ENSEIGNER LE CAS COMME LABORATOIRE DE LA DÉLIBÉRATION ÉTHIQUE ET JURIDIQUE

François OST
Université Saint-Louis – Bruxelles

***Abstract**: This colloquium intends to take another look at the relation between law and moral and political philosophy. It offers to bring light to the many connections between the two spheres, but also to identify he particularities of the world's juridical construction and therefore the law's contribution to the ethical and political thinking. This contribution pays particular attention to the fact that the legal solution comes more often from the case than from the rule: this does not mean that the judge give up the generality of the solution, but that it is necessary to construct it, to imagine it, according the Kantian method of reflective judgment from the case's features (I). On this basis, this contribution displays different pedagogical experiences completed in law and literature classes, with a focus on cases studies and on the controversies they produce, with the aim to bring out a criterion that can be generalizable and a just solution doing justice to the singular situation of the litigants (II).*

Le colloque entend revisiter les rapports du droit et la philosophie morale et politique. Il se propose de mettre en lumière les points de contact nombreux entre les deux sphères, mais aussi de dégager les spécificités de la construction juridique du monde et donc l'apport du droit à la réflexion éthique et politique. La présente contribution tente de répondre à cette question en insistant sur le fait que la solution juridique dérive plus souvent du cas que de la règle ; non qu'elle renonce à la généralité, mais qu'il faille la construire, l'imaginer même, selon la méthode kantienne du « jugement réfléchissant », à partir des spécificités du dossier (I). Sur cette base, on présentera différentes expériences pédagogiques, menées dans des cours de « droit et littérature », centrées sur l'étude des cas, et des controverses qu'ils suscitent, en vue de dégager un critère généralisable et une solution juste faisant droit à la situation singulière des plaideurs (II).

I. Du « cas » au « jugement réfléchissant »

A. Premier balisage : raisonnement pratique en situation et spécificité du « cas »

Tenons pour acquis que le raisonnement juridique s'analyse comme un jugement pratique en situation : il en va ainsi du législateur qui tente de définir la meilleure règle générale dans tel contexte pour faire face à tels besoins, et avec tels objectifs, et du juge ou de l'administrateur appelés à décider dans le cadre

de tel dossier particulier. La double spécificité du jugement pratique en situation – par rapport au syllogisme théorique classique qui, à tort, apparaît presque toujours comme le seul modèle correct de raisonnement – est de déboucher sur une résolution d'action à partir de prémisses dont la liste reste toujours virtuellement ouverte. La question qui se pose ici n'est pas de savoir « s'il est correct que la loi dispose que », ou de savoir « s'il est vrai que tel principe moral interdit ou autorise ceci ou cela » – à la rigueur, (et sans rappeler ici les inévitables questions d'interprétation de la loi et du principe), on peut tenter de répondre à ces questions par une inférence syllogistique. L'acteur qui pose un jugement pratique en situation se pose plutôt la question « dans ce cas-ci que dois-je décider ? ». Il s'agit de choisir, de se déterminer, et de s'engager personnellement dans ce choix. Le contexte est celui d'une pragmatique du jugement plus que celui d'une inférence théorique. Sans doute est-il « correct » que l'article untel dispose comme ceci ou comme cela, mais en quoi cette considération est-elle pertinente pour moi en l'espèce ? Or, et voici la seconde spécificité, ce type de jugement ne peut s'offrir le confort de partir d'une ou de plusieurs prémisses préétablies qui s'offriraient comme naturellement au raisonnement. L'acteur en situation pragmatique de choix n'est jamais assuré d'avoir intégré toutes les données pertinentes pour résoudre de façon judicieuse le cas qui lui est soumis. Très vite il sera confronté à un faisceau de règles et de principes, toujours partiellement indéterminés et virtuellement contradictoires, à une pluralité d'intérêts et de valeurs entre lesquels il faudra faire des choix et établir des priorités, selon une démarche délibérative et pas seulement déductive, et sans jamais pouvoir garantir que toutes les circonstances pertinentes ont été prises en compte, ni toutes les valeurs importantes ménagées.

Vincent Descombes, auquel nous empruntons cette analyse, illustre sa démonstration à l'aide de la fable de La Fontaine, *L'ours et l'amateur des jardins* (notons au passage le rôle de la fiction littéraire en ce point essentiel du propos)[1] : un ours est chargé de veiller sur le sommeil de l'amateur des jardins ; une mouche importune ne semble pas vouloir quitter le nez du dormeur ; qu'à cela ne tienne, voilà notre ours qui empoigne un pavé, et « non moins bon archer que mauvais raisonneur, raide mort étendu sur la place il le couche ».

Pourquoi l'ours est-il qualifié de « mauvais raisonneur » ? Parce qu'il s'en tient à un syllogisme théorique qui, à partir d'une prémisse unique (il faut préserver le sommeil du dormeur), le conduit à une solution aussi logique que destructrice. S'il s'était donné le temps de la délibération, il aurait compris que la mission qui lui était impartie ne devait pas se réaliser *à tout prix*, et que d'autres objectifs, restés implicites, étaient plus importants encore. Ou encore, que s'il était *correct de penser* que sa mission lui commandait de chasser la mouche, il n'était certainement pas *judicieux de décider* de le faire en tuant le dormeur du même geste. Mais c'est

[1] V. Descombes, *Le raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique*, Paris, Seuil, 2007, p. 119.

trop demander à un ours de faire preuve de prudence aristotélicienne (ajuster les moyens aux fins dans des contextes toujours différents), ou d'admettre avec Wittgenstein qu'aucune théorie ne contient (sauf *regressus ad infinitum*) de théorie sur la manière d'appliquer ses propres règles.

Et pourtant, notons-le au passage, nous n'arrêtons pas de croiser des ours moraux et des ours politiques. L'ours moral pourrait être le tenant de l'éthique des convictions, dans la célèbre dichotomie de Max Weber opposant la dite éthique des convictions (celle de la « belle âme » accrochée sans concession à la rigueur de tel ou tel principe – *pereat mundus fiat justitia*) à l'éthique de la responsabilité (celle du décideur en situation, contraint, à son corps défendant, de concilier divers impératifs, tous pertinents en l'espèce)[2]. Quant à l'ours politique, on le rencontre sous la figure du fanatique idéologique, qui, tenant d'une doctrine monolithique et assuré de détenir la vérité sur le cours de l'histoire (faut-il donner des exemples ?), ne reculera devant aucune conséquence pour assurer la réalisation dans le réel de cette projection théorique. On sait aussi qu'une critique du pouvoir bureaucratique prolonge cette critique du totalitarisme : l'un et l'autre partageant ce que Descombes appelle l'« illusion nomocratique »[3], la croyance erronée en la toute puissance des lois – des normes dont le bureaucrate se croit autorisé de faire une application mécanique – la division des tâches et la déduction des instructions le dispensant de toute responsabilité de juger par lui-même (Eichmann ne raisonnait pas autrement).

Reprenons la question : « pourquoi l'ours est-il mauvais raisonneur ? ». Réponse : parce qu'il part de la règle et non du cas ; il s'en tient à ce qui est le plus simple et à ce qu'il connaît : son ordre de mission ; le malheur est que, *en l'occurrence*, la réalité ne lui demande pas « quel est ton devoir ? », mais « *dans le cas présent* comment remplir au mieux ta mission ? ».

C'est donc le cas qui en appelle au jugement pratique.

Le cas (du latin *casus*, participe passé substantivé de *cadere*, tomber) est ce qui tombe bien ou mal, à pic, à point nommé ou à côté (à côté de la loi par exemple). Le cas est à la fois l'événement imprévu, parfois exceptionnel, qui « pose question, déjoue une attente, et appelle donc un cadre nouveau susceptible de redéfinir la normalité et les exceptions »[4]. Comment un ensemble de faits bruts se transforment-ils en cas ? Deux traits sont nécessaires, expliquent J. Cl. Passeron et J. Revel : la singularité d'un « état de choses » est construite, irréductible à un exemplaire (le précédent, le modèle légal, le cas de figure paradigmatique), et cette construction passe par une histoire, au double sens d'un historique qui

---

2 *Ibidem*, p. 85 s. (discussion avec R. Aron, L. Strauss et M. Weber).

3 *Ibidem*, p. 287s. (discussion de C. Castoriadis).

4 J.-Cl. Passeron et J. Revel, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », in J. Cl. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas*, Paris, Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2005, p. 10s.

rappelle le contexte de son émergence, et d'un récit qui en configure le sens[5] – par où s'atteste à nouveau le rôle cardinal tenu par le récit dans notre problématique.

Forts de leur expérience au sein d'un comité d'éthique, A. R. Jonsen et St. Toulmin expliquent le dilemme ruineux auquel confronte le traitement des « cas », et suggère une troisième voie susceptible de le surmonter [6]. Tantôt la singularité, apparemment irréductible, du cas conduit les décideurs à une position radicalement relativiste qui supprime la discussion en renvoyant chacun à la subjectivité de ses préférences. Tantôt le cas est envisagé sous l'angle de tel ou tel principe absolutisé ne souffrant ni exception, ni restriction (à la manière de la feuille de route de l'ours), et la discussion devient également impossible, chacun campant dans une position dogmatique fermée à toute espèce de modulation qui conduirait à une solution *mesurée*. Comme l'ours de la fable, les zélotes des principes réduisent le débat éthique à la mise en œuvre d'un code de règles et de principes, alors même que ces règles ne disent rien des conditions de leur mise en œuvre, et que c'est précisément au plan de la mise en œuvre que se pose le problème normatif inédit. Comme toujours, c'est la fascination du modèle théorique dit « hypothético déductif » qui, fascinant l'esprit occidental, fausse le débat et barre la route d'une solution juste et pragmatique. Car, tel est le paradoxe noté par nos auteurs, c'est précisément au moment où les membres de ces comités éthiques suspendaient leurs positions de principe redevables aux chapelles respectives auxquelles ils appartenaient, qu'ils s'acheminaient sur la voie d'une solution acceptable – une solution inspirée par une sorte d'intuition commune de ce que requérait la situation *in casu*. Autrement dit, un accord pouvait se dégager sur des recommandations pratiques particulières, sur fond même de désaccord théorique au plan des principes[7] ; de toute évidence quelque chose avait opéré entre acteurs de bonne volonté – quelque chose de l'ordre de l'imagination, que nous développerons dans la suite en parlant de jugement réfléchissant ?

Ainsi donc se dégage une troisième voie entre l'absolutisme des principes et le relativisme des choix subjectifs. Cette troisième voie, celle de la casuistique, mobilise un esprit de prudence qui demande qu'une attention extrême soit portée aux circonstances particulières, autrement dit, un sens de la mesure qui introduit des degrés, des délais et des transitions et finalement une attention vigilante aux différences afin de ne pas écraser le particulier sous la généralité de catégories peu affinées.

---

5 *Ibidem*, p. 16s.

6 A. R. Jonsen et St. Toulmin, « A quoi sert la casuistique ? », in *Penser par cas, op. cit.*, p. 95 s.

7 *Ibidem*, p. 107s.

Alors que le raisonnement sur la base de règles travaille « toutes choses égales par ailleurs », en suspendant artificiellement toute perturbation conflictuelle, le raisonnement par cas affronte la contingence et la variété des contextes, humains et sociaux, d'élaboration de la solution. Le raisonnement par règles pousse très loin la « stylisation » de la situation à régler, et ce, en mobilisant des arguments qui se réfèrent à des catégories idéalisées, des considérations intemporelles, des vérités nécessaires ; à l'inverse, le raisonnement par cas s'immerge dans le réel en usant d'arguments concrets, temporels et dotés d'une validité seulement présomptive[8]. Le « toutes choses égales par ailleurs » produit des modèles abstraits et ne s'accommode que des « cas d'école » ; à l'inverse, le raisonnement prudentiel, travaillant en quelque sorte « sans filet » plonge dans la singularité du cas réel pour tenter d'en dégager une orientation normative. La démarche est de part en part temporelle au sens où elle mobilise une temporalité ouverte et évolutive, et non le temps figé des abstractions logiques ; si elle prend appui sur l'expérience du passé et le trésor des « précédents », elle se montre très vigilante à l'égard des spécificités du cas présent, qui pourraient bien justifier une altération de la solution acquise, de sorte que la révision toujours possible (autrement dit l'acceptation de la rupture de l'événement – je reviendrai plus loin sur cette conception du procès comme événement) est une clause inhérente à toute solution qu'elle adopte.

On en revient ainsi au lien fort, souligné par Passeron et Revel, qui s'établit entre le cas et l'histoire qui, non seulement le relate, mais le formate et lui imprime un sens. Tout se passe comme si le cas n'existait qu'à travers le récit de sa genèse et de ses particularités, l'histoire de son contexte et de ses transformations. Je reviendrai sur cette mise en récit du cas (Boltanski et Thévenot parlent du « rapport », au sens de consignation ou de procès verbal, qu'exige l'épreuve du jugement), qu'il suffise ici d'évoquer, avec P. Ricoeur, la « perlaboration » dont font l'objet les cas psychanalytiques, objets de la cure décrite par Freud, c'est-à-dire, plus exactement, des cas construits par l'analyste et le patient au travers d'une patiente mise en intrigue[9].

Le juriste Yan Thomas confirme ces analyses à partir de la pratique de juristes du Moyen Âge, héritiers du *Digeste* romain, à la trame du récit duquel ils s'employaient à rattacher les *casus* qui leur étaient soumis, sous la forme de *questiones ex facto emergentes*. Ainsi la lente élaboration du concept d'institution, visant l'existence autonome de collectivités (cités, communautés monastiques, confréries) a progressivement émergé du patient enchaînement de questions de plus en plus spécifiques, rattachables les unes aux autres par analogie : qu'advient-il par exemple des biens d'une collectivité réduite à quelques membres très âgés ? ou lorsqu'ils tombent dans le patrimoine du seul survivant ? et quid si la communau-

8 *Ibidem*, p. 112 s.

9 J.-Cl. Passeron et J. Revel, *loc. cit.*, p. 25.

té ne compte plus aucun survivant ? (Variante : un navire complètement rénové au cours de la même traversée est-il le « même » navire ?).

Du jour où les glossateurs posèrent que la communauté survit à son ultime représentant et qu'elle est susceptible de renaître dans la suite (avec fiction de continuité temporelle), le concept d'institution était né. Ainsi le cas le plus limite s'avérait-il porteur de la solution la plus féconde et la plus générale. Le coup de force imaginatif – ici la fiction d'une personne morale survivant aux êtres de chair – créait de toutes pièces la solution attendue. Évoquant cette « trame casuistique », Yan Thomas pointe avec perspicacité ses ressorts analogiques et narratifs :

> il s'agissait d'« étendre les réseaux d'analogie tissés d'un cas à l'autre, du cas médiéval au cas romain, associant des choses aussi disparates que le couvent, la cité, le troupeau, le navire, le patrimoine, l'hérédité jacente ; […] On voit ainsi se mettre en place des configurations à première vue étranges d'objets qui ont en commun d'avoir suscité non pas une même norme, mais un même type de récit exemplaire, une sorte d'intrigue matricielle à laquelle les juristes du Moyen Âge finissent par rattacher, sur le mode des références croisées d'un texte à l'autre, tout ce que les jurisconsultes romains avaient pu dire des collectivités réduites à l'unité ou même à rien. Un même cas-limite opérait comme récit exemplaire pour contraindre à postuler un mode fictionnel des institutions »[10].

Une courte nouvelle de B. Brecht, intitulée *L'exception et la règle*, illustre bien la force des préjugés qui, le plus souvent, nous éloignent de la solution juste en raison de notre incapacité à faire droit à l'exception en nous écartant du *plerumque fit* de la règle habituelle[11].

L'histoire raconte comment, lors d'une expédition dans le désert, un commerçant sans scrupule inflige des traitements odieux à son guide-porteur (coolie). Finalement il en vient à l'abattre, convaincu que, ivre de vengeance, le coolie allait le tuer lui-même, alors même que l'histoire démontre l'absence totale d'un tel sentiment dans le chef du porteur. Rien, en effet, ne laissait présager un tel geste de sa part ; au contraire, le coolie s'était approché de lui porteur d'une gourde contenant les dernières gorgées d'eau. À l'arrivée, le marchand est poursuivi, mais celui-ci, qui pourtant avait tiré le premier, est acquitté au motif de légitime défense.

---

[10] Y. Thomas, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in *Penser par cas, op. cit.*, p. 72.

[11] B. Brecht, « L'exception et la règle », in *Théâtre complet*, Paris, L'arche, 1969, t. 3, p. 7 s.

Le juge s'en tient à la loi – ici l'inéluctabilité de la loi du talion ; pas une seconde, il n'accepte d'envisager l'hypothèse de l'absence de ressentiment dans le chef du *coolie*. Ses préjugés se traduisent déjà dans la manière dont il s'adresse au marchand ; ce bref dialogue en témoigne :

> le juge : « À vrai dire ces policiers ne tirent tous que par peur. Et qu'ils aient peur est une preuve de bon sens. Vous vouliez dire que vous ne pouviez pas savoir que le coolie constituait une exception[12].
>
> le marchand : Il faut s'en tenir à la règle et pas à l'exception ;
>
> le juge : Oui, c'est çà : quel motif aurait eu ce coolie de donner à boire à son tortionnaire ? […] La règle est : œil pour œil, dent pour dent ! Le fou attend l'exception. Que son ennemi lui donne à boire, le sage n'y compte pas ; […] Maintenant nous allons délibérer » [13].

On ne s'étonnera donc pas du verdict finalement prononcé : « le marchand ne pouvait croire à un acte de camaraderie de la part de ce porteur que, de son propre aveu, il avait torturé […] L'accusé a donc agi en état de légitime défense. L'accusé est donc acquitté »[14].

On laissera le chœur des acteurs tirer la morale de cette histoire :

> « Ainsi finit l'histoire d'un long voyage. Vous avez vu et vous avez entendu.
> Vous avez vu ce qui est habituel, ce qui se produit sans cesse.
> Mais nous vous en prions :
> Ce qui n'est pas singulier, trouvez-le surprenant !
> Ce qui est ordinaire, trouvez – le inexplicable !
> Ce qui est habituel doit vous étonner.
> Discernez l'abus dans ce qui est la règle
> Et là où vous avez discerné l'abus
> Trouvez le remède ! » [15]

B. L'imaginaire ou le travail du jugement réfléchissant

On l'a vu : la difficulté soulignée par tous les auteurs étudiés consistait dans le frayage d'une troisième voie entre les prétendues certitudes de la loi (certitudes à la fois introuvables, et, pis encore, violentes pour ceux condamnés à les subir dans le cas des différends) et la simple subjectivité du juge ou des décideurs qui ne se détermineraient qu'en fonction de leurs intérêts particuliers. Cette troisième

12 *Ibidem*, p. 28.
13 *Ibidem*.
14 *Ibidem*, p. 30.
15 *Ibidem*.

voie entre le déterminé (générateur de connaissances apodictiques et d'impératifs catégoriques), et le totalement indéterminé, entre l'inconditionné et le trop conditionné, entre l'universel-nécessaire et l'irréductiblement particulier-contingent, Kant tente de la tracer en observant le fonctionnement de ce qu'il appelle la *faculté de juger*, dont le jugement de goût, dans le domaine de l'esthétique, présente l'archétype[16]. (Notons au passage, une fois encore, le caractère heuristique de la fiction artistique pour penser le jugement réfléchissant).

Le jugement de goût (« ceci est *beau* »), s'il est subjectif et porte sur du particulier, se distingue, en effet, du jugement de l'agréable (« ceci me plaît »), qui lui, reste irréductiblement singulier (« des goûts et des couleurs, on ne discute pas ») – c'est que le jugement de goût comporte comme une prétention (voire une injonction) de l'adhésion des autres. Comme si le sujet, en exprimant un jugement subjectif, se réclamait de l'objectivité du phénomène décrit, en l'absence même d'une quelconque attestation d'une telle objectivité. Comme si le singulier prétendait à la nécessité et l'universalité.

Avec le jugement de goût, Kant tentait donc de penser le saut entre particulier et universel, ou – mieux encore, la construction même d'un universel ne résultant ni d'un concept, ni d'un principe déjà disponibles ; la faculté de juger, tel est son pari, devrait bien contenir « sinon une législation qui lui soit propre » (comme c'est le cas pour l'entendement théorique et la raison pratique), « du moins *un principe particulier pour chercher des lois* » – je souligne[17].

Revenons au jugement esthétique : « *ceci est beau* » – un tel jugement est « sans concept », explique Kant (il ne relève pas de la logique, mais du plaisir esthétique)[18], et subjectif ; mais le plaisir subjectif ainsi exprimé est pourtant désintéressé (à la différence du « *ceci me plaît* » portant sur l'agréable), et comporte par ailleurs la prétention de valoir « satisfaction universelle » – voilà donc le paradoxe : un jugement subjectif à prétention universelle (Kant use de cet oxymore : « un jugement *universellement subjectif* »[19]) ; mais comment prétendre à l'assentiment des autres à propos d'un jugement subjectif[20] ?

---

16 E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, traduction par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993. Pour un commentaire approfondi en rapport avec le droit, cf. J. Allard, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 81s.

17 *Ibidem*, p. 37.

18 Ou, plus précisément, le jugement de goût présuppose bien un concept (sinon il resterait radicalement subjectif et ne pourrait prétendre à l'assentiment des autres), mais ce concept reste indéterminable, et ne procure ni preuve, ni connaissance certaine. Ce qui permettra à Kant de préciser que, du goût, on peut certes discuter (échanger des prétentions en cherchant l'assentiment, « avec l'espoir de parvenir à un accord »), mais pas disputer (argumenter à l'aide de preuves contraignantes) : § 56, Antinomie du goût.

19 E. Kant, *op. cit.*, p. 110.

20 *Ibidem*, p. 63-83.

Kant aborde cette difficulté centrale en distinguant deux types de jugement[21] :

– le jugement *déterminant* subsume le particulier sous un universel déjà disponible (comme un juge applique la loi générale et abstraite à un cas particulier). Dans la *Critique de la raison pure*, Kant avait décrit ainsi le fonctionnement du schématisme transcendantal, œuvre de l'imagination qui procure à un concept de l'entendement son image particulière. Ici, l'assentiment d'autrui est évident et même contraint.

– le jugement *réfléchissant* tente, quant à lui, de dégager une règle universelle à partir d'une réalité singulière. La *réflexion* opère donc à l'inverse du schématisme transcendantal : il s'agit, cette fois, de procurer à une image particulière une signification nécessaire et partagée (universelle)[22]. Ici, l'assentiment d'autrui reste problématique.

Dans le premier cas, le jugement dispose du critère d'application de la règle générale au cas particulier ; dans le second, le critère fait défaut et la règle reste à construire. Voilà donc que le sujet va devoir *penser* par lui-même, découvrir et la règle généralisable, et le critère d'application. Penser à rebours, en quelque sorte, en se demandant « de quelle règle le cas dont je suis saisi est-il l'application ? ». Avec, pour seul guide et viatique, l'intuition suscitée par le phénomène singulier – ici l'émotion esthétique engendrée par l'objet qui me le fait juger spontanément beau (je transpose au juge : le cas qui intuitivement le fait s'écrier « c'est injuste »). Ici, c'est le jugement particulier (« *cette* rose est belle ») qui engendre en quelque sorte le prédicat « beau », plutôt que l'inverse (une règle générale du beau est appliquée à une fleur particulière). Si on transpose au droit, on pourra dire que nous sommes ici au plus près de la genèse de la règle, non « par le haut » comme l'édiction d'une loi par une autorité constituée, mais plutôt « par le bas », par les acteurs eux-mêmes (comme c'est le cas dans le processus coutumier ou l'émergence d'une règle jurisprudentielle) : c'est la réitération de jugements particuliers (avec cependant le sentiment qu'il s'agit de droit : *opinio iuris*, l'équivalent d'un jugement du beau) qui génère la règle.

Pour réaliser le « passage impossible » et lancer dans le vide le pont médiateur du jugement réfléchissant, Kant ne s'accorde d'autres ressources que deux présupposés qu'il entrevoit à l'oeuvre au creux même de son jugement de goût. Deux présupposés dont la fonction, on le rappelle, consiste à découvrir « quand même » de l'universel dans les plis d'un jugement subjectif. Je qualifie le premier présupposé de substantiel, et le second de procédural. Pour faire bref, on pourrait dire que le premier présupposé tient « qu'il y a du sens plutôt que rien », tandis

21 *Ibidem*, p. 39.

22 A. Philonenko, « Introduction » de sa traduction de la *Critique de la faculté de juger, op. cit.*, p. 11 et s.

que le second soutient que ce sens est « commun » (*sensus communis*) dans la mesure où il doit être supposé partagé par tout être pensant.

Je serai très bref quant au premier qui demanderait des développements incompatibles avec la taille de cette contribution. S'il est vrai que l'infinie diversité de l'expérience rend impossible la détermination de lois *a priori* de la nature, et que pourtant l'homme n'a jamais cessé de tenter d'en pénétrer les mystères, alors c'est qu'il faut nécessairement que le sujet se donne à lui-même un principe transcendantal qui présuppose quelque chose comme l'unité de la nature dans sa diversité. Sans doute, ce présupposé ne s'applique-t-il pas à la nature elle-même, qui, dans son infinie complexité, résiste à une telle législation – il s'agit plutôt d'un principe transcendantal que la faculté de juger se donne à elle-même comme un présupposé nécessaire à sa tentative de « *chercher des lois* » (*supra*)[23]. Ce principe se donne des allures de pari pascalien en cela qu'il tient pour le sens plutôt que l'absurde et le non-sens, dans le déchiffrage que l'esprit tente de la nature. Kant ne parle pas de « sens », mais de « fin » et de « finalité » – la fin étant l'accord entre le concept et le fondement d'une chose[24], comme si la chose, par sa structure, sa place et son rôle dans l'ensemble, répondait au dessein global de la création, que Kant fait culminer, dans les célèbres § 83 et 84 de la *Critique de la faculté de juger*, dans la considération de l'homme qui, par son aptitude au supra-sensible et sa capacité de liberté, est seul à participer au « règne des fins »[25].

Sans qu'il dispose le moins du monde de concepts déterminés et de lois certaines pour rendre ce présupposé ultime directement opératoire, le sujet est néanmoins amené à le mettre implicitement en œuvre dans son expérience du monde, comme un présupposé nécessaire. Et si, d'aventure, il rencontre des exemples de cette convenance ou harmonie entrevue (l'unité de la nature dans sa diversité), il en éprouve un plaisir[26] qui, pour désintéressé qu'il soit, n'en est pas moins la confirmation de la validité du jugement (subjectif) réfléchissant mis en œuvre : dans tel cas au moins, le pari paraît validé, le phénomène particulier semble recevoir un sens le rattachant à une intelligibilité plus large, laissant entrevoir un ordre universel.

Le pont jeté sur l'abîme séparant le particulier de l'universel suppose cependant un second pilier, d'ordre, si on peut dire, procédural : en effet, le jugement réfléchissant présuppose encore l'intersubjectivité (la « sociabilité » kantienne) comme son milieu d'effectuation aussi bien que de validation. Dire que « *cela est beau* » (– je transpose : « *cela est juste* ») n'a de sens que comme un message

23 E. Kant, *op. cit.*, p. 39-40.

24 *Ibidem*, p. 41 et s.

25 On peut également se rapporter au § 59, conclusif de la première partie de l'ouvrage, qui explique que la faculté de juger se donne à elle-même la loi et se rapporte au suprasensible « en lequel le pouvoir théorique s'allie en une unité avec le pouvoir pratique d'une manière commune à tous et inconnue ».

26 *Ibidem*, p. 45, 48 et s.

adressé à d'autres hommes, un message rendu possible par leur présence, mais aussi s'adressant à eux avec la prétention de recueillir leur assentiment (souvent aussi dans le but de les convaincre)[27], comme si, mis en présence de cette chose, eux aussi devaient conclure à sa beauté (sa justice). Pour subjectif qu'il soit, le jugement réfléchissant émet donc une prétention normative à la nécessité, qui signe aussi son universalité : tous *devraient* conclure dans le même sens, tous *devraient* se réjouir de la sorte d'épiphanie de la finalité (du sens global) que révèle tel phénomène particulier[28].

Kant présuppose donc un *sensus communis* – faculté dont tout être humain digne de ce nom, c'est-à-dire doué de dignité, est présupposé doté : c'est ce « sens commun » qui, tout à la fois, rend possible le jugement réfléchissant et le valide[29]. Non qu'il s'agirait pour le sujet s'apprêtant à prononcer un jugement de goût, de s'enquérir au préalable des inclinations statistiques de la majorité : cette sorte de preuve statistique ne présente ici aucune pertinence. C'est qu'il s'agit, en l'occurrence, de validation normative et non de confirmation factuelle ; tout se passe donc plutôt comme si le sujet, risquant son jugement réfléchissant, se mettait à la place de tout autre, et intégrait son jugement potentiel dans sa propre réflexion – c'est ce que Kant appelle la « pensée élargie », en application de la deuxième maxime de la faculté de juger : « penser en se mettant à la place de tout autre »[30]. On le répète : il s'agit moins de s'« aligner » sur le jugement majoritaire, que de « réfléchir sur son propre jugement à partir d'un point de vue universel, qu'on ne peut déterminer qu'en se plaçant au point de vue d'autrui »[31]. La faculté qui rend possible cette opération, explique H. Arendt, c'est l'imagination. C'est elle qui « rend les autres présents et se meut ainsi dans un espace public potentiel »[32].

Ce point débouche sur la condition de « désintéressement » et d'« impartialité » qui caractérise le jugement de goût (on se souvient que le plaisir qui l'accompagne n'est pas de l'ordre de l'affectation par les sens, à la différence du jugement de l'agréable) – on mesure au passage, une fois encore, l'importance de cette observation pour la transposition au jugement judiciaire que je garde sans cesse à l'esprit. H. Arendt qui, comme on le sait, consacre de pénétrantes analyses à la *Faculté de juger*, insiste énormément sur cette nécessaire posture d'impartialité : « en fermant les yeux on devient spectateur impartial – non directement affecté

---

27 *Ibid*., 108 : « On sollicite l'adhésion de chacun parce que l'on possède un principe qui est commun à tous ».

28 *Ibidem*, p. 110 et s., p. 170.

29 *Ibidem*, p. 185 et s.

30 *Ibidem*, p. 186.

31 *Ibidem*, p. 187.

32 H. Arendt, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, traduit par M. Revault d'Allonnes, Paris, Seuil, 1991, p. 72.

– du visible »[33]. Fermer les yeux, c'est regarder avec les yeux de l'esprit, hanté sur le sens possible qui s'annonce et dont la beauté de la chose est comme le signe, de même, dirons-nous, le bandeau de la justice indexe le juge sur une justice du monde qui furtivement s'entrevoit dans le casus. (Je note au passage cette observation : le bandeau de la justice comme condition de l'imagination de la solution judicieuse, ajustée à la singularité du cas).

En ce point (qui est un point imaginaire) pourraient bien se rejoindre et se conditionner mutuellement les deux universels présupposés : l'unité des phénomènes dans la diversité ne s'éprouve que dans le sens commun des sujets désintéressés s'efforçant d'« élargir » leurs pensées. Cette communauté humaine (pour emprunter un terme cher à H. Arendt) n'est pensable que dans l'horizon de la finalité sensée, tandis que, à l'inverse, celle-ci ne s'anticipe (ne se performe ?) que dans l'élément de la sociabilité, milieu « naturel » de la mentalité élargie.

Gardons-nous cependant de toute idéalisation et rappelons que le jugement réfléchissant reste rivé au particulier et demeure une opération subjective qui ne fait, au mieux, qu'entrevoir un universel dont son auteur tente de convaincre autrui en postulant son adhésion, sans que rien ne vienne a priori la garantir. Aussi Kant est-il bien inspiré de faire déboucher son analyse sur la simple valorisation de l'*exemple* et de l'*héritage exemplaire*. Point ici d'ambitieuses législations de la nature pour l'entendement ou d'impressionnants principes catégoriques pour la volonté, seulement des exemples risqués, en toute incertitude, du milieu du désordre des affaires humaines, par l'humble faculté de juger. Arendt précise : « exemple – du latin *eximere*, distinguer un particulier », ainsi Achille pour le courage, ou Napoléon pour le bonapartisme – des archétypes véhiculés par des récits[34]. Achille, mais aussi Eichmann qui, au lendemain de la catastrophe morale, pose des questions totalement inédites à la pensée politique : comment juger de la « banalité du mal » ? « Il n'y avait pas de règles pour ce qui est sans précédent », écrit Arendt[35], plaidant néanmoins pour que justice se fasse, afin de rendre du sens à « ce qui nous arrivait » – seul ici les tâtonnements du « jugement réfléchissant », risqués au sein de la communauté politique, pouvaient servir de fragiles boussoles.

Insistons sur l'importance de cette « validité exemplaire », inséparable de récits (et notons, au passage, l'importance de la correcte et complète relation des faits dans la procédure judiciaire : la sentence n'a de chances d'être acceptée que si elle a prise sur un récit acceptable par les parties). L'*exemplaire*, pour Kant, est le particulier exhibant une règle universelle qu'on ne peut énoncer autrement. Quel usage faire, demande-t-il, de cet « héritage exemplaire », telles les œuvres des classiques ? Réponse : non pas les reproduire mécaniquement dans un geste

33 H. Arendt, *ibidem*, p. 107 (et aussi p. 113).

34 *Ibidem*, p.118, 120 et 128.

35 H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1966, p. 322.

d'imitation (le génie, du reste, est insusceptible de se transmettre en recettes d'écoles), mais plutôt les traiter comme des « *précédents* » (je souligne le terme, gardant toujours à l'esprit la transposition au jugement judiciaire) qui, dit Kant, « nous mettent sur la voie, nous invitent à creuser nos propres dispositions, à puiser aux mêmes sources »[36]. C'est l'originalité du « génie » que d'ainsi produire « la règle de ce qui est sans règle » – mais, à la différence de l'« absurde » (qui lui aussi peut être original), le génie produit une originalité « exemplaire » susceptible d'inspirer les successeurs[37]. Dans cet héritage exemplaire, ces récits fondateurs, ces œuvres initiatrices, se transmet quelque chose comme « les règles de l'art » : non pas les lois apodictiques d'une connaissance certaine, celles de la science des objets déterminés par des concepts, mais des précédents inspirants qui mettent le sujet d'aujourd'hui, confronté à un cas particulier, lui aussi irrémédiablement singulier, sur la voie d'une justesse ou d'une justice accordée à un sens toujours en suspens et pourtant déjà insistant. Kant parle encore, dans la même veine, d'« idées esthétiques », produites par ces œuvres de l'imagination : des idées qui « *donnent beaucoup à penser* » (je souligne encore ces termes qui évoquent la célèbre formule de Paul Ricoeur : « le symbole donne à penser », et que je mets personnellement en exergue des études de « droit et littérature »), sans pouvoir être contenues par des concepts déterminés ; des idées qu'« aucune langue ne peut complètement exprimer », mais qui, à ce titre, « mettent en mouvement la faculté des idées »[38].

… Et le droit ?, demandera-t-on.

Kant, il est vrai, n'ouvre la voie des jugements réfléchissants que dans les failles laissées par la connaissance de la nature, et non à partir des dilemmes que pose la décision morale en situation. La législation éthique ou juridique soulève pourtant au moins autant de questions insusceptibles de réponse à partir des impératifs de la raison pratique que ce n'est le cas à propos de la connaissance naturelle par lois et concepts. Et pourtant, le bref exposé de la *troisième critique* que je viens de proposer a croisé, à de nombreuses reprises, la méthodologie du jugement judiciaire, y compris dans son nom même de « faculté de juger » et les multiples métaphores qui en évoquent la marche. Et pour cause : le parallèle est saisissant, entre l'opération à la fois hésitante et résolue du jugement réfléchissant, et la décision du juge que la sagesse juridique se contente de « *tenir pour* vraie » (*res iudicata pro veritate habetur*, et non pas *est veritas* : une présupposition nécessaire, sans doute, mais nullement l'affirmation apodictique d'une vérité).

On peut donc réaffirmer que le modèle du jugement réfléchissant constitue une piste très féconde pour penser la nature réelle de la décision juridique,

36 E. Kant, *op. cit.*, p. 172.
37 *Ibidem*, p. 205.
38 *Ibidem*, p. 213 et s.

son *modus operandi*, la faiblesse de ses fondements et la force de ses prétentions – si du moins nous acceptons de penser ce jugement judiciaire sous l'angle du travail de l'imagination. Une imagination libre et créatrice, qui s'enracine certes dans le donné et l'expérience commune, mais présente cette expérience sous un jour original, à l'aune de l'Idée (ici, l'idée de justice, qui peut, actuellement être encore utopique). « Grâce à l'imagination », écrit J. Allard, « le juge peut construire une autre expérience à partir de l'expérience elle-même, comme si cette expérience était commune à tous les hommes »[39]. Ce point a sans doute échappé à Kant, trop peu versé dans la réalité de la vie juridique quotidienne, de surcroît dans la Prusse de Frédéric II qui, toute férue de codification, devait nourrir la plus extrême méfiance à l'égard de la décision judiciaire. Plus largement, l'absence de lien entre la deuxième et la troisième critiques a souvent été reprochée à Kant, et il est vrai que sa réflexion sur la faculté de juger fait l'impasse notamment sur les dimensions grecques (aristotéliciennes) de *phronèsis*, autant que sur les exigences romaines de *prudentia*[40]. Tout se passe comme si Kant n'avait jamais réalisé que sa *Critique de la faculté de juger* relevait de la politique, encore moins de la philosophie du droit. Tout au plus, la *Critique de la faculté de juger* se conclut-elle sur un § 59 intitulé : « *de la beauté comme* symbole *de la moralité* », occasion, pour Kant, de développer en quatre points l'*analogie* entre jugement esthétique et jugement moral.

Il reste cependant que Kant, en valorisant l'*héritage exemplaire* des *génies*, ou, plus simplement, les *récits* ou les belles œuvres de l'imagination, en y percevant un condensé de sagesse pratique ou de savoir des choses naturelles – mieux encore, en y voyant la source du plaisir suscité par les justes rapports d'un monde anticipé d'harmonie, et en faisant appel à l'imagination comme faculté d'élargir son jugement par la mise à la place d'autrui, pour toutes ces raisons, le philosophe de Königsberg légitime fortement les travaux qui proposent l'étude de la littérature aux juristes au titre de laboratoire expérimental et de l'humain et de la démarche juridique elle-même.

---

[39] J. Allard, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement, op. cit.*, p. 93. Dans cet ouvrage, l'auteur propose une lecture de kantienne de Dworkin ; la métaphore du jugement comme « roman écrit à la chaîne », serait, sous cet angle, une forme de mise en œuvre du jugement réfléchissant.

[40] Kant renvoie la prudence à la simple technè et ne prend jamais en compte les finalités pratiques de la décision politique. Sur cette question, cf. P. Aubenque, « La prudence chez Kant », in *Id.*, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 2009, p. 286 et s. Cf. aussi les critiques formulées par H. G. Gadamer dans *Vérité et méthode* (traduction E. Sacré, Paris, Seuil, 1976).

II. Les cours de « droit et littérature » comme formation à la logique réfléchissante du cas

La littérature, rappelle Martha Nussbaum, est une « école de réflexion morale », un inépuisable réservoir de « cas de conscience », – des dilemmes moraux dont Fr. Leichter-Flack fait la matière de son enseignement[41]. La méthode est aussi simple qu'efficace : un dilemme moral est exposé en quelques lignes ; un schéma d'argumentation éthique *pro et contra* est esquissé, ensuite un exemple littéraire est conté qui, en apportant les détails que ne révélait pas le cas d'école, problématise le débat et ouvre la voie du jugement réfléchissant. Exemples : comment juger en l'absence de preuve (*Le jugement de Salomon*) ? La provocation excuse-t-elle le crime *(Billy Budd, marin)* ? La torture est-elle tolérable si elle permet de sauver plusieurs vies (*Crime et châtiment*) ? La négociation avec des terroristes se recommande-t-elle en vue de sauver les otages qu'ils détiennent (*Les justes*) ? Le témoin passif d'un crime est-il lui-même coupable (*La colonie pénitentiaire*) ? etc. Dans tous ces cas, c'est le récit seul qui donne consistance au dilemme moral qui, en l'absence des détails toujours particuliers, se réduirait à un simple jeu d'abstractions. Or, il est mille façons de raconter ces histoires, et innombrables sont les circonstances qui peuvent en orienter la solution. Il s'avère dès lors très formateur de multiplier ces variations qui conditionnent, par l'ajout ou le retrait d'une prémisse, la nature du jugement pratique en situation :

> « à la différence des scénarios hypothétiques artificiellement élaborés par les philosophes pour servir de support à leur réflexion éthique, les fictions littéraires sont le reflet le plus fidèle – en contexte – de la réalité possible, celle pour laquelle on doit se fixer des règles de conduite »[42].

Ces enseignements peuvent également être conçus à destination de praticiens, des juges, par exemple. Le juge à la Cour suprême des Etats-Unis Stephen G. Breyer déclarait à cet égard, devant la Commission de la Justice du Sénat chargée de confirmer sa nomination, « que la littérature était une des choses les plus utiles, à ses yeux, pour l'exercice de sa profession de magistrat »[43]. J'ai pu m'en convaincre personnellement en prenant part à de multiples reprises aux séminaires de « droit et littérature » organisés par Denis Salas dans le cadre de l'Institut des hautes études sur la justice à Paris. Des magistrats de tous âges, appartenant aux juridictions les plus diverses, s'y rencontrent, échangeant leurs expériences sur la seule base d'un roman de leur choix. Je peux témoigner de l'extraordinaire intérêt que prennent les

41 Fr. Leichter-Flack, *Le laboratoire des cas de conscience*, Paris, Alma éditeur, 2012.

42 Fr. Leichter-Flack, *op. cit.*, p. 13.

43 Cité par M. Nussbaum, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston Mass., Beacon Press, 1995, p. 79.

participants à cette formule : le détour apparemment anodin par la voie de la fiction est souvent, pour ces hommes et ces femmes confrontés en première ligne à la plainte sociale, placés souvent seul(e)s devant d'énormes responsabilités, la manière la plus directe d'aborder les problèmes de fond qui les hantent.

On trouve, dans les publications américaines, la description d'expériences pédagogiques encore beaucoup plus radicales. Il s'agit souvent de jeux de rôles, prenant place dans des travaux pratiques, des *moot courts*[44], ou des *law clinics*. Ici les techniques d'écriture, l'art du récit et les recettes oratoires sont pratiqués par les étudiants eux-mêmes dans le but de les inviter à s'approprier personnellement le savoir juridique et leur future profession de juristes, et de se comporter ainsi en citoyens et professionnels responsables[45]. Ce travail de conscientisation passe directement par le langage, et ce, de deux façons au moins : une attention extrême portée au « pouvoir des mots », et une conscience aiguë manifestée à l'égard de la « pragmatique des situations » (de parole).

Côté « pouvoir des mots », les étudiants sont initiés à la manière dont les mots reconnaissent ou ignorent, valorisent ou condamnent, la façon dont ils distinguent, classent et ordonnent, entraînant avec eux des statuts décisifs. Sans parler des mots qui performent par le simple fait de les proférer, ou même des mots un peu magiques qui précipitent un destin, comme les imprécations des antiques tragédies. Toute cette « jurisprudence sociale », pour parler comme Balzac, que véhiculent implicitement un registre de langue, une expression idiomatique, voire un simple accent.

Côté « pragmatique des situations de parole », la pédagogie consiste à varier les situations et les rôles de locuteur dans le but de faire apparaître des questions aussi simples que fondamentales du genre : qui parle ? à qui ? dans quel but ? comment est-il compris et reçu ? (Sans parler de la question qui n'a cessé de préoccuper Lyotard : comment enchaîner d'un registre de phrase à l'autre ? Comment passer, par exemple, d'un constat à une injonction, ou d'un récit à une norme ?). La littérature sert ici de modèle archétypique à toute une gamme d'effets pragmatiques de discours, depuis l'art local de retourner un auditoire (on pense au magistral discours d'Antoine dans *Jules César* de Shakespeare) jusqu'à la constitution, à un niveau global, d'un lectorat et d'une identité nationale, comme

---

[44] Ainsi, à la Faculté de droit de MacGill à Montréal, une très étonnante « *Shakespeare moot court* » opposant, au terme d'une année de préparation intensive, deux groupes d'étudiants (juristes et littéraires mélangés) à propos d'un cas pratique élaboré par les enseignants, avec pour unique consigne de traiter le cas sur la base exclusive du corpus shakespearien ; cf. http://www.mcgill.ca/shakespearemoot.

[45] M. Weisberg, « A Gift in Yellow Clothing. Learning and Teaching with the Legal Imagination », in J. Extabe and G. Watt, Ann Arbor (ed.), *Living in a Law Transformed. Encounters with the Works of James Boyd White*, Michigan Publishing, 2014, 12. L'article est conçu comme un prolongement pratique de l'ouvrage séminal de J. B. White, *The Legal Imagination*, Boston, Little, Brown, 1973– ouvrage qui inspire directement tout ce courant de pensée.

le fera, pour la nation anglaise toute entière (et en l'absence de constitution écrite), l'ensemble de l'œuvre théâtrale de Shakespeare.

Différentes expériences pédagogiques sont discutées[46]; j'en évoque quelques unes.

Tantôt un même dossier (une même histoire) est présenté à deux groupes d'étudiants, chacun chargé de défendre une thèse opposée. On s'aperçoit vite combien la sélection, le « montage » et l'interprétation des faits varie en fonction des intérêts soutenus. On entrevoit ainsi la relativité de la « vérité » judiciaire et la vulnérabilité de la justice de la décision. Cette pédagogie peut s'approfondir, à un second degré, doctrinal cette fois, par la mise en valeur de la controverse juridique. À l'opposé d'un enseignement lisse et dogmatique, l'apprentissage par la controverse favorise le progrès du droit autant qu'il développe l'esprit de finesse des étudiants, ainsi que « le respect de la parole, des idées et de la personne d'autrui »[47].

Tantôt un procès, réel ou fictif, inspiré parfois de la littérature ou du cinéma[48], est mis en scène en vue d'étudier les jeux de rôle de l'accusation, de la défense, du siège, des témoins et de la presse. Les stratégies discursives des différents protagonistes sont dévoilées : la défense qui « ouvre le jeu » pour instiller le doute dans l'esprit du juge ou du jury (on songe au procès comme « événement », au sens de Badiou), et, sur le banc d'en face, le procureur qui, au contraire, « suture » (toujours au sens de Badiou) l'application de la loi, dont une interprétation stricte est réclamée, au nom de certitudes morales ou de menaces politiques clairement proclamées.

Tantôt encore on demande aux étudiants de raconter la première rencontre entre un avocat et son client. Cette conversation entre un juriste et un non-juriste fera saisir de façon tangible la difficulté pour les deux protagonistes de dire la vérité de l'histoire du justiciable dans un langage (un code traitable) assimilable par le tribunal. Toute la différence (parfois le gouffre) entre litige et différend, plaignant et victime, dommage et tort est déjà engagée dans ce premier contact. Comment mettre dans les mots du droit (ce que Boltanski et Thévenot appelaient le « rapport », au sens de procès verbal) le non-dit du conflit, voire l'interdit de la situation ? L'étudiant apprend ainsi à se mettre à la place de l'autre, capacité essentielle en vue de s'initier à l'opération de jugement au sens de « mentalité élargie » que lui donne

---

46 Cf. notamment G. Sammon, « Law, Literature and the Importance of Narrative to the Legal Education », in 2011 COLR, *Cork Online Law Review*, 7 mars 2011.

47 S. Van Drooghenbroeck et J.-F. Van Drooghenbroeck, « Faut-il enseigner la controverse ? », in *Annales de droit de Louvain*, 2007/4, p. 364. Chauds partisans de cette méthode, les auteurs pointent cependant aussi les limites de l'exercice : manque de temps dans le cadre du cours ex cathedra, autorité propre de l'enseignant qui, à son corps défendant, « oriente » la controverse, danger de susciter un relativisme nihiliste ou un cynisme utilitariste chez les jeunes étudiants.

48 Cf. notamment, Br. Dayez, *Justice et cinéma,* Louvain-la-neuve, Anthémis, 2008.

H. Arendt. Il mesure aussi combien les qualifications juridiques, qui sont un des enjeux principaux de sa formation technique, peuvent engager les personnes dans une voie décisive, parfois libératrice, parfois aliénante.

Ce travail devrait aussi développer la vigilance critique des étudiants à l'égard des pouvoirs, parfois manipulateurs, de la rhétorique, ainsi que des dangers de récits trompeurs, depuis celui du sujet mythomane jusqu'aux entreprises idéologiques ou publicitaires du *storyteling*. En ce sens précis (et en ce sens seulement), Platon n'avait pas tort de se méfier des conteurs qui s'invitaient dans la cité ; et on relira avec soin la leçon des *Sorcières de Salem* qu'A. Garapon et D. Salas appliquent avec raison au drame d'Outreau : si le brillant juge d'instruction de cette affaire avait pris ses distances à l'égard des histoires racontées par une mère mythomane et s'il n'avait pris pour argent comptant les récits de jeunes enfants, crédités de toute la pureté du monde, il n'aurait pas créé de toutes pièces le mythe d'un réseau pédophile et provoqué une des plus graves erreurs judiciaires de l'histoire de la justice française. Développer l'esprit critique à l'égard de la « raison narrative » elle-même, et sérier les bonnes histoires parmi les mauvaises, est un des principaux intérêts d'un enseignement de « droit et littérature », à l'heure où, plus que jamais, le récit sature notre vie quotidienne.

De ce point de vue, il importe beaucoup que la méthode de ces travaux pratiques ou *law clinics* s'applique à elle-même la vigilance qu'elle propose de manifester à l'égard des situations de justice. Dans le groupe lui-même toutes sortes de rapports de force, d'influence et de séduction se développent. Aussi l'animateur devra-t-il régulièrement ménager des moments de réflexivité à propos de la démarche du groupe, et systématiquement faire apparaître la manière dont les participants ont entendu et reçu l'intervention de tel ou tel de leur condisciple [49].

Ces différentes expériences pédagogiques, et les jeux de rôles qu'elles proposent, développent, comme on l'a dit, la conscience du « pouvoir des mots », ainsi que l'intelligence de la « pragmatique des situations de parole ». Elles supposent toutes une attention au caractère « traductif » de l'activité juridique considérée dans son ensemble, comme le souligne depuis longtemps J.-B. White et le rappelle J. Gaakeer[50]. La traduction est certainement la pratique linguistique et l'activité mentale qui se développe entre les différents acteurs de justice et au carrefour de leurs différents « régimes de phrases » (pour parler comme Lyotard) : récit et interprétation « spontanés » des faits par les parties, qualification savante par l'avocat, décision normative du juge (pour s'en tenir au plus simple, sans parler de la doctrine, du juge d'appel, de la presse, des témoins, des experts,…). Deux remarques essentielles s'imposent cependant à propos de cette activité traductrice :

[49] M. Weisberg, « A Gift in Yellow Clothing », *loc. cit.*, p. 5.

[50] J. Gaakeer, « Law and Literature Redux, Some Remarks on the Importance of the Legal Imagination », in *Living in a Law transformed, op. cit.*, chap.1.

– si je n'ai cessé de valoriser la pratique et l'éthique de la traduction, lorsqu'elle fait « l'épreuve de l'étranger », c'est-à-dire se laisse traverser par la faille de l'altérité (au sens radical, inspiré de P. Ricoeur, du « soi-même comme un autre »), je n'ignore pas qu'elle n'épuise jamais entièrement le malentendu, qu'elle se heurte à des intraduisibles et qu'elle peut, à son tour, se faire violente et hégémonique. En ce sens, la vigilance de Lyotard reste toujours de mise.

– il faut se garder de souscrire à un schéma linéaire du type : récit des faits par les parties relevant de l'imagination/qualification rationnelle, analytique par les professionnels du droit/décision autorisée du juge. Comme si l'ouverture imaginative était cantonnée à la première étape, les suivantes s'inscrivant dans le codage rassurant et clôturé du codage juridique. Dans ce cas, la traduction, qui assure le passage d'une étape à l'autre, viendrait conforter la représentation dogmatique traditionnelle du procès, à l'encontre de tous nos développements précédents relatifs à l'aléa du jugement pratique, à l'événement du procès et au caractère casuistique de la jurisprudence. Il faudrait donc montrer, au contraire, que le travail de l'imaginaire ne se confine pas au récit et aux revendications « sauvages » des parties ; il informe aussi (au sens fort de « donner forme ») le travail heuristique de l'avocat et du juge qui mettent en œuvre un jugement réfléchissant à partir d'une intuition du juste et de l'injuste. Ou, pour le dire autrement, l'opération traductrice, qui opère l'enchaînement (tant redouté par Lyotard) entre ces différents régimes de phrases, est elle-même largement un travail de l'imagination créatrice – la « fidélité » attendue du traducteur est création plus que conformation [51]. Tout comme la règle n'est pas disponible à l'avance pour le cas, mais (re)construite par le jugement réfléchissant, de même le terme ou la tournure d'arrivée ne sont pas puisés *ready made* dans le lexique du traducteur – sauf à traduire des communications très standardisées.

… Plus fondamentale encore que le droit, la langue est la mère de toutes les institutions.

Mais, il est vrai aussi que le droit est une institution de part en part langagière.

En développant la conscience des tours et détours du langage, ses silences, ses résonances et ses performances, les diverses expériences pédagogiques évoquées développent aussi, et très directement, l'intelligence du droit.

[51] En ce sens, F. Ost, *Traduire. Défense et illustration du multiginguisme*, Paris, Fayard, 2009, p. 258 s.

Mais, à la différence d'une pédagogique platement orthonomique, elles aiguisent l'attention aux multiples voix qui se laissent entendre (parfois deviner) dans l'œuvre de justice, et, plus largement, la production du droit. En cultivant un art de juger « à plusieurs voix », elles tentent de faire sa place au « guetteur critique » qui veille sur le front toujours ouvert du différend.