

MORALE, POLITIQUE ET DROITS JURIDIQUES

UNE LECTURE TRANSVERSALE

Pierre LIVET

Centre Gilles Gaston Granger, Aix Marseille Univ, Aix-en-Provence, France

Abstract: *In order to comment the different contributions to this volume, I take as starting points the famous paradox of the paretian liberal – analysed here by Picavet – and the reference made by Cherot to Brandom's notions of commitments and entitlements. In the Paradox, the Prude believes that he is entitled to forbid the Liberal to read a licentious book just because the Prude feels himself committed not to read it. The Liberal believes that his requirement of liberty of choice does not commit the Prude to read it, but only entitled him to recall that he is entitled to do so. Let us consider freedom of expression: a person is entitled to have this political right inasmuch she is committed to entitle other people to have it. Legal norms define a system of mutual entitlements, in order to regulate effects of conflictual commitments. In some extent the different papers can be read as exploring different aspects and relations of this complex system of entitlements and commitments.*

Faute (ou en guise) de conclusions, je vous propose une perspective transversale – une parmi bien d'autres possibles – qui permette de relier tous les textes de ce recueil. Elle doit donc aussi suggérer une conception des différences et des liens entre morale, droits au sens politique et droit au sens juridique. Les premiers points d'ancrage de cette perspective sont l'analyse que fait Picavet du paradoxe de Sen (le parétien libéral) et la référence que fait Chérot à la théorie du dialogue argumentatif de Brandom. Plus exactement, il s'agit d'une reformulation des éléments clé du paradoxe de Sen dans les termes de la distinction que fait Brandom entre « *entitlements* » (que je traduirai par « autorisations ») et « *commitments* » (*engagements*).

Le recours à ces deux concepts permet d'éviter les malentendus qui peuvent venir de l'usage par les économistes du terme de préférences, qui dans l'usage courant fait plutôt référence à des positions subjectives. Or il s'agit de priorités, de relations d'ordre ou de pré-ordre, qui peuvent être effectivement des positions personnelles, mais qui peuvent être aussi des exigences, qu'une personne peut vouloir que les autres respectent, et qui ont donc une portée interpersonnelle. Ces préférences interpersonnelles nous font entrer dans le domaine des autorisations et des engagements. Dans les termes de Brandom (dans *Making it explicit*, ou dans *Articulating reasons*) une personne est « autorisée » à soutenir une certaine proposition si elle a quelque justification pour le faire – mais il peut s'agir d'une hypothèse basée sur une induction, qui peut donc se révéler moins raisonnable qu'on ne pensait. En revanche, dans une discussion argumentée, une personne est en principe « engagée » envers toute conséquence qu'on puisse obtenir par une

déduction logique de la proposition qu'elle a soutenue. Je ferai ici un usage plus général de la notion d'engagement: dans la mesure où une personne soutient la validité de ce qu'elle propose, elle s'engage sur cette proposition – ce qui implique qu'elle s'engage aussi à en assumer les conséquences.

Quel rapport avec le paradoxe de Sen, qui oppose un Prude et un Libéral? Le Prude met dans ses priorités non seulement de ne pas lire un livre licencieux, mais aussi d'empêcher le Libéral de le faire. Le Libéral considère comme un de ses droits de lire ce livre, et pense que l'exigence d'avoir l'esprit ouvert devrait amener le Prude à le lire. Si on regarde la matrice qui présente les différentes combinaisons des options offertes à l'un et à l'autre, et qu'on regarde pour quelle raison chacun donne priorité à une option sur une autre, on s'aperçoit que certaines priorités sont dictées par une priorité personnelle, et d'autres part ce que chacun pense devoir être aussi prioritaire pour autrui.

P1) Ainsi ce qui pousse le Prude à donner priorité à la situation c (= les deux ne lisent pas) sur la situation a (= le Prude lit et pas le Libéral), c'est une priorité personnelle. Sinon il n'y aurait pas de différence pour le Prude entre les deux cas, puisque la priorité du Prude « pour autrui » est satisfaite dans les deux cas: le Libéral ne lit pas.

P2) En revanche, ce qui pousse le Prude à donner priorité à la situation a (= le Prude lit, mais pas le Libéral) sur la situation b (= le Libéral lit et pas le Prude), ce n'est pas sa priorité personnelle (qui est au contraire de ne pas lire le livre) mais sa priorité « pour autrui », que le Libéral ne le lise pas. Dans ce cas, cependant, le Prude aura dû sacrifier sa propre exigence – ne pas lire le livre – à sa priorité « pour autrui ».

Au total, l'ordre du Prude est $c > a > b$: sa priorité personnelle passe en premier, et sa priorité pour autrui est satisfaite en second.

L1) De son côté, si le Libéral donne priorité à b (il lit et pas le Prude) sur c (les deux ne lisent pas), c'est par une priorité personnelle, puisque la situation est la même pour le Prude dans les deux cas. On notera que dans ces deux situations, la priorité « pour autrui » du Libéral pour le Prude – qu'il lise le livre – n'est pas satisfaite – contrairement à ce qui se passe pour le Prude dans P1.

L2) Si le Libéral donne priorité à a (il ne lit pas et le Prude lit) sur b (il lit et le Prude ne lit pas), alors que (a) est contraire à sa priorité personnelle, c'est par une priorité « pour autrui ». Le Libéral préfère donc lui aussi, dans ces cas, ne pas satisfaire sa propre priorité mais imposer une priorité à autrui. Mais il met ainsi en premier, dans l'ordre $a > b > c$, une situation qui ne lui permet pas de satisfaire sa priorité personnelle, puis, en second, une situation qui ne satisfait pas sa priorité pour autrui.

Ce qui m'intéresse ici n'est plus le contraste entre l'unanimité sur la relation d'ordre $a > b$, et la boucle de non transitivité qui tient à ce que c est dernier pour le Libéral et premier pour le Prude. C'est plutôt le fait que la priorité « unanime » $a > b$ est fondée sur les deux priorités « pour autrui », pourtant contradictoires ; et le fait qu'en revanche l'inversion de la place de c dans l'ordre, ($b > c$ versus $c > a$), inversion qui se fait par l'intermédiaire de cette relation $a > b$, tient aux priorités personnelles opposées du prude et du libéral.

Le Prude comme le Libéral préfèrent dans certaines situations imposer une contrainte à autrui plutôt que satisfaire leur priorité personnelle, mais ils ne peuvent évidemment pas le faire en même temps. La différence entre le Prude et le Libéral est que la satisfaction de la priorité personnelle du Libéral ne lui permet pas de satisfaire sa priorité pour autrui, alors que c'est le cas pour le Prude.

Dans l'exemple de Sen cette asymétrie tient en fait à ce que, dans la situation imaginée, le Prude et le Libéral ne peuvent pas lire le livre en même temps. Mais elle tient plus fondamentalement à ce qu'une morale « libérale » impose à chacun d'admettre que d'autres puissent avoir des priorités différentes des siennes. Un libéral au sens moral s'impose donc à lui-même la contrainte de ne pas imposer à autrui des priorités qui seraient seulement les priorités personnelles d'un libéral. Alors que le prude se pense autorisé, du simple fait qu'il s'impose à lui-même les contraintes de ses exigences personnelles, à exiger aussi des autres qu'ils se soumettent aux mêmes contraintes.

Cependant, nos deux acteurs invoquent tous deux un droit *moral* ! Quand peut-on penser qu'on est « autorisé » (*entitled*, selon le terme de Brandom) à invoquer un droit moral ? Il semble que la morale exige que ces priorités que l'on pense vouloir qu'autrui satisfasse, on ne s'autorise à les invoquer qu'à la condition de les satisfaire soi-même en s'imposant les contraintes qu'elles impliquent. Kant avait idéalisé cela en disant qu'il fallait que chacun respecte en lui-même l'être de raison qui obéissait à la loi morale. Ou encore, dans les termes de Brandom, il faut d'abord *s'engager* à satisfaire les contraintes impliquées par ce qu'on souhaite être ensuite *autorisé* à réclamer. La différence entre le Prude et le Libéral, c'est que le Prude pense *qu'il suffit de s'engager* dans une ascèse pour pouvoir l'exiger des autres – pour réclamer que les autres s'y engagent – alors que le Libéral pense que s'il faut bien d'abord s'engager et satisfaire une exigence, cela ne donne que l'*autorisation* de rappeler aux autres cette exigence – mais cela ne leur impose pas leur *engagement*.

Les droits *politiques* – au premier rang desquels les droits de l'homme, en tête des constitutions – sont-ils de ce type libéral ? Il semble bien qu'ils mettent d'abord en jeu des « autorisations ». Le droit à la liberté d'expression, par exemple, repose pour un individu sur ce qu'il autorise les autres à cette liberté, et qu'en retour de *son engagement à donner son autorisation*, il est autorisé à disposer de cette liberté. Une fois que ces autorisations sont réciproques, chacun est alors engagé

à respecter la liberté d'expression d'autrui. C'est donc un droit qui repose non pas d'abord sur des engagements, qui donneraient ensuite des autorisations, mais d'abord sur des autorisations qui une fois mutualisées, assurent des engagements. Cela tient à ce que dans ces droits, l'individu doit d'abord se mettre à la place d'autrui, puis se considérer en retour du point de vue d'autrui – la mutualisation généralisant le droit en question.

Qu'en est-il alors du droit et des droits au *sens juridique*? À la suite du débat contradictoire qui traite un conflit, les décisions de droit s'imposent et engagent les parties. Les juges semblent donc adopter l'attitude du Prude, dans la mesure où ils s'imposent des contraintes – respecter les lois et la jurisprudence – et prétendent dès lors obtenir des *engagements* qui contraignent les parties. Cependant ils ne s'autorisent à cette position que dans la mesure où il y a constitution de plainte – ou faute constatée par la police. Dans ces deux cas, plaignant et police invoquent des références aux règles juridiques qui leur donnent des autorisations. Ainsi dans le domaine juridique, une attitude de Prude, dont les contraintes dépassent de beaucoup les attentes du Libéral, doit être d'abord fondée sur l'invocation d'autorisations. Celles-ci doivent être en accord avec les droits politiques fondamentaux, eux-mêmes fondés sur des *autorisations* mutuelles. Cependant les règles des codes juridiques vont plus loin : elles prétendent définir des modes d'*autorisations* qui pourraient assurer la réciprocité des engagements des parties dans différentes situations où les coordinations pourraient donner lieu à incertitude, voire à conflits. Puisque *ces autorisations visent par avance des situations d'engagements voire de conflits entre engagements*, les juges qui s'appuieront sur ces règles pourront donc bien se tenir pour autorisés à imposer des engagements aux parties qui ont déclenché des plaintes – et qui ont par là même autorisés les juges à recourir à ces règles. Pour résumer, le juridique ne peut édifier une attitude de Prude (s'autorisant à imposer des engagements à autrui) que sur la base d'une construction complexe qui s'appuie fondamentalement sur *un système de mutualisation d'autorisations*, mais qui comporte aussi *une prise en compte des effets des engagements issus de ces autorisations*.

Il se révèle possible de relier les différentes contributions de ce colloque selon cette grille d'analyse – je ne prétends pas vous engager dans cette perspective, mais seulement vous montrer que vous pourriez m'y autoriser!

Frydman récuse la prétendue neutralité axiologique du droit, en montrant qu'il ne peut rester insensible aux luttes entre des conceptions morales et politiques, puisque le droit, comme il le rappelle en invoquant Perelman, résulte de nos désaccords, et que le débat contradictoire est un débat entre des engagements. On ne peut pas dissocier l'énoncé de la règle et ses applications jurisprudentielles – et l'on comprend bien pourquoi si on admet que la règle vise à servir de référence dans des conflits d'engagements. Mais pour régler une affaire, le droit doit

s'appuyer sur des autorisations qui sont d'un autre niveau que ces engagements personnels, puisqu'elles sont mutuelles, acceptées par les différentes parties.

Tremblay oppose un constitutionnalisme pluraliste à un ordre libéral qui serait lié à une morale individualiste. La priorité fondamentale, selon Tremblay, est de permettre la coexistence de hiérarchies de priorités différentes. Cette position, dans les termes de Picavet, est pourtant très proche de celle du Libéral de Sen, qui ne s'autorise pas à imposer des engagements aux autres. Elle est aussi centrée sur une problématique des droits fondés sur des autorisations mutuelles – qui est celle des droits politiques. La différence avec le Libéral est la « sensibilité aux contextes ». Ce pourrait être une formule vague, mais elle semble bien viser le souci, que doivent avoir des conseillers juridiques qui veillent à ce que les règles de droit soient applicables, d'anticiper les conflits entre engagements, conflits qui pourraient être réglés si les acteurs sociaux s'autorisaient de ces règles.

Chérot critique la séparation radicale que fait Alexy entre les principes généraux et les règles plus déterminées. De fait, ces principes, qui définissent des « exigences d'optimisation » relatives à ce qui est possible dans les faits et possible juridiquement, consistent au fond à rappeler les conditions d'autorisation d'une règle – elle-même construite pour prendre en compte les effets d'engagements produits par ceux qui s'autoriseraient de cette règle. Il en est ainsi de l'exigence de l'adaptation d'une mesure à son but. Vérifier que cette mesure ne restreint pas de manière non nécessaire les droits protégés revient à tenir compte des droits fondamentaux qui découlent des mutualisations d'autorisation – dont les libertés négatives, qui sont liées à ce que personne ne se donne d'autorisation qui ne puisse présupposer une autorisation réciproque d'autrui. Mais, comme on l'a vu, ces principes définissent les conditions d'autorisation d'une règle en tenant compte des conditions de constructions de cette règle et donc de son souci des effets des engagements qui s'y réfèrent. Chérot peut alors en conclure que puisque la prise en compte de ces effets implique leur application à des cas et un lien avec la jurisprudence, on est finalement amené à relativiser cette dissociation entre principes et règles. Les principes pourraient bien en fait n'être que des guides ou des méta-explicitations des processus d'enquête et de débats liés aux constructions des règles et à leur usage.

Quiviger s'élève contre une tendance du juridique à importer des notions de morale sociale, comme celle de la dignité – par exemple dans l'interdiction du lancer de nain. Le droit ne réside pas dans les motifs qui ont présidé à l'adoption d'un texte, mais dans l'usage que les juges, les citoyens et justiciables font de ce texte. Or nous venons de voir que la construction juridique d'une règle vise précisément les effets des recours à cette règle – des autorisations qu'elle suscite – sur les engagements que prennent les citoyens et justiciables. Puisque les juristes commencent par envisager le cadre des autorisations, et ensuite seulement les effets de ce cadre sur

les engagements, ils ne doivent effectivement pas adopter des engagements moraux comme celui du Prude – qui voudrait sûrement imposer aux nains les conditions de leur dignité. De même dans le cas de l'euthanasie, ce n'est pas l'« indignité » d'une survie délabrée et hyper-assistée qui est en cause, mais bien le problème du consentement – autrement dit, un problème d'autorisation.

Rouvière analyse des situations où l'on invoque un argument dit « moral », en ce sens qu'il ne découle pas de la lettre du texte juridique et peut même sembler la contredire. Selon Rouvière, ces arguments moraux renverraient à des « finalités » de la loi pour justifier une entorse à la lettre. Il en est ainsi, par exemple, quand l'application de la loi « à la lettre » peut paradoxalement « autoriser » des fraudes non dénoncées par le texte, fraudes qui dérogent aux engagements que veut coordonner la règle. Par « finalité », il semble donc bien qu'on puisse entendre le type de coordination entre engagements que la construction de la règle a eu pour référence quand les juristes ont stipulé les conditions qui permettent de s'autoriser de la règle. On pourrait donc voir dans l'attachement à la lettre de la loi plus qu'à son « esprit » une focalisation sur les autorisations (ou les refus d'autorisation) qu'elle valide plus que sur les engagements qu'elle vise à réguler. Quand les juges se sentent tenus de dépasser la lettre, c'est en effet en renvoyant à l'intention de la loi, qui visait des engagements des acteurs sociaux et leurs conséquences, et en particulier des conflits entre engagements. Inversement, quand le juge s'en tient à la lettre (par exemple en déclarant nul un deuxième mariage entre les mêmes époux, parce qu'ils sont déjà mariés dans un autre pays, ce qui n'implique pourtant pas de bigamie) il s'engage lui-même dans une focalisation sur ce qu'autorise (ou pas) la lettre de la loi, ce qui l'amène à négliger la relation avec les engagements que la loi voulait réguler (en interdisant la bigamie). Mais alors il se pourrait bien que notre partisan de la lettre corresponde à notre description du Prude, qui impose aux autres un engagement simplement parce que lui-même s'en impose un : l'engagement d'appliquer la loi à la lettre. Or le Prude nous est apparu comme une caricature de la morale. C'est donc à ce Prude du positivisme de la lettre qu'on pourrait reprocher de prendre le droit pour morale. Inversement, ceux qui bravent la lettre pour éviter de pervertir les coordinations entre engagements que le droit visait à réguler respecteraient l'attitude proprement juridique : s'appuyer sur les autorisations mutuelles et viser à réguler des conflits d'engagements. Il reste qu'aller contre la lettre, c'est aussi risquer de se couper des termes sur lesquels il y a eu autorisations mutuelles.

Sériaux revient sur la distinction aristotélicienne entre justice commutative et justice distributive. Sa perspective est cependant plus novatrice, puisqu'il oppose une justice qui tend à restaurer un ordre antérieur (la justice commutative) et une justice qui instaure un ordre nouveau (la justice distributive). Il peut sembler qu'on est bien loin des raisonnements de Picavet à propos de Sen, puisque Sen raisonne

sur de simples ordres de priorités, et qu'Aristote raisonnait sur des relations entre des quantités cardinales – soit une égalité arithmétique, soit des proportions. De même, si on peut s'engager par contrat sur des quantités cardinales, une autorisation, qui ne permet pas (selon Brandom) de déduction assurée – nous amène souvent à passer à l'ordinal, puisqu'elle ouvre seulement la voie à un débat sur les priorités à accorder à différentes proportions. Cependant, on pourrait dire que la justice commutative repose sur des engagements soit mutuels – par contrat –, soit que chacun peut être autorisé à imposer aux autres – par exemple ne pas être blessé ou tué (dans ce type de cas, le Libéral s'autorise à raisonner comme le Prude). L'exemple moderne que prend Sériaux pour la justice distributive (introduite ici dans un problème supposé commutatif, celui de la réparation), est celui d'une prise en charge collective de la réparation des dommages des accidents de la circulation qui fonctionne en différenciant ces dommages selon qu'on est conducteur ou non conducteur, alcoolisé ou pas, etc.. Ces dispositions ne se bornent pas à rompre avec la symétrie de la réparation. Les législateurs y présupposent que les citoyens ne donneraient d'autorisations mutuelles que pour des engagements qui tiendraient compte de ce qu'ils ont individuellement *autorisés par leur comportement* – celui qui ne conduit pas n'a pas autorisé l'imprudence du conducteur, celui qui n'a pas bu peut soutenir qu'il n'a pas autorisé l'alcoolique à conduire, mais qu'il n'a pas pu l'en empêcher. Or, comme le note Sériaux, cibler aussi précisément les différences (supposées) entre ces autorisations revient à déduire des engagements à partir des comportements, ce qui ne va pas de soi.

Tholozan analyse un exemple crucial de tension possible entre un des fondements du droit, les autorisations mutuelles, et un de ses autres fondement, les engagements dans lesquels se sont impliquées les parties - le droit reliant lui-même ces deux fondements. Un « contrat » de travail requiert la mutualité des autorisations. Mais dans le contrat de travail, les engagements concrets qui découlent pour le salarié de cette autorisation – ses types effectifs d'activité – sont laissés en partie à la discrétion du donneur d'ordre. Or si on peut désigner cette dépendance sous le terme général de « subordination », ses effets concrets peuvent être très différents selon que le travailleur dispose ou non d'autres possibilités d'embauche – ce qui dépend de sa « condition sociale », qui est un engagement, mais un engagement qui n'implique aucune autorisation explicite. En revanche pour le droit, qui combine engagement et autorisation, un engagement qui n'est pas lié à une autorisation est tout simplement hors de son champ. Les juges de cassation en sont alors réduits à s'appuyer sur un réseau d'indices, qui sont tous des éléments d'encadrement (par exemple d'horaire ou de date) et de contrôle et sanctions des modalités de travail décidées par la direction – on a d'ailleurs un peu de peine à comprendre pourquoi l'auteur les relie à des concepts « fluides ». Autrement dit, ce sont des éléments qui devraient pouvoir être traités comme des engagements auxquels devraient correspondre des autorisations, mais dans le contrat de travail, l'autorisation a été donnée

globalement, si bien que ces engagements particuliers n'ont de fait donné lieu à aucune autorisation. Et cela indique bien une « subordination » – comme dans le cas des participants à une émission de télé-réalité. Le travail « autonome » avec des moyens informatiques qui permettent de le délocaliser ne peut pas, lui être contrôlé dans ses horaires, mais il l'est par des normes de production – et le problème n'est pas ici que ces normes soient standardisés et peu « fluides », mais bien en fait que la direction puisse les modifier à son gré – la fluidité est du côté de la direction, et c'est une forme de pouvoir. Sur cette définition de la subordination, les économistes et les juristes sont d'ailleurs d'accord, à ceci près que les économistes justifient le contrôle au nom d'une asymétrie d'information inverse, qui tiendrait à ce que celui qui embauche n'a pas de certitudes sur le travail effectif que fournira le candidat – là encore, l'autorisation de travailler ne dit pas tout de l'engagement.

La Torre propose d'aborder la réflexion sur le droit par une perspective transverse et donc innovante, celle des rôles qu'on pourrait assigner aux avocats selon les différentes conceptions du droit. Une conception purement positiviste du droit traite les propositions de droit comme des faits qui résultent de la décision du législateur ou des décisions passées des juges, autorisées par la décision législative, puis décrites et analysées par les juristes. Dans cette perspective, l'avocat pourrait n'être contraint, dans ses engagements envers les intérêts de son client, que par les limites de ce qu'autorisent les règles juridiques. Mais cela impliquerait que le droit ne se soucie pas de relier les engagements des avocats à la mutualisation des autorisations. Un juge ne pourrait donc veiller à ce qu'un avocat de l'accusation n'utilise pas dans son argumentation ce qu'il n'autoriserait pas s'il était défenseur, et réciproquement. Or les cours américaines, censées admettre des débats plus agressifs entre avocats que les cours européennes, retoquent souvent les procédés qui mettent à mal cette mutualisation des autorisations. Inversement, quand on prône une déontologie de l'avocat, qui aurait alors pour première fonction de focaliser l'attention sur les aspects de la cause de son client qu'il pense légitimes en droit, on insiste sur les engagements qu'implique le droit. Les avocats en revanche peuvent parfois user d'une pratique que nous rencontrons déjà dans le domaine des contrats de travail, en utilisant comme autorisations implicites ce que le droit ne récuse pas clairement. Le rôle de l'avocat doit-il alors seulement se concevoir comme celui qui filtre les demandes de son client et l'introduit dans le monde du droit? On pourrait aussi rappeler que certaines plaidoiries (par exemple celle de Badinter sur la peine de mort) ont incité le législateur à des changements du droit. Elles l'ont fait en montrant que des engagements qui découlaient d'un droit inadapté à des requêtes sociales et morales ne pouvaient plus susciter la mutualisation des autorisations.

Lichbacher aborde un sujet brûlant pour le philosophe que je suis, mais aussi pour le Laboratoire de Philosophie du droit. Faut-il introduire de la philosophie dans la formation des juristes? On se trouve confronté à un dilemme: soit on recourt à des philosophes – puisque la philosophie exige beaucoup de connaissances précises en accord avec les auteurs que l'on cite, à combiner avec des techniques d'argumentation pointues – mais ces philosophes n'ont pas la maîtrise des connaissances tout aussi précises et des techniques tout aussi pointues des juristes. Soit les juristes développent leurs propres préoccupations philosophiques en les reliant à leur expérience juridique – mais cela peut donner des versions des positions philosophiques qui feront au mieux sourire les philosophes. Bref soit les philosophes n'ont pas les autorisations nécessaires en droit, soit ce sont les enseignants de droit qui n'ont pas les autorisations nécessaires en philosophie. En revanche, les engagements des juristes, conscients du rôle social qu'ils peuvent avoir, peuvent les amener à critiquer les rôles « philosophiques » qu'ils se sont donnés – la doctrine « positiviste » n'est qu'un de ces rôles – et surtout les effets néfastes d'une acceptation non critique de ces rôles, voire pire, du choix d'une perspective qui refuse de se poser le problème de la justification de ces rôles. Or l'engagement critique est précisément celui qu'ont toujours mis au premier plan les philosophes – ils vont d'ailleurs souvent plus loin, pensant que s'autoriser à des positions radicales est utile en philosophie pour se dégager des présupposés douteux d'un consensus mou. Il semble donc possible d'explicitier comme tel cet aspect philosophique de l'engagement des juristes dans leur réflexion sur les rôles du droit. Laisser à la seule discrétion des juristes le soin de le faire serait cependant se priver du pouvoir d'examen des analyses philosophiques. Un enseignement qui serait assuré conjointement par un juriste et un philosophe semblerait plus souhaitable. On peut ici reprendre le modèle de licences comme la licence « sciences et humanités », où scientifiques et philosophes enseignent conjointement – malgré le problème que pose la complexité de l'ensemble des sciences, qui dépasse celle de la sphère juridique. Plus modestement, cet enseignement conjoint pourrait être une option offerte aux étudiants.

Ost a conclu ce colloque en rappelant que le processus d'un jugement de droit exige d'élaborer un raisonnement par cas, plutôt que de simplement appliquer une règle déjà déterminée à une situation. Alors qu'appliquer déductivement une règle présuppose en fait souvent simplement que vis-à-vis d'autres acteurs, vous êtes autorisés à le faire, Ost note à juste titre que décider à partir d'un cas implique un engagement, mais que d'autres peuvent discuter votre autorisation à le faire. C'est sembler prendre à rebours la distinction de Brandom, pour qui nous sommes engagés à tout ce qu'on peut déduire logiquement de notre position, alors qu'une inférence qui n'est qu'inductive nous donne seulement une autorisation à soutenir une hypothèse. Mais il n'en reste pas moins vrai que développer une hypothèse qu'on a imaginée, c'est s'engager à devoir la défendre, alors que l'application par

subsumption d'une règle à un cas (le degré zéro de la déduction, pourrait-on dire, puisqu'elle n'est valide que si l'instance particulière visée tombe directement sous la catégorie universelle) n'a pour effet que d'autoriser la conclusion sans apporter de contenu nouveau. Cependant, partir d'un cas pour échafauder une hypothèse n'est pas le tout du jugement de droit, puisqu'il faut envisager différentes hypothèses et faire un choix qui peut être considéré comme le résultat satisfaisant d'une délibération, ce qui revient à dire qu'il doit pouvoir donner lieu à une mutualisation des autorisations de ceux qui débattent – dans un cadre juridique donné. Si un raisonnement « casuistique » finit bien par choisir un des cheminements possibles, une des histoires interprétatives qui relient les différents aspects du cas, lesquels peuvent inspirer des références à diverses règles de droit, il a dû explorer la plupart des embranchements autorisés avant de s'engager ainsi.

Cette exploration ne suit pas seulement les chemins les plus fréquents, les chemins normaux. Passer du chemin normal à une exception est possible - nombre de règles de droit envisagent d'ailleurs de telles exceptions. Une exception devient nécessaire quand réduire la règle à une seule détermination « normale » se révèle un abus, selon les termes de Brecht. En revanche, raisonner par « passage à la limite » comme avaient fait les clercs imaginant qu'une confrérie soit encore en charge d'un monastère alors qu'aucun moine n'y vivait plus (comme Yann Thomas l'a montré), pourrait conduire à admettre que l'autorisation dépasse les possibilités d'engagement effectif. Et cela pourrait amener des juristes à maintenir des règles qu'aucun cas ne permette de mettre en œuvre – or un décret d'application d'une loi qui imposerait une procédure inapplicable pourrait à juste titre être attaqué en justice (comme l'a été, par l'industrie des cosmétiques (!), le décret d'application de novembre 2016 de la loi Jardet, portant sur les recherches bio-médicales et la personne humaine). En droit, le rapport à l'engagement est impératif aussi bien pour la règle que pour le cas.

L'imagination en droit ne consiste peut-être pas tant à créer une nouveauté exemplaire, une invention sans règle qui devienne la règle, comme dans l'esthétique kantienne, qu'à découvrir dans le réseau des règles des cheminements qui introduisent des ponts qu'on n'avait pas encore empruntés. Entraîner les étudiants en droit à imaginer des histoires qui rendent plus facilement reconnaissable un de ces cheminements complexes est donc une pédagogie très utile. Elle consiste au fond à découvrir que le réseau permet plus d'autorisations qu'on n'aurait cru – et peut-être pas celles que l'on croyait. Plus important encore, Ost montre qu'est indispensable une immersion des étudiants dans des situations du type des relations entre avocat et client et, plus généralement, pourrait-on ajouter, entre codification juridique et revendication, voire plainte sociale. Elle permet se rendre compte combien ne va pas de soi la médiation que suppose le droit entre d'une part des droits fondamentaux liés à des autorisations mutuelles entre citoyens et d'autre part des règles de droit et

leur usages – ces autorisations plus spécifiques censées veiller à des coordinations admissibles des engagements des citoyens entre eux. Il y a souvent des différences importantes entre les engagements et exigences effectives des citoyens dans leurs rapports entre eux et les engagements que pensent pouvoir coordonner les règles de droit. L'articulation entre ces deux modes d'engagement exige assurément une imagination créatrice, et aussi une grande capacité d'empathie.

Voilà quelques relations entre ces riches interventions que la piste proposée, celle des relations entre autorisations et engagements, suggérée par Chérot en référence à Brandom, permet de dérouler à partir du paradigme de Sen. Au lecteur de ré-explore et de développer la multiplicité d'autres liens que ces textes auront pu lui suggérer.

