

Théorie de la norme et gouvernance démocratique Theory of the Norm and Democratic Governance

La description ci-dessous concerne le pôle « droits fondamentaux » du programme de recherches collectives « Théorie de la norme et gouvernance démocratique » financé en tant que Pôle d'attraction interuniversitaire des services belges de la politique scientifique (P.A.I./I.A.P. V-23) coordonné par le Centre de Philosophie du Droit (CPDR/UCL) pour la période 2002-2007.

1. Objectif général de la recherche

L'objectif de la recherche est de réfléchir les modalités d'une régulation qui, combinant le recours aux mécanismes du marché et donc à la liberté contractuelle des agents économiques, d'une part, et le recours à des mesures coercitives imposant des restrictions à l'exercice de la liberté économique, d'autre part, soit conçue de manière à tenir compte de ce que l'appui sur les mécanismes du marché suppose réalisées certaines conditions qu'il revient au droit de réaliser de manière affirmative, et que l'on ne saurait se borner à présupposer. La démarche qui consiste à définir le type de régulation que cela appelle peut prendre appui sur les courants institutionnalistes de l'analyse économique, dès lors que ces courants réfléchissent les présuppositions, notamment juridiques, auxquelles s'adosse l'économie néo-classique ; elle peut s'inspirer des théories contractualistes de la philosophie politique, en raison de la méthode contre-factuelle que ces théories promeuvent ; elle peut puiser dans la psychologie sociale et cognitive, là où celle-ci étudie les conséquences qu'exerce la norme juridique sur la transformation des préférences des acteurs et sur leurs raisonnements ; enfin, au sein de la théorie du droit, elle conduit à reprendre à nouveaux frais l'opposition entre le droit formel et le droit matériel, c'est-à-dire redéfinir le rôle du droit de l'Etat providence comme consistant dans la création des conditions qui permettent aux interactions libres des acteurs, fondées sur la recherche par chacun de sa propre satisfaction par la négociation d'accords contractuels, de déboucher sur des résultats satisfaisants du point de vue de la collectivité. Les nouveaux mécanismes de régulation qu'appelle cette perspective intègrent dans la théorie de la régulation une dimension temporelle (adoptée en vue de faire exister les conditions qui vont permettre de se passer d'elle, la norme n'est pas nécessairement destinée à durer), une dimension d'évaluation (en raison de l'imprévisibilité des effets de la norme et de la nécessaire prise en compte de la dynamique des contextes), et une dimension de participation (ce sont les acteurs plongés dans les situations que la norme prétend régir qui sont les mieux placés pour en évaluer l'effectivité).

2. Objectifs du projet au vu de l'état du débat scientifique dans le domaine concerné

Le projet vise à s'inscrire dans le prolongement des tendances qui se font jour aujourd'hui aussi bien dans l'analyse économique du droit que dans la science économique, dans la science politique et dans la sociologie dite analytique. Dans l'analyse économique du droit, émerge à présent un mouvement dit de " Behavioral Economic Analysis of Law ", autour d'auteurs tels que C. Sunstein, E. Posner, ou R. Ellickson, dont la tentative consiste à repenser l'analyse économique du droit à la lumière de la remise en cause du paradigme de l'*homo oeconomicus* qui en a longtemps constitué une des bases méthodologiques principales, en tenant compte de l'influence qu'exercent sur les comportements les normes sociales, les routines ou les conventions, et en prenant acte des limites de la rationalité des acteurs, y compris lorsque ceux-ci sont envisagés uniquement dans le cadre des rapports économiques qu'ils nouent : c'est, paradoxalement, la prétention de l'analyse économique du droit classique à contribuer à la compréhension du rôle du droit dans des domaines non strictement économiques qui a conduit à en mettre en lumière les limites, y compris sur les terrains qui lui sont plus traditionnels (droit du travail, droit des contrats, droit des biens, droit économique).

Dans la science économique, des courants hétérodoxes se font jour, dans une perspective conventionnaliste ou néo-institutionnaliste, qui reprennent et prolongent la tradition inaugurée au début du 20^{ième} siècle par des auteurs tels que A. Berle, J. Commons, J.M. Clark ou Cl. Ayres : ces courants tentent de réinscrire dans l'analyse économique des facteurs qui s'en trouvent généralement exclus et dont l'influence sur les comportements des acteurs économiques n'est pourtant pas contestable – règles juridiques, évolutions technologiques, routines de comportement, normes sociales. Parmi les auteurs les plus représentatifs de ces nouvelles tendances, l'on peut citer parmi les conventionnalistes A. Orléan et O. Favereau ; et parmi les néo-institutionnalistes, J. Agassi, L. De Alessi, D.C. North ou O. Williamson. Dans la science politique, la réflexion sur l'art de gouverner tente aujourd'hui, là encore, de dépasser un modèle formaliste de la gouvernance, qui aboutit à présupposer l'effectivité de la régulation à défaut de réfléchir pour elles-mêmes les conditions que doit satisfaire le contexte d'application des normes pour que la régulation produise effectivement les résultats qui sont attendus d'elle. Enfin, parmi les évolutions de la sociologie qui retiendront plus spécialement l'attention dans ce projet de recherche, figure la tendance, chez L. Boltanski notamment, à se faire attentifs aux récits que les acteurs proposent des situations qu'ils vivent, plutôt qu'à partir d'agrégats – de groupes sociaux –, et à prendre au sérieux les justifications que donnent de leurs comportements ceux qui les posent, plutôt qu'à substituer à ces justifications les explications que prétend en fournir l'observateur extérieur.

Trois aspects de la situation actuelle dans les sciences sociales sont à souligner particulièrement. D'abord, bien qu'ils présentent des liens évidents par le rejet qu'ils opèrent d'une démarche formaliste reposant sur un schématisme de la norme ainsi que par leur refus de fournir une explication des phénomènes sociaux à partir d'une perspective unilatérale, peu de passerelles existent entre ces courants. Un des apports attendus de la recherche est justement de recréer ces passerelles. Ensuite, on y a déjà fait allusion, les démarches qu'on a mentionnées et qui, aujourd'hui, retiennent l'intérêt, reprennent dans une certaine mesure des tentatives qui ont été faites au début du 20^{ième} siècle, aussi bien dans le droit (Réalisme juridique américain) que dans l'analyse économique (Institutionnalisme). Une des entreprises que ce pôle de la recherche permettra de conduire va consister, précisément, à rappeler cet apport, à mettre à jour les apories sur lesquelles ces tentatives ont alors échoué ainsi que les illusions scientifiques sur lesquelles elles se sont construites, afin d'en tirer les enseignements pour la réflexion contemporaine sur la régulation. Enfin, les différents courants qu'on a rappelés ont connu jusqu'à présent fort peu de traductions appliquées à des objets ou à des champs concrets, bien qu'un tel effort soit à relever dans l'analyse économique du droit. Ce sont de telles traductions qui seront tentées dans les domaines empiriques étudiés dans le cadre de cette recherche, qui sont à l'heure actuelle – mais sur ce point des évolutions ne sont pas à exclure – les discriminations dans le marché du travail, la protection des droits sociaux fondamentaux dans le contexte de la mondialisation des rapports économiques, les rapports entre génétique et vie privée dans l'emploi et dans les assurances, et enfin le respect des droits des minorités. Nos intuitions quant aux enjeux contemporains de la régulation seront ainsi mises à l'épreuve de certaines questions empiriques, qui ont en commun de porter sur les rapports entre la liberté de choix des individus, notamment dans les rapports économiques, et l'intervention de l'Etat motivée par des fins paternalistes. Notre espoir est que cette mise à l'épreuve permette de développer ces intuitions et, dès lors, de contribuer en retour aux avancées théoriques qu'on a mentionnées.

3. Description détaillée

Les différentes recherches décrites ci-dessous s'articulent donc autour d'une même question, celle des rapports entre la liberté des agents économiques dans le cadre des rapports de marché et la protection des droits fondamentaux – notamment les droits sociaux fondamentaux, y compris la règle de non-discrimination –. C'est cette question qui traduit le plus fidèlement la tension entre l'intervention du législateur et le respect du libre jeu de l'échange contractuel, qui constitue l'enjeu central de la régulation démocratique depuis l'émergence du droit caractéristique de l'Etat providence. C'est à travers les réponses qu'elles proposent à cette question que se laissent décrire

les différentes figures de l'Etat, situées entre l'Etat libéral et l'Etat providence. Notre réflexion sur la régulation démocratique devra tenter de surmonter l'opposition entre loi et contrat, et de permettre ainsi de dépasser les figures de l'Etat qui y sont liées. Cela expliquera que l'interprétation de l'exigence de non-discrimination traverse l'ensemble des recherches plus appliquées (deuxième volet des trois volets décrits ci-dessus). Telle qu'elle est posée par A. Sen, la question de l'égalité n'est pas tant celle de savoir si celle-ci est désirable – car elle constitue un objectif pour toutes les philosophies politiques aujourd'hui en présence -, ou quelle combinaison idéale souhaiter entre la liberté et l'égalité, comme s'il s'agissait là de valeurs opposées. Elle est plutôt de savoir *sur quoi* – dans quelle sphère, ou à propos de quel bien social – l'exigence d'égalité sera formulée, et spécialement, si cette exigence portera sur la liberté de nouer des contrats, sur les ressources, sur le “bien-être”, ou sur une notion telle que celle de “capacités”, que A. Sen et M. Nussbaum en particulier ont développée. L'intérêt de cette dernière notion est qu'elle formule l'exigence d'égalité comme une exigence portant sur les ressources dont l'individu va pouvoir disposer pour effectivement déployer sa liberté d'agir, y compris dans le cadre du marché. Elle vise ainsi à favoriser les conditions dans lesquelles les individus vont rechercher, dans des conditions de liberté réelle, la satisfaction de leurs préférences. C'est par là qu'elle rejoint notre hypothèse, selon laquelle une critique du marché, aujourd'hui, doit placer l'accent sur la réalisation des conditions qui vont permettre aux mécanismes du marché de fonctionner de façon non seulement efficace, mais encore conforme à certaines exigences de justice sociale.

Afin d'aborder cette interrogation dans toute son ampleur, y compris dans sa dimension historique, la recherche s'articule en trois volets.

a) Reconstruction historique : la formulation de l'hypothèse à partir des dilemmes du droit de l'Etat providence

Le premier volet est historique. Il s'inscrit dans la tradition ouverte par K. Polanyi (*La grande transformation*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1944), P. Atiyah (*The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979) ou F. Ewald (*L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1986), qui tous trois ont tenté de reconstruire la généalogie du droit de l'Etat providence et d'identifier les étapes de la progressive remise en cause de l'autonomie de la sphère des rapports économiques. Mais ce volet de la recherche exposée ici propose non seulement de suivre cette transformation dans le droit américain, notamment à travers les programmes préparant puis constituant le New Deal, mais également de repérer dans la jurisprudence américaine les indices de cette transformation. Ce travail est déjà entamé. Il relie les évolutions du droit, jurisprudentielles et, à travers le Réalisme juridique, doctrinales, aux évolutions internes de la discipline économique, en montrant l'anticipation des programmes législatifs du New Deal dans les travaux de Mitchell, Ayres, ou Commons.

b) L'hypothèse mise à l'épreuve de quatre champs empiriques

Le second volet est empirique. L'approfondissement de quatre questions matérielles permettra de mettre à l'épreuve notre hypothèse centrale.

Cette hypothèse est qu'au-delà de l'antinomie entre marché et intervention publique – ceci pour schématiser à l'extrême les positions idéologiques qui se font face -, il faut réfléchir une régulation qui se donne pour objectif non pas seulement de remédier aux imperfections du marché (market failures), ou de corriger les inégalités qui résultent des rapports de marché par une politique redistributive, mais d'aménager le contexte dans lequel les mécanismes de marché vont pouvoir déboucher sur des résultats satisfaisants – ce par quoi cette régulation est en même temps une critique du marché, en tant que celui-ci constitue un système d'allocation des ressources qui suppose réalisées certaines conditions sans s'interroger sur les instruments propres à faire advenir ces conditions.

Le premier terrain est celui de la lutte contre les discriminations dans l'emploi. Les solutions qui se fondent sur la liberté contractuelle des agents économiques, comme celles que proposent R. Epstein et, dans une certaine mesure, G. Becker et K. Arrow – qui parient sur la capacité du marché à purger celui-ci des comportements discriminatoires qui y ont leur siège -, échouent ; mais échouent également les approches qui imposent l'interdiction de discriminer sans tenir compte de l'utilité économique que la discrimination peut présenter aux yeux de ceux qui la pratiquent, comme l'illustrent le phénomène de la discrimination dite "statistique" (E. Phelps, G. Akerlof) ou la prise en compte, dans les décisions de recrutement ou de promotion, des goûts de la clientèle ou des collègues de travail (C. Sunstein, E. Posner). Notre projet est ici de définir les conditions d'une politique de lutte contre les discriminations qui *à la fois* prend acte de l'insuffisance du repli sur les seuls mécanismes de marché, *et* de la nécessité, pour qu'une telle politique soit véritablement efficace, de créer les conditions pour que les agents économiques, y compris dans des conditions où leur liberté serait préservée, ne soient pas tentés de recourir à la discrimination.

Le second terrain est celui de l'influence qu'exerce, sur les droits de l'homme et plus particulièrement sur la protection des droits sociaux fondamentaux, la mondialisation des rapports économiques. La question de la dérégulation compétitive, c'est-à-dire la tentation pour les Etats de diminuer la protection des droits sociaux sur leur territoire afin de favoriser la compétitivité des entreprises qui y opèrent et, donc, d'attirer à eux des investissements, est ici la question centrale. Mais notre hypothèse permet d'aborder cette question, qu'ont éclairée notamment les travaux de W. Sengenberger et Lord Wedderburn, de manière renouvelée. Quelles conditions doivent être réalisées pour que l'instrument de la dérégulation compétitive ne soit plus tentant pour les Etats qui menacent d'y recourir ou qui y ont effectivement recours ? L'on tentera ici de formuler des propositions visant à accompagner l'imposition de normes universelles dans le domaine des droits sociaux (interdiction du travail des enfants, liberté syndicale, interdiction du travail forcé, non-discrimination) par des politiques transformant le contexte dans lequel ces droits doivent être mis en œuvre. L'accent sera mis sur les travaux des économistes (A. Sen) et de juristes (Ph. Alston, D. Campbell, B. Hepple) qui ont tenté, le plus explicitement, de construire ce lien, ainsi que sur les indices d'une telle manière de réfléchir l'effectivité des droits sociaux dans le cadre des Nations Unies ou de l'Organisation internationale du travail.

Le troisième terrain est celui de la génétique, et des discriminations que celle-ci peut amener dans l'emploi et dans les assurances. La formulation que cette question reçoit amène naturellement à revisiter le dilemme entre marché et droits fondamentaux : à travers la réaffirmation des garanties du droit au respect de la vie privée et l'exigence de non-discrimination, l'on peut sans doute vouloir protéger les individus au patrimoine génétique moins favorable de diverses formes d'exclusion de biens sociaux ; mais c'est interdire en même temps, aux individus ayant un patrimoine génétique meilleur, d'être récompensés, alors qu'ils font courir à l'employeur, ou à l'assureur, un risque moindre ; surtout, l'impossibilité pour l'employeur ou l'assureur de calculer le risque qu'ils courent, cette impossibilité résultant de l'absence de transparence du patrimoine génétique des personnes, peut conduire à des résultats suboptimaux, et à une allocation des ressources moins efficace que celle qui résulterait d'une parfaite information des parties ; enfin, la tentation se fera jour, dans le chef de l'employeur ou de l'assureur, de se replier sur d'autres indices dans la prise de décision, qui pour n'être pas fondés sur le patrimoine génétique des personnes n'en seront pas moins discriminatoires, d'autant plus qu'ils seront fondés sur des corrélations par hypothèse non vérifiées dans le chef de l'individu que la décision affecte (prise en compte des antécédents familiaux, de la race ou de l'origine ethnique, du mode de vie). On le voit : ne sont des solutions pleinement satisfaisantes ni le secret absolu du patrimoine génétique, ni la soumission des informations génétiques aux lois de l'échange marchand ; il faut se mettre en quête de dispositifs qui garantissent que le recours aux mécanismes du marché, dans la mesure où il est autorisé, ne conduise pas à des exclusions inacceptables du point de vue de nos conceptions de ce qu'exige la justice sociale.

Enfin, le quatrième terrain est celui des rapports qu'entretiennent le droit des minorités et les droits de l'homme. La difficulté centrale est ici que, s'il s'impose de garantir la liberté des individus de

choisir ou non de perpétuer le mode de vie ou les traditions dont ils héritent en tant que membres de telle minorité, cette “ liberté de choix ” risque d’être purement formelle si elle n’est pas aménagée de manière à la rendre effective : l’individu peut n’avoir pas véritablement le choix de rompre avec telle tradition ou, au contraire, de la perpétuer, tant les deux branches de l’alternative qui se présente à lui sont disproportionnées l’une par rapport à l’autre. Il faut donc réfléchir le contexte dans lequel cette liberté de l’individu peut être exercée afin qu’elle préserve un équilibre adéquat entre la possibilité pour l’individu de s’émanciper des traditions qui sont celles de sa communauté d’appartenance, d’une part, et le droit d’une minorité à voir respectée son identité propre, d’autre part. Comment, dans ces conditions, concrétiser ce qu’implique l’exigence de neutralité qui s’impose à l’Etat ? Cette neutralité exclut que l’Etat puisse enfermer les personnes dans les groupes d’appartenance auxquels leur ascendance les rattache ; mais elle exclut également que l’Etat laisse opérer des mécanismes qui aboutissent à détruire ces appartenances y compris lorsque cette conséquence n’est pas souhaitée pour elle-même, mais résulte par exemple des règles relatives à l’aménagement du territoire (cas des tsiganes), de certains modes d’organisation du travail (cas des minorités religieuses qui ne pourraient obtenir un aménagement des conditions de travail afin de respecter les prescrits de leur foi) ou, par exemple, de l’enseignement (impossibilité pour les membres d’une minorité dispersés sur un territoire d’obtenir la création d’un établissement scolaire conforme à leur conception de l’éducation). La neutralité de l’Etat – c’est ainsi qu’on la définira provisoirement – suppose que l’Etat intervienne affirmativement afin de créer les conditions d’un libre choix effectif de l’individu, entre la préservation des traditions religieuses, linguistiques, ou autres, de la minorité à laquelle il appartient, et l’abandon de celles-ci. Ici encore, il s’impose de dépasser l’opposition entre un retrait de l’Etat (le sort d’un groupe minoritaire au sein de la population est abandonné au hasard des évolutions que les modes d’organisation sociale subissent) et une intervention de l’Etat qui aurait pour objectif la préservation de modes de vie traditionnels (sans égard à la nécessité concomitante de préserver la réalité du choix individuel) : l’Etat doit intervenir sans doute, mais afin de faire advenir un contexte dans lequel l’on pourra reconnaître à l’exercice que l’individu fait du choix qui lui est laissé, la signification à laquelle il prétend. L’Etat neutre est celui qui crée des conditions telles que les préférences exprimées par l’individu peuvent être reliées, de manière plausible, à ses préférences authentiques.

c) Reconstruction théorique : la reprise et l’approfondissement de l’hypothèse

Le premier volet (de reconstruction historique) sera conduit par O. De Schutter en 2002 et 2003. Le second volet sera conduit par plusieurs chercheurs associés au Centre de philosophie du droit ou effectuant des recherches doctorales sous la direction d’O. De Schutter entre 2002 et 2005. Il donnera lieu à la préparation de quatre thèses de doctorat en droit. La forme que prendra ce troisième volet de la recherche n’est pas encore arrêtée. Il s’agira d’une démarche réflexive et d’ambition clairement théorique : à la lumière des champs précités, il s’agira de dégager certains enseignements généralisables, et susceptibles, on peut l’espérer, d’être transposés à d’autres champs. Il n’est pas exclu qu’il soit fait appel à des collaborations extérieures pour approfondir certains aspects de cette dernière partie de la recherche.