *Reine Rechtslehe* par Ch. Eisenmann, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, p. 215.

autre norme fondatrice (H. Kelsen a parfaitement anticipé ce fallacieux contre-argument), mais à une autre condition qu'elle-même, c'est-à-dire en référence à son impossible mentalisation?

Et c'est bien pourquoi, même si H. Hart ne l'a jamais exprimé en ces termes³, on peut comprendre la redéfinition du concept de droit en termes de Règle de Reconnaissance comme une tentative d'échapper au logicisme de Kelsen et à la méconnaissance que celui-ci risquait de signifier au regard de l'exigence internaliste. Cette Règle de Reconnaissance, en effet, comme on le sait, est conçue par H. Hart en termes de pratique sociale, en l'espèce la pratique sociale constituée essentiellement des pratiques par lesquelles les autorités publiques en charge de l'application des règles opèrent cette application.

Avec R. Dworkin se marque une troisième étape significative dans la dynamique de recherche en philosophie du droit. À nouveau, pourrait-on dire, se traduit, au travers de la critique que R. Dworkin adresse à H. Hart, et plus généralement, à la définition positiviste du concept de droit, une volonté de mieux respecter l'exigence internaliste. Bien entendu, R. Dworkin n'est pris ici que comme figure représentative de cette attention soutenue que la recherche depuis près de trente ans porte à la démarche interprétative du juge. À travers sa critique du « dard sémantique » (*semantic sting*), R. Dworkin formule directement en termes épistémologiques sa critique du positivisme. Ce qui est en effet reproché au positivisme, c'est sa supposition formaliste que la détermination du droit pourrait faire l'objet d'une opération formelle de la raison. Or, souligne, R. Dworkin, qui se veut ici disciple de la démarche internaliste de W. Quine, l'opération de production d'une signification – en ce y compris donc une signification normative – ne peut être formalisée, car les critères d'identification de cette signification ne peuvent être conçus en termes de « règles ». À l'inverse d'une telle approche formaliste, le droit, selon R. Dworkin, ne se laisse déterminer qu'au terme d'une pratique qui est de nature interprétative et qui renvoie, en dernier ressort, aux principes constitutifs de la morale sociale. Le droit,

3. Voy. sur la comparaison de la théorie de la Norme fondamentale et de la Règle de Reconnaissance, H. Hart, *Le Concept de Droit*, trad. fr. par M. van de Kerchove, 2^e édit. augmentée, Bruxelles, FUSL, 2005, pp. 309-310.

souligne R. Dworkin, n'est en effet identifiable, que ce soit par le juge ou le scientifique, qu'au terme d'une interprétation des exigences de la moralité politique du groupe social. La pratique interprétative de ce qu'est le droit renvoie donc elle-même, selon R. Dworkin, aux exigences normatives d'une moralité institutionnelle qui est, à la fois, immanente à la communauté et l'objet d'une réinterprétation constante. La question resurgit évidemment ici. Comment, en effet, ne pas voir que la solution dworkinienne aboutit aussi à succomber à ce dard sémantique? Comme on l'a souligné ailleurs⁴, cette approche herméneutique du concept de droit présuppose données des règles dans l'esprit du juge lui permettant de subsumer la variété des situations particulières sous les catégories générales de la moralité institutionnelle (les principes). Ainsi, R. Dworkin mentalise l'approche du jugement normatif en inscrivant, dans les capacités mentales du juge, les règles permettant de déduire les significations normatives du droit des exigences de la morale institutionnelle et d'y traduire les injonctions du réel historique.

Mais cette critique herméneutique de l'approche positiviste de l'opération normative ne constitue pas l'état dernier de la recherche en philosophie du droit. Une dernière avancée, pourrait-on dire, a été récemment opérée par le biais d'une redéfinition pragmatiste de la théorie de H. Hart. J. Coleman, qui en est le principal artisan, n'endosse cependant pas les critiques de R. Dworkin. Mais, parallèlement, il considère néanmoins que l'approche de la Règle de Reconnaissance par H. Hart reste insuffisamment internaliste. À l'encontre de R. Dworkin, il se contente de montrer, à juste titre d'ailleurs, que cette critique herméneutique est sans fondement et manque sa cible. Ce n'est pas qu'il rejette évidemment l'internalisme quinien ou putnamien que R. Dworkin croit pouvoir opposer aux positivistes. Bien plus, ce n'est pas qu'il rejette en son fond la phénoménologie de l'opération juridictionnelle que R. Dworkin propose. Mais, de façon décisive, il montre que c'est à tort que R. Dworkin croit pouvoir réduire la Règle de Reconnaissance de H. Hart à une « source thesis » et croit pouvoir la qualifier d'antinomique avec

4. Voy. sur ceci la première partie de J. Lenoble et M. Maesschalck, *Démocratie, Droit et Gouvernance*, Sherbrooke (Québec), Éditions R.D.U.S., 2011.

une approche herméneutique de l'opération du juge. Toutefois, c'est sur un autre plan que cette Règle de Reconnaissance doit être redéfinie. C'est en effet à tort, souligne J. Coleman, que H. Hart décrit cette règle comme si la pratique sociale par laquelle les juges produisent une signification normative partagée – c'est-à-dire cette interprétation cohérente et uniformisée (autant que faire se peut) qui constitue un système juridique – se produisait de façon spontanée, à la manière donc de ce que les théoriciens des jeux appellent une « convention de coordination ». Tout au contraire, argumente J. Coleman, la nature de cette pratique sociale constitutive de cette interprétation cohérente et uniformisée est le résultat d'une forme d'action coopérative dont les conditions de possibilité ne peuvent être pensées au départ d'un schéma mentaliste. J. Coleman s'appuie ici sur l'approche inférentialiste de l'action coopérative développée par M. Bratman qui montre que la capacité de réalisation d'une action coopérative ne peut être pensée dans les termes d'une « règle de l'esprit » qui existerait dans la tête des participants à cette action. L'idée fondamentale du pragmatisme pose, en effet, que l'intention n'est jamais une règle de l'esprit; la signification d'une intention coopérative ne peut jamais être supposée exister dans la « tête » de l'acteur intentionnel. Elle implique nécessairement une production sociale et des mécanismes institutionnels rendant possible aussi la production de cette action coopérative, c'est-à-dire la réalisation de la finalité coopérative. Pour laisser supposer que la pratique sociale de production normative (le Règle de Reconnaissance) pourrait s'analyser comme une convention de coordination, H. Hart reste ainsi prisonnier d'un reste d'approche sémantique (comme l'avait sans doute perçu R. Dworkin, mais pour de mauvais arguments). À ce titre, il reste en défaut de penser l'ensemble des conditions pragmatiques qui conditionnent la possibilité d'existence d'un système juridique.

Le geste pragmatiste vient ainsi une nouvelle fois redéfinir l'idée de la double conditionnalité que H. Kelsen avait remarquablement perçue, mais mal construite du point de vue du respect de l'exigence de l'internalisation qu'il promouvait cependant lui-même. Il reste néanmoins à savoir si cette dernière reformulation est elle-même suffisante au regard de l'exigence épistémologique de l'internalisme qui la motive. Certes, de façon très explicite, pour

redéfinir la forme de pratique sociale qui est constitutive d'un système juridique, J. Coleman s'appuie sur M. Bratman et son refus internaliste de tout mentalisme dans l'approche de l'action collective. Cependant, cette redéfinition pragmatiste du positivisme suffit-elle? Ne doit-elle pas elle-même être prolongée? Ne reste-t-elle pas lestée elle aussi d'une forme de présupposé mentaliste, et donc infestée d'un certain « poison sémantique », pour reprendre l'expression imagée de R. Dworkin? Bien sûr, ce n'est plus la sempiternelle invocation du pouvoir interprétatif du juge qui doit ici être mobilisée pour critiquer l'approche positiviste. Sur ce plan, l'argument de J. Coleman est incontournable. Un tel pouvoir interprétatif – et donc une approche herméneutique du juge – est une évidence. Mais, son invocation ne résout cependant en rien la question de la double conditionnalité telle qu'interprétée en termes de pratique sociale par H. Hart et J. Coleman.

Il reste, cependant, que la réinterprétation pragmatiste de la Règle de Reconnaissance reste dépendante de la manière dont H. Kelsen avait défini une des deux conditions. Bien entendu, la Norme fondamentale est réinterprétée de façon pragmatiste. Mais, la convocation des citoyens dans l'ensemble de la conditionnalité propre à l'opération normative au sein d'un groupe social reste pensée, tant chez Hart que chez J. Coleman (et chez R. Dworkin aussi pourrait-on dire), dans les termes suggérés par H. Kelsen. Rappelons-nous en effet la manière dont celui-ci pensait la double conditionnalité qui était constitutive de l'obligatorité de la norme. Outre la condition de la validité formelle qui était renvoyée ultimement à l'hypothèse d'une Norme fondamentale, il était posé l'exigence d'une pratique générale d'obéissance dont l'observation empirique traduisait une forme d'effectivité du pouvoir des autorités instituées. La redéfinition pragmatiste ne revient pas sur cette seconde condition pensée en termes de ce que Hart et Coleman appellent une « efficacy condition »⁵. Cette manière de

5. H. Hart et, à sa suite, J. Coleman posent que l'existence d'un système juridique au sein d'un groupe social ne requiert pas que se manifeste chez les citoyens le « point de vue interne » qui est exigé des autorités en charge de l'application du droit. Il suffit que le comportement des citoyens traduise une simple pratique habituelle et générale d'obéissance à la loi. Comme le dit H. Hart, « tant que les règles de droit qui sont valides au regard des critères de

concevoir le rôle des citoyens dans la pratique sociale qui rend possible la production d'une signification normative partagée au sein d'un groupe social est-elle adéquate? Est-il épistémologiquement correct, au regard de l'exigence pragmatique et internaliste portée par J. Coleman lui-même, de limiter la pratique de reconnaissance sous forme d'action coopérative interprétative au seul niveau de l'ensemble des autorités publiques?

Notre hypothèse est qu'une réponse négative s'impose. Pour le montrer, il suffit d'ailleurs de reconstruire rapidement la complexité des dimensions constitutives de l'opération d'application d'une norme au plan des citoyens et non plus, comme la littérature de philosophie du droit le fait trop exclusivement, au plan du juge. Pour ce faire, repartons d'une situation prise comme exemplaire par H. Hart lui-même.

Explicitant son idée que le rôle des citoyens dans cette action collective par laquelle se produit une signification normative partagée – c'est-à-dire un système juridique – se différencie radicalement de celui des autorités publiques et peut se ramener à une simple « efficacy condition », H. Hart nous dit : imaginons l'hypothèse d'un groupe social où « seules les autorités admettent et utilisent les critères de validité juridique du système » et où, donc, « le point de vue interne et l'usage normatif du langage juridique qui le caractérise (« Ceci est une règle valide ») pourraient se limiter à la sphère des autorités ». Dans une telle hypothèse, la société « ressemblerait de façon déplorable à un troupeau de moutons; et les moutons pourraient finir à l'abattoir. Mais il n'y a guère de raisons de penser qu'un tel système ne saurait exister, ni de lui refuser la qualité de système juridique »⁶. Certes, mais, l'exemple est d'autant plus significatif qu'il atteste par lui-même que les opérations de jugement qui expliquent l'opération de stabilisation normative ne se laissent pas analyser comme le supposent les positivistes.

validité du système sont obéies par l'ensemble de la population, ce fait constitue certainement la seule preuve dont nous ayons besoin pour établir l'existence d'un système juridique donné », (H. Hart, *Le Concept de Droit*, *op. cit.*, p. 143).

6. *Ibid.*, pp. 146-147.

Quel est, en effet, le type d'opération mentale que font les individus qui se laissent comporter comme des « moutons de Panurge », au risque de se faire conduire à l'abattoir? Sauf à supposer – de façon absurde et irréaliste – que l'on vit sur une planète où les individus sont lobotomisés, il faut nécessairement supposer que les individus concernés procèdent à trois opérations de jugement préalables à leur propre décision individuelle d'obéir et de se comporter « comme un mouton ». Tout d'abord, le membre du groupe doit faire une anticipation sur le comportement des autres membres du groupe et avoir suffisamment de raisons de croire que ces derniers se comporteront aussi comme des moutons, c'est-à-dire de telle façon qu'il est justifié pour lui, en termes « coût-bénéfice », de s'assujettir à l'autorité policière et d'adopter un comportement purement passif, au risque même de se faire conduire à l'abattoir. De plus, il lui faut aussi faire une anticipation sur les anticipations d'autrui, c'est-à-dire supposer que les autres membres du groupe feront eux aussi une anticipation identique à celle que lui-même fait sur le « comportement passif » des autres membres du groupe. Enfin, il lui faut faire une troisième forme d'anticipation : il lui faut supposer que l'autorité à laquelle son groupe (celui des citoyens) décide de s'assujettir va elle-même continuer, dans l'avenir, à se comporter d'une façon conforme à sa fonction actuelle par rapport à ce groupe, en continuant, donc, aussi à supposer que les citoyens continueront à lui obéir. À défaut de telles anticipations, il ne pourrait y avoir de pratique « générale et habituelle » d'obéissance.

La conséquence d'une telle reconstruction est importante. Elle atteste que cette pratique générale d'obéissance a une structure « logique » complexe qui est celle d'une anticipation de postulations croisées. Une telle structure logique porte un nom, celui d'une fonction récursive qui ne dispose pas de point fixe. La satisfaction de votre raisonnement présuppose déjà donnée la vérification que vous essayez d'atteindre. Par conséquent, sa vérification ne peut être assurée par l'application d'une quelconque règle formelle. Nous retrouvons ici ce que nous avons déjà indiqué avec W. Quine et H. Putnam : l'impossibilité de rendre compte de l'opération de production d'une signification en termes d'application d'une règle et, par conséquent, son

impossible formalisation. Supposer que l'opération de jugement constitutive de la pratique générale d'obéissance puisse se résoudre par l'application d'une règle formelle revient à traiter comme un postulat ce qui n'est qu'une postulation.

Or, en refusant d'analyser la condition d'acceptation des citoyens en termes intentionnels (ce que H. Hart appelle l'élément interne), et en ramenant donc cette condition à une simple « efficacy condition », les positivistes – et plus généralement la recherche actuelle de philosophie du droit, en ce y compris donc R. Dworkin – supposent que la vérification par les autorités publiques de cette condition peut s'analyser comme une simple opération formelle de la raison. Cette vérification se ramènerait, selon eux, à une simple opération de généralisation axiomatique d'un fait empiriquement observable : on est en régime de postulats. Le seul fait de l'obéissance passée vous autoriserait à juger vos anticipations vérifiées.

Une correcte compréhension de la structure logique de l'opération normative et du rapport qui doit se nouer entre autorités publiques et destinataires-citoyens implique, au contraire, une autre analyse. Il n'y a pas, comme le croient les positivistes, deux régimes hermétiques et distincts de compréhension de la normativité sociale du système juridique. Il faut, au contraire, envisager un processus d'ajustement mutuel du jugement des groupes de destinataires sur la réalisation du droit, processus qui repose sur une forme de « postulation croisée ». Si le jugement des officiels suppose le postulat que les citoyens de la norme sont capables de développer une culture du droit apte à le réaliser comme forme de vie, il suppose qu'à ce postulat réponde, du côté des citoyens, le postulat corrélatif, à savoir celui d'une autorité susceptible de s'ajuster à la satisfaction de cette attente qui est à la base de son jugement sur la réalisation du droit. Cette structure performative de double postulation ne peut être garantie que par l'instauration d'une communauté d'apprentissage inter-groupes dans la vie sociale constituant une nouvelle culture du droit comme forme de vie en commun.

On comprend aussi, dès lors, pourquoi la redéfinition pragmatiste récente de la définition positiviste du concept de droit ne respecte pas son propre principe épistémologique. J. Coleman mobilise

expressément à l'encontre de H. Hart l'idée inférentialiste de M. Bratman selon laquelle la signification de l'intention coopérative ne peut être abordée en termes mentalistes. M. Bratman ne faisait là qu'appliquer à la signification de l'intention coopérative le principe du holisme sémantique selon lequel les significations ne sont pas des entités physiques ou computationnelles déposées dans l'esprit et ne sont donc pas préexistantes à l'usage. Mais, si l'on applique cette même exigence à la dimension d'intentionnalité qui est constitutive de la pratique générale d'obéissance, on voit aussitôt combien est critiquable le mentalisme sous-jacent à la manière dont la recherche de philosophie du droit actuelle (tant le positivisme de J. Coleman que l'approche herméneutique de R. Dworkin) traite du rôle du citoyen dans l'opération normative.

Cette même reconstruction de la double conditionnalité propre à la réussite d'une opération normative permet aussi de mieux définir la distinction « interne/externe » que mobilise implicitement H. Kelsen⁷ et explicitement H. Hart. On se rappellera que H. Hart pose que l'élément interne de la Règle de Reconnaissance (reconnaissance de l'obligatorité de la norme) n'est exigé que des seules autorités publiques en charge de l'application des règles du système. Cet élément ne concerne pas les citoyens puisque, pour qu'un système de droit existe dans un groupe social, il suffit que ce système soit majoritairement appliqué de fait par ses membres. Notre reconstruction du régime de conditionnalité lié au rôle des citoyens (pratique générale d'obéissance) fait apparaître une toute autre portée à cette distinction interne/externe. Cette distinction concerne tant le rôle des autorités publiques que celui de citoyens. De plus, elle permet de voir que ces deux ordres de conditionnalité ne sont pas « hermétiques » l'un à l'autre mais, au contraire, sont nécessairement en interaction, comme on l'a déjà signalé. Que signifie, en effet, cette distinction de l'interne et de l'externe⁸? Cette distinction est directement liée à la signification déjà

-
7. Le principe posé par H. Kelsen selon lequel « une condition ne peut pas être identique à ce qui est conditionné par elle » (cf. ci-dessus n. 2) peut en effet être lu comme exigeant que les conditions de possibilité d'une opération normative soient pensées en termes de distinction interne/externe.
 8. Pour plus de développements sur ces questions, voir la première partie de J. Lenoble et M. Maeschalck, *Démocratie, Droit et Gouvernance*, op. cit.

signalée de l'exigence internaliste et du refus de tout mentalisme tel que, notamment, la philosophie du langage et la théorie de l'action l'ont récemment compris en rapport avec le holisme des significations. En effet, si on comprend rigoureusement l'exigence internaliste selon laquelle les conditions de signification sont internes à l'usage, il faut aussi poser que vous ne pouvez jamais supposer possible de définir les conditions formelles d'engendrement de l'usage. À défaut, vous supposeriez que l'opération de la raison contient en elle-même les règles de sa propre effectuation.

Par conséquent, le refus de toute position sémantique (pour reprendre l'expression de R. Dworkin avalisée par le pragmatisme de J. Coleman) implique que l'on maintienne l'extériorité de l'usage par rapport à l'opération de la raison elle-même, c'est-à-dire par rapport à la possible formalisation de la réalisation de la signification intentionnelle qui porte toute action (individuelle ou collective). En ce sens, encore, on peut dire que l'exigence internaliste oblige à interioriser à titre de condition d'effectuation de toute action une nécessaire référence à un élément d'extériorité. C'est cette nécessité qui justifie que l'on parle de la dimension réflexive de toute opération de la raison, et donc de toute opération normative. La réflexivité n'est pas cette supposée capacité de retour sur soi. C'est l'exigence d'une attention à cette dimension de la transcendance de l'usage.

Pour en revenir à l'opération normative, c'est-à-dire aux conditions qui rendent possible l'émergence d'une signification normative partagée dans un groupe social, la pratique des autorités publiques ne peut être constitutive de la réussite de l'opération normative qu'à la condition de s'articuler à un ordre externe à elle, en l'espèce à sa reconnaissance par les citoyens, laquelle est fonction de leurs attentes normatives. De la même manière, il n'est pas possible pour les citoyens de développer une culture du droit sans qu'eux-mêmes ne fassent référence à quelque chose qui leur est externe et qui est l'existence d'un système institutionnel qui accepte de prendre en compte leurs propres attentes normatives. On retrouve ici l'idée de « postulations » croisées.

Les développements qui précèdent n'avaient d'autre but que de montrer, de façon technique et épistémologique, l'insuffisance du concept de droit sur laquelle débouche la dynamique interne à la recherche de philosophie du droit, aussi bien dans sa version positiviste que dans sa version herméneutique. En guise de conclusion, nous voudrions esquisser l'enjeu concret et politique d'un tel détour « épistémologique ». C'est qu'en effet, une telle réflexion, aussi technique et ardue soit-elle, n'a d'intérêt réel que pour les effets qu'elle engage au plan de nos formes de gouvernance démocratique. Que permet, en effet, de montrer notre argumentation? Nous n'indiquerons ici que deux conséquences principales.

Elle met, tout d'abord, en lumière qu'à défaut de l'instauration des conditions requises pour l'organisation du rapport d'apprentissage « intergroupe » (c'est-à-dire d'une forme de participation coopérative à l'établissement des normes), un système de droit ne peut garantir la forme de « stabilisation régulatoire » qu'il vise à réaliser. À défaut d'une telle instauration, cet objectif reste insatisfait : la forme de stabilisation sociale qui est recherchée par le droit reste aléatoire et dépendante de conditions non maîtrisées. Bien entendu, à défaut de l'organisation de ces dispositifs de négociation par apprentissage collectif, il ne s'en déduit pas une inefficacité assurée des interventions normatives. La réalité est là, au contraire, pour infirmer une telle affirmation. Mais, à défaut d'une telle organisation, la finalité régulatoire du dispositif n'est pas assurée.

Telle est bien d'ailleurs l'expérience qui est faite de plus en plus aujourd'hui. Ne faisons-nous pas, dans plusieurs domaines, l'expérience de l'inefficience des modes habituels d'élaboration de politiques publiques. Peut-être le renforcement du pluralisme culturel explique-t-il notamment les conséquences qui s'attachent aujourd'hui à un défaut de prise en compte des attentes normatives des destinataires privés de la norme. Mais, en tout cas, cela montre que le besoin ressenti par la philosophie politique de parfaire nos organisations institutionnelles en vue de mieux satisfaire la réalisation de nos exigences démocratiques passe aujourd'hui par un déplacement significatif par rapport à ce que nous avons appelé le présupposé « représentationniste » de la

philosophie politique moderne et contemporaine. C'est d'ailleurs ce qui explique le récent renouveau de la recherche en « théorie de la gouvernance ». Ce renouveau, qui concerne principalement la recherche en sciences sociales⁹, traduit, dans ses tendances les plus récentes¹⁰, la volonté de réfléchir de nouveaux modes de participation des citoyens aux modes d'élaboration et d'application des normes. C'est d'ailleurs aussi cette même perspective qui anime plusieurs des auteurs contribuant au présent ouvrage. Mais, c'est ici que se situe la seconde conséquence que nous rattachons à notre analyse critique du concept de droit et au détour épistémologique qu'elle emprunte.

C'est qu'en effet cette analyse aide aussi à mettre en exergue les conditions d'organisation que doivent prendre ce dispositif de participation et ce rapport d'apprentissage si l'on veut assurer une « maximisation » des attentes normatives des acteurs concernés. En ce sens, cette analyse débouche elle-même sur l'explicitation des conditions d'efficacité et de légitimité que doit prendre la forme de gouvernance de nos sociétés démocratiques. C'est qu'en effet, comme nous tentons de le montrer plus loin¹¹ dans le présent ouvrage, à défaut d'une attention approfondie à ses présupposés épistémologiques, le « geste politique » visant à promouvoir des formes plus participatives et plus délibératives d'élaboration et d'application des normes risque de renouer avec un modèle de droit et de gouvernance dont il voudrait par ailleurs s'affranchir.

-
9. La réflexion de philosophie politique n'est certes pas insensible à ce mouvement. Ainsi, P. Rosanvallon (*La Légitimité Démocratique*, *op. cit.*) souligne le développement récent d'une nouvelle forme de légitimité qu'il dénomme « légitimité de proximité ». La réflexion reste cependant en défaut d'en réfléchir les conditions d'application. C'est précisément l'enjeu de la théorie de la gouvernance que d'analyser cette question.
 10. Pour une reconstruction et une analyse de cette recherche, voir la seconde partie de J. Lenoble et M. Maesschalck, *Démocratie, Droit et Gouvernance*, *op. cit.*
 11. Voir ci-dessous, notre contribution J. Lenoble et M. Maesschalck, *Approche dialogique ou génétique de la gouvernance? À propos de la délibération éthique de G. Legault*.