



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Sommaire

| | |
|--|-----|
| ÉDITO..... | 4 |
| ARTICLE..... | 5 |
| <i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i> | 5 |
| Arthur GAUDIN | |
| DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i> | 18 |
| <i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i> | 21 |
| Benjamin MORON-PUECH | |
| <i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i> | 33 |
| Simon FOUQUET | |
| <i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i> | 45 |
| Pierre-Marie RAYNAL | |
| <i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i> | 66 |
| Jérémie VAN MEERBEECK | |
| <i>La relation première</i> | 83 |
| Emmanuel JEULAND | |
| <i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i> | 105 |
| Gregory BLIGH | |
| <i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i> | 132 |
| Romain GENIEZ | |
| <i>L'interaction humaine et le droit</i> | 146 |
| Lon L. FULLER | |
| <i>Repenser les droits comme des relations</i> | 183 |
| Jennifer NEDELSKY | |
| <i>Redessiner la relation juridique</i> | 206 |
| George PAVLAKOS | |
| CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS | 228 |
| <i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i> | 229 |
| <i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i> | 236 |
| <i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i> | 247 |
| <i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i> | 253 |
| RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS..... | 265 |
| 1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021..... | 265 |
| 2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021 | 266 |
| APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22..... | 268 |

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

Redessiner la relation juridique¹

George PAVLAKOS

Traduit du français par Simon FOUQUET

Introduction²

J'appellerai relation juridique la relation entre deux sujets d'une obligation juridique. J'essaierai de montrer que la relation juridique est la relation dans laquelle deux agents ou plus se trouvent lorsqu'ils sont impliqués dans une interaction qui déclenche le réquisit d'accord entre leurs libertés respectives, tout en défendant qu'une telle interaction ne présuppose pas nécessairement, pour son instanciation, l'existence d'institutions politiques.

Le raisonnement sera avancé en deux étapes. Premièrement, je montrerai qu'une large variété d'interactions entre agents pose le problème de l'accord entre leurs libertés respectives. Afin de modéliser cet argument, je dirai que de telles interactions déclenchent le « principe de liberté externe » (PLE) et proposerai une explication détaillée de la manière dont le PLE est déclenché. Puis j'en viendrai à proposer une description indépendante de la relation juridique, dont je pense qu'elle correspond à sa compréhension standard : à l'aide de la définition kantienne du Droit subjectif, je proposerai d'appréhender la relation juridique comme une relation qui génère les réquisits attachés au Droit subjectif, ceux-ci consistant en le fait d'agir en accord avec la liberté de tous. De ce fait, il s'avèrera que le PLE ainsi que tous les faits propres à des interactions qui le déclenchent peuvent générer une explication complète de la relation juridique, sans qu'il soit en plus besoin de se référer à des faits liés à des institutions politiques.

Le reste de ce propos sera consacré pour sa majeure partie à se confronter à des objections. Le point de vue défendu ici contraste fortement avec le point de vue répandu, partagé par des juristes positivistes comme non-positivistes, selon lequel la relation juridique présuppose des faits institutionnels propres à une communauté politique. Au-delà des aspects plus superficiels, il existe une raison plus profonde pour laquelle les institutions politiques doivent précéder la relation

¹ G. PAVLAKOS, « Redrawing the Legal Relation », 2018, 22 p., manuscrit non-publié, consultable à l'adresse suivante : [<https://ssrn.com/abstract=3199276>]. N.B. : La traduction proposée par Simon Fouquet a été relue et autorisée par l'auteur.

Simon Fouquet est doctorant en philosophie du droit à l'Université Nice Sophia Antipolis, ancien élève de l'École normale supérieure et agrégé de philosophie.

² Cette recherche a été partiellement soutenue par l'Agence de subvention de l'Académie tchèque des sciences par le biais d'un projet sur « Le rôle du principe de proportionnalité dans le processus décisionnel des tribunaux » (subvention ID : 15-23955S).

juridique, raison que je dois écarter pour que ma compréhension de la relation juridique tienne : un trait fondamental de la relation juridique est qu'elle fait naître des obligations (en bref : des obligations juridiques) qui sont applicables à tous ceux qui y participent. On pourrait objecter à ce modèle que le caractère exécutoire des obligations juridiques repose sur une sorte d'autorité qui est *omnilatérale* ou, autrement dit, une autorité qui émane de tous ceux qui sont impliqués dans la relation. C'est cette dimension omnilatérale de l'autorité, saisie par l'élément institutionnel de l'organisation politique, que ma conception manque. Ainsi celle-ci, selon cette objection, méconnaît-elle un trait essentiel de la relation juridique.

Je vais proposer de résister à une compréhension de la relation juridique en termes d'organisation politique qui suppose que cette dernière préexiste à la première. En fait, ma description repose sur l'idée que la relation juridique et la relation politique sont co-originaires : c'est lorsque nous sommes dans une relation juridique (c'est-à-dire lorsque le PLE a été déclenché) que nous entrons dans le domaine politique. Ou, ce qui revient au même, ce que signifie pour vous et moi d'être dans une relation politique, c'est que notre relation est une instanciation de la relation juridique. Le déclenchement du PLE est ce qui fonde à la fois la relation juridique et la relation politique. La conception que je défendrai a une conséquence importante, à savoir qu'il serait presque certainement source de confusion de lier la relation juridique à son organisation institutionnelle, laquelle dépend des institutions de chaque communauté politique particulière.

Pour conclure, j'essaierai d'étoffer ma proposition en présentant une description de la structure des obligations que fait naître la relation juridique, et en montrant, pour les obligations juridiques institutionnelles qui nous sont plus familières, comment elles forment une partie de cette structure et quelle est leur relation aux autres obligations non-institutionnelles en son sein.

Le principe de la liberté externe

Que faut-il à une relation pour être juridique ? Dans la conception que je propose, la relation juridique tient uniquement au fait de l'interaction entre deux ou plusieurs agents, d'une manière qui déclenche le réquisit selon lequel leur interaction demeure en accord avec la liberté de tous ceux qui sont impliqués. L'accord entre les libertés est explicitement mis en contraste avec l'accord entre les actions. Alors que ce dernier requiert un accord entre des schémas de comportement, le premier exige que nous agissions d'une manière qui s'accorde avec la capacité pour tous d'avoir une action finalisée. Cette capacité requiert que :

« [...] on ne peut faire quelque chose que si on a l'intention de le faire, et on ne peut avoir l'intention de faire que ce que l'on présume avoir le pouvoir de faire. »³

En d'autres termes, l'accord entre les libertés requiert que nous agissions d'une manière qui s'accorde avec l'aptitude de tous à poursuivre un but parce qu'on leur accorde les pouvoirs de poursuivre ce qu'ils ont l'intention de faire. Bien entendu, tout « but à poursuivre » est sujet à des contraintes de différentes sortes : pour prendre un exemple trivial, je ne peux entreprendre de voler car cela entrerait en contradiction avec les lois de la physique (possibilité nomologique). Une contrainte plus intéressante dérive du fait que mes buts dépendent symétriquement de la capacité de chacun à avoir l'intention de poursuivre ses propres buts. Si on laisse de côté les buts « mauvais » (comme tuer tous ceux que je n'aime pas), c'est principalement la poursuite simultanée de buts parfaitement naturels par des agents multiples qui pose des questions difficiles. Je pense ici à des cas où vous et moi voulons poursuivre un but qui nécessite l'usage de la même ressource épuisable ou finie : installer une tente sur le dernier emplacement disponible du camping ; utiliser les derniers œufs pour faire une omelette ; ou, plus fondamentalement, user de l'environnement physique de manière à satisfaire nos besoins ou objectifs en tant qu'individus ou que communauté⁴.

Dans ce qui suit, on se référera au réquisit d'accord entre les libertés par l'expression de Principe de Liberté Externe (PLE), dont le contenu sera résumé de la manière suivante :

PLE : L'acte de toute personne doit s'accorder avec la liberté de toute autre personne en se conformant à des raisons d'agir qui préservent la liberté de chacun.

Interaction

Laissons le PLE de côté un moment pour apporter quelques clarifications sur la nature de l'interaction en question : le seuil d'interaction est plutôt bas, puisqu'il

³ A. RIPSTEIN, *Force and Freedom* (Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009), p. 40, traduction libre de : “[...] you can only do something if you set out to do it, and you can only set out to do what you take yourself to have the power to do”.

⁴ Un élément clé de la solution offerte par le libéralisme au problème de la liberté externe est la propriété privée. Cette solution a été remise en question dans une longue et éminente série de travaux philosophiques qui visent à démontrer que la propriété privée, au lieu de promouvoir la liberté, sape les conditions de l'accord entre les libertés, car elle rend les sans-propriétés non libres (voir par exemple G. A. COHEN, “Capitalism, Freedom, and the Proletariat” reprinted in A. G. COHEN, *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*, edited by M. Otsuka (Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2011), 147-165. En raison de cette grave possibilité d'injustice, il est intellectuellement plus honnête de placer la charge de la preuve sur la propriété privée et, au lieu de cela, de maintenir la norme exigeante posée par l'exigence de l'accord entre les libertés, comme je le ferai dans ce chapitre.

inclut quasiment toute action qui a des effets bi- ou multilatéraux sur l'action d'autrui.

Deux caractéristiques de l'action sont à noter : premièrement, l'action doit viser à **diriger** l'agentivité d'autrui ou à produire des effets tels qu'ils dirigeront de manière prévisible l'agentivité d'autrui. Parmi les exemples ici, il y a les cas où l'on modifie les conditions matérielles de quelqu'un dans le but de l'amener à augmenter notre propre bien-être ; le fait d'établir des tarifs douaniers par un traité international d'une manière qui ait des effets sur des tiers au traité ; ou le fait d'entreprendre une frappe militaire qui vise explicitement à éliminer une cible ennemie mais qui blessera vraisemblablement des civils. La seconde caractéristique du type d'action pertinent consiste en ce qu'elle s'inscrit généralement dans le cadre d'un ensemble d'actions interdépendantes qui visent à un **échange**⁵. En d'autres termes, toutes choses égales par ailleurs, les parties prétendent poursuivre un objectif individuel en se donnant réciproquement les moyens de faire progresser leurs objectifs. Pourtant, dans la mesure où l'habilitation mutuelle implique pour chacun le fait de diriger l'agentivité de l'autre, les conditions de félicité de l'échange impliqueront au total les conditions d'un accord entre les libertés de tous ceux qui sont impliqués.

On pourrait objecter à un seuil d'interaction si modeste qu'il est trop inclusif. Il engloberait également les interactions entre amis, entre membres d'une famille ou d'un club privé. Une réponse complète à cette objection nous ferait sortir du cadre de cet article et ne serait de toute manière possible qu'après avoir explicité plus en détail le contenu du PLE et les conditions qu'il pose pour l'accord des libertés. Il convient toutefois de poser quelque jalon : face à ces prétendus contre-exemples, je maintiens que dans la mesure où ils déclenchent le PLE, ils constituent en un sens profond des relations juridiques. Il faut être attentif au fait que cela n'implique pas que la satisfaction du PLE doive être partout uniforme : par exemple, bien qu'un échange puisse nécessiter une égalité stricte entre les parties, une interaction familiale pourrait satisfaire le PLE en dépit de l'asymétrie due à l'autorité parentale. Ce qui importe ici est seulement que dans un cas comme dans l'autre, une interaction déclenche un réquisit d'accord entre libertés ; rien n'a encore été dit des fondements substantiels sur lesquelles repose cet accord⁶.

⁵ Pour une brillante discussion sur la possibilité de l'échange dans un esprit similaire, voir : A. J. JULIUS, "The Possibility of Exchange" in (2013), *12 Politics, Philosophy & Economics*, p. 361.

⁶ Il est à remarquer que cette affirmation implique une dimension supplémentaire qui ne deviendra patente que plus tard : l'accord entre les libertés fait indirectement référence à l'idée de bien commun qui, dans des interactions impersonnelles ou entre personnes indépendantes, est plus fragmentée que dans les relations familiales. Dans ces dernières, mais pas dans les premières, les idées globales afférentes à chaque famille pourraient suffire à assurer un accord entre les libertés.

Déclencher le Principe de Liberté Externe (PLE)

Si le seuil de déclenchement de l'interaction est bas, une question se pose sur le lien entre de telles interactions et le PLE, que l'on peut formuler de la manière suivante : « en vertu de quoi certaines interactions déclenchent-elles le PLE et non, par exemple, une autre norme de conduite ? »

Poser le problème de cette manière revient à interroger les fondements de la relation de déclenchement entre les faits d'interaction et le PLE. On peut penser spontanément que ces fondements incluent un fait moral relativement peu controversé, à savoir le postulat selon lequel nous devons agir conformément aux raisons que nous avons *réellement* d'agir ; appelons cela le « postulat de l'agir pour les raisons pertinentes » (PARP). Avant de montrer comment il fonde la relation de déclenchement, quelques mots sur le contenu du PARP.

En tant que principe général, le PARP empêche que l'agentivité (la nôtre ou celle d'autrui) soit dirigée d'une manière hétéronome, ou encore d'une manière qui ne tienne pas compte ou contourne les raisons aptes à justifier directement l'action effectuée⁷. La violation du PARP équivaut un cas d'hétéronomie ou de contrainte au sens large du terme. On distingue deux types de cas : ceux où l'on agit de manière isolée et ceux dans lesquels on interagit avec autrui. La violation du PARP dans les cas d'action isolée implique une « auto-contrainte », comme lorsque je jette mon livre par la fenêtre pour me résoudre à aller me balader. Dans les cas d'interactions avec autrui, le PARP exige que l'on ne conduise pas quelqu'un à faire quelque chose à moins que cette action soit conforme aux raisons qu'il peut avoir indépendamment de notre acte même de direction. De ce fait, le PARP sera violé si je vous fais travailler pour moi en échange du strict nécessaire à votre survie. Ou lorsque je vous trompe pour me vendre un tableau onéreux à un prix très bas en vous présentant de fausses preuves de sa valeur. A.J. Julius a appelé l'aspect interpersonnel du PARP (le principe d') *Indépendance*. Selon ce principe d'indépendance, lorsque j'ai l'intention de faire quelque chose qui implique (directement ou indirectement) de diriger les actions d'autrui, je dois le faire de sorte que cette personne conserve une raison indépendante d'agir comme ma direction le requiert de sa part⁸.

Comment le PARP fonde-t-il la relation de déclenchement entre une interaction et le Principe de Liberté Externe (PLE) ? Le PARP joue le rôle d'un fondement structurant, en ce qu'il explique comment des faits d'action interpersonnelle peuvent déclencher le PLE. Prenons l'exemple suivant : citoyen d'un pays riche, je milite en faveur de politiques d'immigration restrictives. La raison pour laquelle ce fait déclenche l'exigence que j'agisse en accord avec la

⁷ Je qualifierai de *directe* la justification d'un acte lorsque l'acte est effectué conformément à sa description plutôt qu'une autre : par exemple, si la raison que j'ai de voter pour Obama est de gagner un pari, alors mon vote pour Obama n'est pas un acte de vote mais l'acte de gagner un pari.

⁸ Julius, n° 4 supra, p. 363.

liberté de tous ceux qui ont l'intention d'immigrer dans mon pays s'explique par l'Indépendance (la version relationnelle du PARP). L'Indépendance mise à part, il deviendrait difficile d'expliquer pourquoi et comment de tels faits relatifs à mon action militante dans ce cadre peuvent déclencher une exigence d'agir en accord avec la liberté de tous ceux avec qui j'interagis.

La distinction entre les rôles que jouent le PARP et les faits d'interaction reflète la distinction entre les rôles des causes « structurantes » et « déclenchantes » dans le contexte des théories de l'explication causale⁹. Dans le contexte de la causation, Dretske contraste ces deux rôles en considérant (entre autres) le scénario d'un chien qui salive en entendant une cloche sonner, en raison d'un conditionnement classique¹⁰. Le conditionnement détermine un état cérébral qui cause la salivation du chien lorsque la cloche sonne, tout en étant lui-même aussi une cause de la salivation. Ce faisant, il crée une « structure » qui permet à la sonnerie de la cloche de jouer un certain rôle causal, laquelle « déclenche » à son tour le processus de salivation. De la même manière, dans le présent contexte, le PARP crée une structure qui permet aux faits d'action interpersonnelle de jouer un certain rôle explicatif, lesquels déclenchent à leur tour le Principe de Liberté Externe.

Pour conclure, il existe deux sortes de fondements au PLE : le PARP est le fondement structurant et les faits d'interaction sont les fondements déclenchants. Ensemble, ils forment un fondement explicatif complet pour le PLE.

Le contenu du PLE

Le Principe de Liberté Externe est pour ainsi dire un *corollaire politique* de l'Indépendance car il pose le problème de l'indépendance des raisons en termes de liberté : pour la partie destinataire des actions de quelqu'un, l'Indépendance requiert qu'elle ait une raison indépendante d'agir comme les actions de la partie destinatrice la commande de faire. Mais la liberté, c'est avoir le *pouvoir de poursuivre ce que l'on a l'intention de faire*. Pour ce qui est de déterminer ce qu'il faut faire, cela dépend des raisons que chaque agent a d'agir, et cela entre dans le champ de l'Indépendance ; mais pour ce qui est de se voir *accorder le pouvoir de poursuivre ce que l'on a l'intention de faire*, cela est du domaine de la liberté qui a une dimension publique incontournable : se voir accorder individuellement le pouvoir de poursuivre ce que l'on a l'intention de faire requiert un *pouvoir partagé* de poursuivre ce que chacun a l'intention de faire, puisqu'il est impossible d'être le seul à avoir le pouvoir d'agir lorsqu'on agit avec autrui.

⁹ La distinction entre causes déclenchantes et structurantes a été introduite par F. DRETSKE, *Explaining Behavior: Reasons in a World of Causes* (Cambridge, Mass., MIT Press, 1988). Pour un usage dans le contexte d'explications fondationnelles, voir S. CHILOVI et G. PAVLAKOS, « Rational Determination as Grounding » (version non publiée en possession de l'auteur).

¹⁰ Cet exemple provient de J. SCHAFFER, "Grounding in the Image of Causation", in (2016), Vol. 173, *Philosophical Studies*, p. 49.

Compte tenu du contexte de la liberté, l'Indépendance plus l'interaction entre agents déclenche le PLE, dont la signification devient à présent plus claire : il requiert que nous agissions d'une manière qui s'accorde avec le pouvoir des autres d'entreprendre de poursuivre ce qu'ils ont des raisons de poursuivre, pour des raisons qui sont indépendantes des effets de nos actions. En fin de compte, il exige que nous partagions avec autrui le pouvoir d'agir pour les raisons indépendantes de chacun.

La liberté externe et la relation juridique

J'en viens maintenant à la relation juridique. Je soutiens que les faits de l'interaction ainsi que le Principe de Liberté Externe (PLE) offrent une explication complète de la relation juridique et qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres fondements, par exemple ceux qui incluent les faits institutionnels d'un système juridique¹¹. En outre, je commencerai dans cette section à explorer la manière dont le PLE explique l'existence d'obligations légales. Je vais d'abord revenir à une explication classique et plausible de la relation juridique avant de montrer qu'on peut en rendre complètement compte par la combinaison des faits d'interaction et du PLE. Cette explication de la relation juridique formera la base d'une description plus détaillée des obligations légales qui devra attendre la dernière partie du chapitre.

La définition du droit de Kant offre un point de départ solide pour une description de la relation juridique :

« Est juste toute action qui peut ou dont la maxime peut laisser coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout le monde d'après une loi universelle. »¹²

Cette définition fixe les critères d'une interaction admissible entre agents libres (une interaction légitime). Pour Kant également, la notion de liberté est mieux comprise comme indépendance à l'égard de la contrainte, laquelle peut consister en l'assujettissement d'un agent libre à une conduite hétéronome (que ce soit par la violence physique, la tromperie ou ainsi de suite ; ou toute autre forme d'assujettissement au choix d'autrui). En conséquence, une interaction légitime vise à assurer l'indépendance entre agents dans leurs interactions, le réquisit étant que chacun des agents ait l'intention d'effectuer des actes légitimes, c'est-à-dire des actes pouvant coexister avec le pouvoir de tous les autres d'entreprendre des actes légitimes.

¹¹ Il est à noter qu'il s'agit d'une explication fondationnelle distincte de celle proposée plus haut par rapport au PLE. Ici, les fondements putatifs comprennent le PLE lui-même plus les faits d'interaction qui le déclenchent.

¹² Nous reprenons ici la traduction la *Métaphysique des mœurs* de J. et O. MASSON dans le volume III des *Cœuvres philosophiques*, Paris, Pléiade, Gallimard, 1986, p. 479.

Je distingue deux aspects de la relation entre les conditions de l'interaction légitime et la relation juridique : on peut concevoir la relation juridique comme la relation dans laquelle on se trouve lorsqu'il est *requis* que l'on agisse légitimement (en agissant en accord avec la définition du droit) ; de manière alternative, on peut la décrire comme la relation dans laquelle on se trouve lorsqu'on est déjà engagé dans une conduite légitime. Dans le premier cas, on identifie la relation juridique à travers la portée du réquisit d'agir légitimement ; tandis que dans le second cas la relation juridique est fondée sur le lieu qui réalise le réquisit de conduite légitime (d'ordinaire, il s'agit de la structure institutionnelle d'un système de règles).

Kant pensait que l'état juridique, comme état qui réalise les exigences du droit, nécessitait l'existence d'institutions publiques :

« [...] Avoir quelque chose d'extérieur pour sien n'est possible que dans un état juridique, sous l'empire d'une législation publique, c'est-à-dire dans l'état civil. »¹³

De nombreux détails mis à part, Kant considérait que l'état juridique ne se matérialisait qu'au sein d'un système de normes publiquement autorisées ne pouvant exister que dans le cadre d'un ordre légal positif (*l'état civil*). Les normes juridiques, en tant qu'elles sont assorties de sanctions, ont la capacité d'« entraver l'entrave à la liberté » et donc de rétablir l'état juridique en cas d'actes répréhensibles.

Selon une interprétation courante, cela requiert que la *portée* de la relation juridique soit fondée sur son *lieu*. La raison en est que le réquisit de la liberté comme indépendance, posé par la définition du droit, ne peut être pleinement réalisé tant qu'un système juridique n'est pas en place :

« [Kant] énonce tout d'abord la relation d'indépendance en sa forme la plus simple comme une contrainte pesant sur les interactions entre personnes. Il appelle cela "le droit inné de l'humanité" en la propre personne de chacun car il n'est pas besoin d'un quelconque acte pour l'établir. Au lieu de cela, les gens ont droit à l'indépendance simplement parce qu'ils sont des personnes capables de poser leurs propres objectifs. Cette forme d'indépendance est incomplète et doit être étendue afin de prendre en compte la possibilité que les gens puissent avoir droit à des choses autres que leurs seuls pouvoirs corporels propres. Ces droits relèvent du droit privé et correspondent aux catégories traditionnelles du droit privé romain, les relations de propriété, contrat et statut, qui régissent les droits sur les choses, sur les actions d'autres personnes et, dans des cas particuliers, des droits sur les autres personnes. Ces catégories fournissent une spécification complète de l'indépendance entre les personnes en interaction, mais on ne peut en jouir universellement et d'une manière qui s'accorde que dans un état où existe un droit public avec des branches législative, exécutive et judiciaire. Chacune de ces

¹³ *Ibid*, p. 507.

branches, à son tour, a des pouvoirs supplémentaires fondés dans sa vocation à procurer un état juridique. »¹⁴

Considérer l'état juridique de Kant comme identique à la relation juridique ne va cependant pas de soi. De ce que l'état juridique doit désigner une structure de normes au sein de laquelle les réquisits du droit sont satisfaits, il ne suit pas que la relation qui requiert de nous d'interagir de manière légitime doit s'abîmer dans l'état juridique. Il est plausible que la relation qui requiert de nous d'interagir de manière légitime soit antécédente à tout lieu institutionnel assurant l'interaction appropriée¹⁵. Si l'on cherche à déduire la meilleure explication, cette relation semble bien être une relation juridique, dans la mesure où ce qui introduit le domaine du Droit, en tant que distinct du domaine (général) de la morale, c'est précisément le réquisit que nous agissions en accord avec la liberté de tous les autres, et non la question de savoir si nous parvenons effectivement à agir ainsi. C'est bien la première de ces questions qui nous ordonne d'agir légalement et qui nous donne le critère d'appréciation de notre succès ou de notre échec ; si notre présence dans une relation juridique dépendait de la seconde question (celle du succès ou de l'échec), nous échouerions à entrer dans une relation juridique non seulement en l'absence mais aussi en présence d'un système juridique, en l'occurrence à chaque fois que nous échouerions à agir conformément aux règles du droit positif ; mais penser cela serait absurde.

Pour mieux illustrer ce point, on peut faire une analogie instructive avec l'explication que donne Tim Scanlon des obligations promissives. Dans « Promises and Practices »¹⁶, Scanlon défend l'idée qu'une explication des fondements d'une obligation promissive ne nécessite pas l'existence d'une pratique sociale de la promesse, même si les pratiques sociales peuvent faciliter, et facilitent effectivement l'essor de telles obligations à de nombreux égards. Bien plutôt, selon Scanlon, ce qui fonde une obligation promissive est un principe moral plus abstrait de *Fidélité* qui donne une raison morale d'effectuer une action dans le cadre d'une conduite future pour laquelle nous avons amené autrui à avoir des attentes. De ce fait la Fidélité,

« [...] n'est pas seulement l'institution sociale de la promesse sous un autre nom. Pour commencer, le principe n'est pas lui-même une institution sociale – sa validité ne dépend pas du fait qu'on le reconnaisse ou qu'on y adhère. »¹⁷

Le principe de fidélité est plutôt fondé sur les raisons qu'ont les personnes de donner de la valeur à la certitude en tant que condition pour s'engager dans une

¹⁴ RIPSTEIN, n° 2 supra, 17 (notre traduction).

¹⁵ On peut penser que Kant dit cela lorsqu'il maintient que la première occurrence des réquisits du Droit intervient indépendamment d'institutions coercitives, à savoir sous la forme d'un droit inné.

¹⁶ T. SCANLON, "Promises and Practices", in (1990), Vol. 19, *Philosophy and Public Affairs*, p. 199.

¹⁷ *Ibid*, p. 210 (notre traduction).

agentivité autonome¹⁸. Ce qui déclenche la Fidélité est une interaction personnelle qui conduit à avoir des attentes sur la conduite future d'une partie.

L'explication que donne Scanlon des obligations promissives aide à éclairer la relation entre les réquisits du Droit et l'état juridique. Comme les réquisits de la Fidélité, les réquisits du Droit sont *déclenchés* par des interactions interpersonnelles qui incluent éminemment les pratiques institutionnelles de l'état juridique. De même, comme dans le cas de la Fidélité, les réquisits du Juste « ne sont pas seulement une institution sociale (à savoir celle qui constitue l'état juridique), parce que leur validité ne dépend pas du fait qu'on les reconnaisse ou qu'on y adhère ».

Ces remarques suggèrent qu'il est trompeur et, potentiellement, source de confusion conceptuelle de considérer que le lieu du droit (au sens de l'état juridique) épuise sa portée (au sens des réquisits du Droit ou, comme on l'a défendu plus haut, de la relation juridique). Parvenu à ce point, il devient clair qu'une explication de l'existence de la relation juridique ne nécessite pas de référence au droit positif. Au lieu de cela, on peut donner une explication complète de la relation juridique en se référant au Principe de Liberté Externe (PLE) ainsi qu'aux faits d'interaction qui le déclenchent.

Avant d'aborder des objections essentielles, je voudrais faire un petit bilan : j'ai proposé de comprendre la relation juridique comme la relation qui pose les réquisits du Droit (interaction légitime), ce réquisit consistant à agir en accord avec la liberté de tous. Dans le même ordre d'idées, j'ai montré que le Principe de Liberté Externe (PLE) est l'exigence que nous agissions en accord avec la liberté d'autrui et que le PLE peut être déclenché par des interactions entre agents, indépendamment de tout dispositif institutionnel particulier. J'ai par conséquent défendu l'idée que les cas où les interactions entre agents déclenchent le PLE, conjointement avec le PLE, expliquent pleinement (ou fondent) la relation juridique.

L'objection de la priorité des institutions politiques

J'en viens maintenant à l'examen d'une objection centrale à ma thèse selon laquelle une explication complète de la relation juridique ne nécessite aucune référence à des faits institutionnels liés à une autorité politique. On peut exprimer cette objection de deux manières : dans la première, elle se limite à l'affirmation d'une priorité formelle des actions entreprises par les institutions politiques. La seconde manière de l'exprimer va plus loin en ce qu'elle dérive la priorité des institutions politiques de leur capacité à représenter une caractéristique essentielle de la relation juridique, à savoir leur capacité à faire naître une *autorisation omnilatérale*. Sous ses deux formes – mais particulièrement sous la seconde – l'objection ébranle l'idée que le principe de liberté externe (PLE) et les faits qui le

¹⁸ *Ibid*, p. 205-6 (notre traduction).

déclenchent puissent fournir une complète explication de la relation juridique. En effet, si elle visait juste, l'objection montrerait que les faits institutionnels liés à une autorité politique forment un élément constitutif supplémentaire de la relation juridique et qu'ils résistent à une explication dans les termes conjoints du PLE et des faits qui le déclenchent¹⁹.

Quelques mots de la première version de l'objection²⁰. Selon une opinion répandue, partagée aussi bien par des positivistes que par des non-positivistes, les conditions d'existence de la relation juridique comprennent nécessairement des faits institutionnels liés à des institutions politiques²¹. De ce fait, dans le cas du positivisme juridique, des faits liés à une pratique distinctement identifiée fondent des normes juridiques qui, à leur tour, fondent la relation juridique²². Dans ce scénario, la relation juridique ne saurait se matérialiser en dehors du lieu d'une pratique institutionnelle génératrice de normes. Par contraste, pour le non-positiviste²³, ce ne sont pas les faits liés à une pratique distincte génératrice de normes, mais les faits liés aux institutions politiques en général qui fondent la relation juridique. Essentiellement, l'argumentation du non-positiviste n'entend pas restreindre les fondements de la relation juridique à un format législatif particulier, mais est disposée à admettre parmi les fondements pertinents tout autre action émanant des institutions politiques, dans la mesure où elle peut avoir de l'effet sur les droits moraux des membres de la communauté. Malgré l'élargissement de l'éventail des fondements pertinents, le non-positivisme continue de restreindre les explications possibles de la relation juridique. Sa proposition ne fait que déplacer les frontières de la relation juridique vers un lieu plus englobant : en contraste avec le positivisme, le lieu pertinent pour le non-

¹⁹ Il est évident que des faits liés à une autorité politique peuvent également déclencher le PLE. Cependant, j'affirme que les faits liés à une autorité politique sont seulement suffisants mais non nécessaires pour le déclenchement du PLE. Bien plutôt, afin de justifier mon affirmation, je dois maintenir que la base nécessaire pour le déclenchement du PLE ne comprend pas de faits liés à une autorité politique.

²⁰ Je serai bref ici dans la mesure où j'en ai déjà traité autre part : G PAVLAKOS, "Revamping Associative Obligation", in S. KHURSHID et al (eds), *Dignity in the Legal and Political Philosophy of Ronald Dworkin* (Oxford, Oxford University Press, 2018).

²¹ Je suppose que les descriptions positivistes et non-positivistes des obligations juridiques sont en même temps des descriptions de la relation juridique. Cela est cohérent avec ce que j'ai admis plus haut au sujet du recoupement entre les obligations juridiques et la relation juridique (voir l'introduction).

²² Je propose ceci comme reconstruction de la position positiviste standard que l'on peut attribuer au positivisme de Hart ; voir le *locus classicus*, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 3^e édition (ed. by L. GREEN) (Oxford University Press, 2012).

²³ Je choisis l'interprétivisme dworkinien comme cas paradigmatique du non-positivisme : voir R. DWORKIN, *Law's Empire* (London, Fontana Press, 1986) ; *idem*, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge Mass, Harvard University Press, 2011) ; et pour une reconstruction informative, voir N. STAVROPOULOS, "Legal Interpretivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. ZALTA (ed.), URL : <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>. Dans la présente perspective, je compte également au nombre des points de vue dworkiniens au sens large ceux de Mark Greenberg : pour un énoncé récent, voir M. GREENBERG, "The Moral Impact Theory of Law" in (2014), Vol. 123, *Yale Law Journal*, p. 1288.

positivisme n'est pas celui d'une institution fixe et génératrice de normes (par exemple la Règle de Reconnaissance), mais il englobe toute action entreprise par les institutions émanant d'une association politique²⁴. Il y aurait bien plus à dire de chacune de ces deux conceptions et, évidemment, il y a bien plus de différences que de similarités dans la manière dont chacune se propose d'expliquer la relation juridique. Cependant, il est crucial dans la présente perspective que ces deux conceptions partent, pour inférer la portée de la relation juridique, du lieu des institutions politiques existantes.

La priorité du lieu sur la portée devient plus intéressante lorsqu'elle se présente comme une objection à la conception défendue ici, lorsqu'elle est exprimée non dans les termes d'une priorité formelle des faits liés à une autorité politique, mais dans ceux de la capacité de ces faits à représenter une caractéristique essentielle de la relation juridique : à savoir sa capacité à faire naître des obligations qui sont autorisées par tous ceux qui sont sujets à ces obligations. Selon l'objection, toute description qui oublierait cet aspect crucial ne peut constituer une analyse correcte de la relation juridique.

L'idée que les obligations juridiques nécessitent une *autorisation omnilatérale* du type mentionné est centrale dans la philosophie kantienne ; on peut l'inférer de sa compréhension des réquisits du Droit. Nous avons vu plus haut que la définition que Kant donne du Droit soutient que l'on a un droit à une ligne de conduite seulement si elle peut coexister avec la liberté de tous les autres en accord avec une loi universelle²⁵. Dès lors qu'un acte est juste en ce sens, il existe un droit à le réaliser et en même temps à faire obstacle à tout ce qui pourrait lui faire obstacle. De manière cruciale, cependant, notre droit à des actes légitimes doit reposer sur une autorité omnilatérale, ou publique, afin de devenir contraignant pour les autres. Cette condition se trouve exprimée par le réquisit selon quoi la coexistence d'un acte avec la liberté de tous les autres doit être en accord avec une *loi universelle*. Spontanément et directement, on peut comprendre cette condition dans les termes de la source d'autorisation de l'acte. Il ne suffit pas d'établir lesquels de mes actes peuvent coexister avec les droits des autres à user de leurs moyens comme ils l'entendent ; il est également nécessaire que ladite coexistence

²⁴ La différence principale entre le positivisme et le non-positivisme est que dans le cadre de ce dernier, les actions du gouvernement ont besoin de l'appui de principes moraux pour constituer une obligation juridique. On peut interpréter cette différence comme une différence dans la manière de réagir au problème de l'indétermination. Le problème concerne la contribution des faits non-normatifs au sujet des discours et des actes des responsables politiques au contenu du droit. Le positivisme peut expliquer comment de tels faits font le droit d'une manière déterminée, car il use d'une règle formelle structurante (à savoir la règle de reconnaissance) afin de montrer comment des faits (autrement) aléatoires au sujet des actions et discours des responsables politiques peuvent compter comme contenu juridique déterminé. Par suite de son rejet d'une règle formelle structurante, le non-positivisme a besoin de structurer les mêmes faits (autrement) aléatoires à propos des actions et discours des responsables politiques par le biais de normes morales. Voir Chilovi et Pavlakos, note 8 *supra*.

²⁵ KANT, n° 11 *supra*, p. 479.

soit établie sur la base d'une « loi universelle » qui unisse l'arbitre de tous ceux qui sont soumis à l'ordre d'agir de manière légitime. Pour comprendre pourquoi, il nous faut en venir à un problème qui est au cœur de l'analyse de Kant.

Le problème apparaît plus aigu chez Kant dans le cadre du droit acquis, qui concerne l'usage d'objets externes et les relations avec les autres, même s'il s'étend à tous les cas de conduite légitime. Il est évident que par nos actions, dont certaines impliquent l'usage de différentes parties de l'environnement, nous modifions la situation normative d'autrui (par exemple, en acquérant des titres exclusifs sur des objets extérieurs). Mais aucun acte unilatéral ne peut consolider un changement dans la situation normative d'autrui à moins qu'il existe une autorisation (ou une permission) qu'un tel acte (unilatéral) puisse avoir des résultats contraignants pour tous²⁶. Kant pensait qu'une telle autorisation ne pouvait être obtenue que par le biais du droit public, ou encore du système de lois générées par une autorité politique institutionnalisée (*l'état civil*) :

« Il s'agit donc d'un système de lois à l'usage d'un peuple, c'est-à-dire d'une multitude d'hommes ou d'une multitude de peuples qui, entretenant des rapports d'influence réciproque, ont besoin, pour que leur échoie en partage ce qui est de droit, d'un état juridique obéissant à une volonté qui les unifie : d'une constitution (*constitutio*).²⁷ »

De ce fait, il est à noter que dans la compréhension kantienne, les réquisits et la forme des droits étaient conceptuellement premiers vis-à-vis de l'état civil, mais en même temps il pensait que les droits ne pouvaient fonder des créances exécutoires que par le moyen d'une autorité politique organisée, précisément parce que les obligations du droit impliquent nécessairement une dimension omnilatérale. C'est donc l'exigence spécifique d'autorisation omnilatérale qui nécessite un enchâssement de la relation juridique (en tant que réquisits du Droit) dans l'état civil qu'établissent les institutions politiques. Faute de cette exigence, il aurait été parfaitement naturel d'établir une distinction conceptuelle entre la relation juridique (en tant que réquisits du Droit) et l'état juridique (en tant qu'institutions politiques)²⁸.

Une variante contemporaine de la description kantienne conçoit la relation juridique comme autorisant à contraindre ses sujets « en leur nom ». Ce point de vue a été principalement énoncé par Thomas Nagel en considération d'un domaine de première importance politique : dans la conception de Nagel, la portée des obligations d'équité et de justice doit se restreindre au lieu institutionnel qu'est l'État-nation, précisément parce ce dernier a seul la capacité d'instaurer des relations juridiques *en tant que* relations qui autorisent *de manière omnilatérale*

²⁶ Ripstein, n° 2 *supra*, aux chapitres 3 et 6.

²⁷ Kant, *op. cit.*, p. 575.

²⁸ Voir la discussion menée dans la section 2 *supra*.

l'exécution des obligations²⁹. Dans la conception de Nagel, seule l'existence de faits institutionnels prétendant contraindre un groupe de gens « en leur nom » peut donner lieu à des obligations de droit et, par conséquent, engager les exigences de justice et d'équité pour la légitimité morale. Comme c'est le cas chez Kant, Nagel estime que la force spécifique des obligations de droit nécessite :

« [...] une implication spéciale de l'agentivité ou de la volonté qui est inséparable de l'appartenance à une société politique. Non pas la volonté de devenir ou de rester membre, puisque la plupart des gens n'ont pas l'occasion de faire ce genre de choix, mais l'engagement de la volonté qui est essentiel à la vie en société, dans le double rôle que chaque membre joue en tant qu'un des sujets de la société et en tant que l'un de ceux au nom de qui l'autorité est exercée. On pourrait même dire que nous participons tous à la volonté générale. »³⁰

Et il ajoute :

« En bref, l'État formule des exigences spécifiques à la volonté de ses membres – ou les membres se formulent des exigences spécifiques les uns aux autres au travers des institutions de l'État – et ces exigences exceptionnelles entraînent des obligations exceptionnelles, les obligations positives de justice. Ces obligations ne vont pas plus loin que les exigences et cela explique le caractère spécial de la conception politique. »³¹

De manière cruciale, le point de vue que j'attribue conjointement à Kant et Nagel soutient que les réquisits du Droit impliquent l'imposition d'obligations « au nom de tous », c'est-à-dire des obligations qui sont édictées par des institutions politiques d'une manière qui engage la volonté des sujets au nom de qui l'autorité est exercée. Cela entre potentiellement en tension avec ma démonstration précédente selon laquelle on peut expliquer pleinement la relation juridique à l'aide du PLE et des faits qui le déclenchent, là où ces faits n'incluent pas de faits liés à une autorité politique. En outre, il est à remarquer que mon raisonnement supposait que la relation juridique est la relation qui fait naître les réquisits du Droit. Cependant, si ces réquisits incluent une dimension omnilatérale telle qu'incarquée par les institutions politiques de l'état juridique, alors le PLE échouera à générer une explication complète (fondationnelle) de la relation juridique.

²⁹ Voir T. NAGEL, "The Problem of Global Justice" (2005), Vol. 33, *Philosophy and Public Affairs*, p. 113. Nagel, contrairement à Kant, inclut des obligations de justice dans les obligations exécutoires entre sujets de droit. Cette différence s'accorde avec le point de vue de Nagel selon lequel la relation juridique est coextensive à la relation associative qui existe entre des sujets organisés au sein d'une communauté politique ; et son point de vue supplémentaire selon lequel la relation associative politique est elle-même fondée sur la totalité des principes de la moralité politique qui la rendent légitime. Ces principes ne se limitent pas aux obligations kantienne du droit, mais elles nécessitent d'être étendues pour inclure également les principes de justice et d'équité.

³⁰ *Ibid*, p. 128 (notre traduction).

³¹ *Ibid*, p. 130.

Je me demande si l'omnilatéralité n'est pas une propriété que les réquisits du Droit, non pas possèdent, mais doivent acquérir. Il me semble plutôt plus probable que si la liberté externe nécessite que l'on agisse d'une manière spécifique, alors ses réquisits sont omnilatéraux dès le départ, précisément parce qu'ils concernent un collectif dont les membres, lorsque chacun d'eux agit, doivent agir d'une manière qui prenne en compte la liberté de tous les autres membres. Mais l'objection dont je traite ici semble partir de l'autre bout : elle suppose en effet que les réquisits du Droit ne visent pas à rendre possible la liberté de tous, mais seulement à promouvoir la finalité de chacun *jusqu'au point où* ils doivent être rendus compatibles avec la finalité de tous les autres (*ce qui en soi ne concerne que l'individu jusqu'à ce que cela entre en contact avec les autres et leur propre finalité individuelle*).

En d'autres termes, voilà à quoi ressemble le schéma sur lequel s'appuie l'objection : les « libertés » sont d'abord unilatérales, mais elles doivent se voir prêter un effet omnilatéral dans des situations qui nécessitent leur coexistence. Les exigences du Droit ne serviraient alors que l'objectif d'offrir une formule permettant de gérer les « externalités » de la liberté de chaque individu. À en juger par ce tableau, c'est à une notion très spécifique d'omnilatéralité qu'on a affaire ici, laquelle nécessite quelque *factum* déclarant l'omnilatéralité des réquisits sous lesquels les libertés peuvent coexister. Mais on peut bien aussi remarquer que cette notion contraste avec une autre notion d'omnilatéralité, qui est plus proche de mon intuition initiale, que je pense plus naturelle : les réquisits du Droit sont omnilatéraux *en vertu de* la relation qui les fonde, à savoir une interaction qui opère sous la contrainte de la liberté externe ou encore sous le réquisit que chacun agisse d'une manière qui puisse coexister avec la liberté de tous les autres.

Dans cette seconde version, l'omnilatéralité *est simplement* la propriété de tout réquisit posant un schéma d'action par lequel chaque personne peut agir d'une manière qui puisse coexister avec la liberté de tous les autres. Pour saisir l'aspect naturel de cette suggestion, il convient d'ajouter quelques remarques.

Tout d'abord, il est suffisant de penser l'omnilatéralité comme caractérisant le sujet à qui les réquisits de la liberté externe s'adressent. Cela est différent d'une compréhension de l'omnilatéralité comme condition d'existence de ces réquisits. Ce dernier point de vue, que je pense être implicite dans la ligne d'argumentation de Kant et Nagel, fonde l'omnilatéralité sur des faits de promulgation du droit par des institutions politiques établies. Par contraste, une approche minimaliste de l'omnilatéralité exige seulement qu'il y ait un sujet pluriel à qui les réquisits de la liberté externe soient attachés. Cette condition peut être satisfaite facilement : le sujet pluriel peut être « fixé » par la portée du Principe de Liberté Externe (PLE) à chaque fois qu'il est déclenché, comme cela a été montré plus haut³². Deux ou plusieurs agents quelconques dont les interactions déclenchent le PLE « équivalent » à un sujet collectif (*we-subject*) omnilatéral qui est soumis à des

³² Section 1, *supra*.

réquisits qui font que les actes de chacun des agents constituants peuvent coexister avec la liberté de tous les autres. Dans la compréhension proposée, l'omnilatéralité est fondée sur la portée de la liberté externe qui désigne un sujet collectif comme sujet de ses réquisits.

Une manière instructive de dépeindre le sujet collectif consiste à utiliser une fonction non-saturée ($F(x)$) qui établit une correspondance entre des ensembles d'agents qui interagissent et des ensembles de sujets collectifs des réquisits de la liberté externe. En fonction du contexte dans lequel le PLE est déclenché, la modélisation fera apparaître un sujet collectif plus ou moins peuplé : par conséquent, le sujet collectif d'un ordre juridique interne sera bien moins volumineux que celui d'un traité international, ou que le sujet collectif impliqué dans la relation déclenchée par le commerce mondial.

Le point clé est que l'omnilatéralité n'est pas « accordée » par décret ou par délégation (par la législation, le consentement, la convention, etc.) mais est contenue implicitement dans le concept de liberté externe³³ : les réquisits de liberté externe sont, par nécessité, revendiqués au nom d'un sujet pluriel ou conjoint qui est déterminé par la portée du PLE, lorsqu'on le projette sur un contexte quelconque d'interaction³⁴. À cet égard, et de manière cruciale, se pose la question suivante : « pourquoi considérer comme une vérité nécessaire le fait que les réquisits de liberté externe soient des réquisits collectifs (*we-requirements*) ? » On peut répondre simplement en disant que la liberté d'autrui fonde une raison objective pour tous les autres. En empruntant un terme familier, on peut appeler cela la *publicité* des raisons fondées sur la liberté³⁵. Je ne peux pas batailler beaucoup pour cette idée dans le présent contexte, mais une description succincte suffira à exprimer ce que je veux dire. Selon une conception crédible, la liberté implique que l'on agisse pour les raisons que l'on a (appelons-les les *raisons pertinentes*)³⁶. La jonction des raisons pertinentes avec l'agentivité rend quelqu'un libre en le rendant indépendant de nombre d'interférences : les impulsions

³³ Il est à noter qu'un tel acte de création est présumé par la plupart des théories contemporaines de l'action collective, lesquelles requièrent qu'il y ait un acte de constitution ou de convergence qui crée un sujet collectif antécédent aux obligations qui s'y attachent. Dans cette mesure, ces descriptions suivent les descriptions jurisprudentielles qui privilégient le lieu sur la portée des obligations juridiques (voir section 2, *supra*).

³⁴ Ce sujet collectif n'a pas besoin d'être ontologiquement distinct des individus qui le constituent. Bien plutôt, sa « compositionnalité » est fondée sur un mode de présentation : celui d'un sujet d'un réquisit de liberté externe. Pour une description de l'action collective qui a inspiré le présent exposé, voir Julius, *Reconstruction* (manuscrit non publié, <http://www.ajjulius.net/reconstruction.pdf>), ch. 10.

³⁵ J'emprunte le terme à Julius, *ibid*, ch. 7.

³⁶ Cela a été formulé plus haut comme le postulat de l'agir pour les raisons pertinentes (PARP) ; voir section 1, *supra*. Déterminer ce qui constitue une raison pertinente, aussi bien chez Kant que dans le contexte contemporain de la philosophie analytique (post-kantienne), est une longue discussion. Heureusement, dans le présent contexte il n'est pas nécessaire de s'engager dans ce débat. Dans la perspective présente, agir pour la « raison pertinente » doit être compris comme le fait d'agir pour une raison que l'agent a, et comme le fait d'agir parce qu'il a cette raison.

psychologiques, le choix des autres ou la compulsion de la nature. La liste ne se veut pas exhaustive mais elle exprime le fait que la conception de la liberté pertinente ici est basée sur les raisons d'agir, par opposition à une conception qui serait basée sur l'absence de limites à l'action.

La liberté, dans la compréhension il est vrai kantienne que je propose ici, nécessite que s'harmonisent avec succès l'agentivité et l'action, ce succès dépendant de la réalisation des raisons pertinentes. Plus important pour la perspective présente est le fait que l'agentivité, qui parvient à être libre de cette manière, a plus de valeur que la réalisation des raisons qui la guident³⁷. Pour donner un exemple, lorsque je vote pour les *raisons pertinentes*, quelles qu'elles soient (et non, par exemple, parce que quelqu'un m'offre une importante somme d'argent), alors mon vote a en quelque sorte une double valeur : il a de la valeur car il réalise ces raisons pertinentes (par exemple, contribuer à installer un gouvernement équitable et juste) ; mais il a aussi de la valeur en tant qu'exemple d'agentivité « réussie » ou libre, c'est-à-dire en tant qu'exemple d'agir pour les raisons pertinentes. En vertu de cette dernière source de valorisation, tout exemple d'agentivité libre (ou, pour être plus simple, de liberté) peut présenter à tout autre agent, au-delà de son auteur, une raison de la promouvoir.

En conséquence, les exemples de la liberté sont source de raisons d'agir à deux niveaux : premièrement, d'un point de vue interne, elles font signe vers des raisons qui aident l'agent à parvenir à réaliser des exemples de liberté ; deuxièmement, d'un point de vue externe, elles font naître pour tout autre agent des raisons indépendantes de promouvoir des exemples de liberté. Le résultat de ce raisonnement est le suivant : dans la mesure où la liberté représente le succès pratique d'un agir motivé par les raisons pertinentes, toutes les raisons sont *publiques* : c'est-à-dire que lorsqu'elles conduisent à un succès pratique, elles font naître ensuite des exemples de liberté qui sont la source de raisons indépendantes, pour tous les autres, de les promouvoir. Voilà une formulation succincte de la publicité :

Pour tout fait R, personne A, personne B et action x, si R donne à A une raison de faire x, alors le fait que R donne à A une raison de faire x donne à B une raison d'agir pour que A puisse faire x³⁸.

Or la publicité des raisons est particulièrement intéressante dans le contexte de la liberté externe. Souvenons-nous que certaines interactions entre agents déclenchent le Principe de Liberté Externe (PLE), lequel requiert que les actions de ceux qui sont impliqués soient compatibles avec la liberté de tous les autres. Si l'on pose que la liberté de chaque personne consiste en des occurrences réussies d'un agir motivé par la *raison pertinente*, alors la publicité fait de ces occurrences des raisons pour tous ceux qui sont impliqués dans le champ d'application du PLE.

³⁷ La présente description ainsi que celle du paragraphe suivant s'appuient fortement sur Julius, n° 33 *supra*, chapitre 7.

³⁸ Julius, n° 33 *supra*, p. 69.

Mais, ensuite, la liberté de chaque personne, en fondant une raison pour tous les autres, adjoint les sujets individuels à un sujet collectif en tant que sujet de la liberté de chacun. À partir de là, il n'y a qu'un pas pour déterminer le sujet des réquisits de liberté externe, et c'est le suivant :

La liberté externe vise à déterminer des schémas d'action qui peuvent coexister avec la liberté de tous les autres. À cet égard, elle devient la source de normes qui sont fondées sur des raisons que nous avons tous d'agir par souci de la liberté de chacun. Il suit que les normes posées par la liberté externe héritent du sujet collectif des raisons d'agir par souci de la liberté de chacun. De ce fait, chacun de ceux qui sont impliqués dans une interaction qui déclenche le PLE, devient :

« [...] le sujet d'une norme collective fondée sur les raisons que toutes les personnes ont de jouer leur rôle et d'agir pour permettre aux autres de jouer leur rôle. »³⁹

Nous voici arrivés, enfin, à une explication de l'omnilatéralité qui attribue un sujet collectif conjoint à la relation juridique sans avoir recours à des faits institutionnels liés à une organisation politique (l'état juridique). De cette manière, il a été possible de fonder la force contraignante des réquisits du Droit, non pas sur un fait descriptif, mais sur les raisons que nous avons collectivement d'agir par souci de la liberté de chacun. Cela a confirmé la conjecture exprimée plus haut, selon laquelle la signification essentielle de la dimension collective concerne la portée de la relation juridique, et qu'il serait erroné d'essayer de la déduire de la forme contingente du lieu dominant (à savoir l'État-nation). Cela concorde précisément avec l'argument précédemment employé pour montrer que le champ d'application de la relation juridique demeure ouvert à la possibilité d'une large gamme d'interactions qui soulèvent le problème de la liberté externe en déclenchant le PLE. Nous devons nous garder de limiter l'enquête concernant ce qui déclenche le PLE à une seule des instanciations possibles du PLE (à savoir l'État-nation), car sinon nous perdrons de vue d'importants phénomènes normatifs.

De la relation juridique aux obligations juridiques

Pour finir, afin de donner corps à ma proposition, je vais faire le bilan de la description que j'ai proposée de la relation juridique, et poser quelques jalons au sujet de la manière dont ma description explique les obligations juridiques comprises de manière standard, à savoir comme des obligations produites par les actions des institutions politiques. L'objectif est d'illustrer la manière dont ma description de la relation juridique peut expliquer les obligations juridiques ordinaires, sans s'appuyer sur l'existence antécédente des institutions. À ce sujet, je veux montrer que la description présente ne conduit pas à se débarrasser du rôle

³⁹ *Ibid*, p. 106.

de l'obligation juridique institutionnelle, mais qu'elle offre bien plutôt une meilleure explication de la manière dont le droit s'inscrit dans un tableau plus large.

J'ai défendu l'idée que la relation juridique pouvait être pleinement expliquée (au sens métaphysique d'une explication constitutive) par le Principe de Liberté Externe (PLE) et par les faits d'interaction entre agents qui déclenchent le PLE. Deux arguments ont été avancés à l'appui de cette affirmation.

Premièrement, j'ai démontré comment les faits d'interaction entre agents pouvaient déclencher le PLE en me référant à principe fondamental de l'agentivité, le postulat de « l'agir pour les raisons pertinentes » (PARP). Le rôle qu'a joué le PARP dans l'explication était celui d'un *fondement structurant* pour le déclenchement du PLE à travers des faits d'interaction. Deuxièmement, à l'aide d'une analyse indépendante de la relation juridique qui reposait sur le concept kantien de Droit, j'ai montré que la relation juridique fonde un postulat coextensif au PLE : à savoir, le réquisit que l'action de chacun puisse coexister avec la liberté de tous les autres. À la lumière de ce qui a été dit plus haut, on a soutenu qu'une explication complète de la relation juridique ne nécessitait pas de référence aux faits liés aux institutions politiques mais seulement au PLE ainsi qu'aux faits d'interaction qui le déclenchent.

Au cours du raisonnement, il a été fait mention de plusieurs niveaux de faits normatifs : les principes, les normes et les obligations juridiques. Je vais maintenant tâcher de présenter une description cohérente de ces niveaux de normativité qui les relie à ma description fondationnelle de la relation juridique.

Le Principe de Liberté Externe (PLE) épuise le contenu de la relation juridique, lequel consiste en le réquisit que l'on s'engage dans des schémas d'action qui puissent coexister avec la liberté de tous les autres. Ce réquisit, on l'a montré, s'adresse à un sujet collectif composé des sujets individuels dont l'interaction déclenche le PLE dans un contexte particulier. Malgré tous ses mérites, le PLE ne permet pas encore de déterminer concrètement le contenu des schémas d'action pertinents qui peut générer un accord entre les libertés. Au lieu de cela, c'est par deux niveaux distincts de normes que l'on peut entreprendre une telle concrétisation : d'une part, les principes qui déterminent les caractéristiques générales des schémas d'action ; et d'autre part, des normes de niveau inférieur qui sont produites par des institutions auxquelles on a attribué le rôle de promouvoir l'action qui s'accorde avec la liberté.

Le premier niveau comprend ce que certains appellent les principes de moralité politique ou, simplement, les principes de justice. Dans les termes de Julius :

« Une bonne manière de nommer les principes qui formulent les caractéristiques qualitatives centrales des schémas d'action par lesquels chacun agit en accord avec les actions d'autrui fondées sur des principes, pourrait être de les appeler

“*principes de justice*”. Avant même que nous ne sachions ce en quoi consistent les principes, le raisonnement présent sert à clarifier leur rôle pratique. »⁴⁰

Les principes de justice sont des *instanciations* des schémas d'action s'accordant avec la liberté que requiert le PLE ; de ce fait, ils sont des instanciations du PLE. Ils sont de nature non-institutionnelle et héritent du même sujet collectif que le PLE. Ils fondent des obligations qui, bien que dépourvues de la possibilité d'une application institutionnelle, affirment leur force au nom de tous ceux qui sont impliqués dans la relation juridique (comme je l'ai expliqué). J'appellerai ces obligations *proto-juridiques*, simplement parce qu'elles ont toutes les caractéristiques des obligations juridiques institutionnelles sauf le fait d'être appuyées par des sanctions institutionnelles.⁴¹

En aval des principes qui instancient le PLE viennent les normes créées institutionnellement qui sont la source d'obligations juridiques au sens plus familier des lois assorties d'une sanction. Même si une explication plus détaillée devra attendre une autre occasion, deux points méritent d'être un peu élaborés pour les objectifs qui sont les miens ici.

Premièrement, la relation explicative entre les obligations juridiques et proto-juridiques : les obligations juridiques sont *fondées* sur les obligations *proto-juridiques*⁴² plus les faits d'action institutionnelle entreprise par les institutions politiques compétentes d'un ordre juridique institutionnel. Deuxièmement, l'existence d'un *fondement de délimitation* qui démarque ce qui compte comme « action institutionnelle pertinente » et, en outre, comme « ordre juridique ». En effet, pour que les actions de quelqu'un d'autre que les agents eux-mêmes puissent bien faire naître des obligations pour eux, on doit avoir une explication en termes d'action en accord avec la liberté.

On doit trouver la réponse au niveau des principes qui instancient le PLE et qui déterminent les caractéristiques qualitatives de l'action qui s'accorde avec la liberté. L'action qui s'accorde avec la liberté requiert que les obligations proto-juridiques qui l'instancient soient dotées de l'effectivité afférente aux institutions qui ont la capacité de les appliquer. De manière cruciale, le principe d'instanciation

⁴⁰ Julius, n° 33 *supra*, p. 107

⁴¹ Bien que je ne puisse pas le développer ici, j'affirme que les obligations de justice globale sont proto-juridiques au sens proposé ici. Dans un travail antérieur, j'ai proposé de distinguer entre la relation juridique et l'état juridique (c'est-à-dire les institutions d'un ordre juridique) en caractérisant la première de « proto-juridique » et le second de « juridique ». Mais à présent, je pense qu'une caractérisation à l'aide des termes « proto-juridique » et « juridique » est plus appropriée aux obligations qui sont générées en aval des relations juridiques, dans l'optique des distinctions suggérées maintenant. Cf. G. PAVLAKOS “The Proto-Legal Relation: a Normative Compass in a Globalised World” in E-M. MBONDA & T. NGOSSO (eds.) *Théories de la justice globale, agents de la justice et justice de genre* (Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 2016) ; *idem*, “From a Pluralism of Grounds to Proto-Legal Relations: Accounting for the Grounds of Obligations of Justice”, (2017), Vol. 30, *Ratio Juris*, p. 59.

⁴² Plus précisément : sur les principes qui déterminent les caractéristiques qualitatives de l'action s'accordant avec la liberté (principes de justices) et qui fondent les obligations proto-juridiques.

qui recommande l'institutionnalisation fonde une obligation proto-juridique distincte, de manière similaire aux autres principes qui instancient le PLE. En outre, l'obligation proto-juridique qu'il fonde ne constitue pas elle-même un fondement pour le reste des obligations proto-juridiques qui instancient l'action qui s'accorde avec la liberté. Elle ne vise qu'à les rendre effectives en les reliant à des obligations juridiques de niveau inférieur.

De la même manière, elle ne peut prétendre imposer une formule particulière d'organisation institutionnelle pour l'implémentation des obligations proto-juridiques, exception faite de celle qui peut le mieux réaliser l'action qui s'accorde avec la liberté⁴³. Que la formule appropriée soit celle de l'État-nation avec son ordre juridique interne, ou quelque formation supra- ou post-nationale, cela doit demeurer une question substantielle qui typiquement nécessiterait une délibération à la lumière d'une grande variété de principes substantiels qui opèrent en dehors du champ de l'autorisation d'un cadre institutionnel.

Conclusion

Ce chapitre se proposait de redessiner les frontières de la relation juridique, la relation qui donne vraisemblablement naissance aux obligations juridiques, afin de montrer qu'elle excède les limites de tout ordre juridique donné. J'ai mobilisé deux arguments afin de dissiper la surprise initiale que ce geste pouvait avoir causée. Le geste argumentatif essentiel a consisté à reconcevoir la relation juridique indépendamment de l'existence de tout ordre juridique institutionnel, ou ce que Kant appelait l'état juridique. Il en a résulté une conception de la relation juridique comme englobant un postulat pour l'accord entre les libertés, ce qui correspond aux réquisits du Droit chez Kant.

Puis, j'ai proposé d'isoler le postulat pour l'accord entre les libertés et de l'expliquer par une voie indépendante qui ne s'en remette pas le moins du monde à des faits liés à des institutions politiques. J'ai montré que le Principe de Liberté Externe (PLE) est le réquisit que nous agissons en accord avec la liberté d'autrui et que le PLE peut être déclenché par les interactions entre agents, indépendamment de tout dispositif institutionnel particulier. En conséquence, j'ai défendu l'idée que les cas d'interaction entre agents qui déclenchent le PLE, conjointement au PLE, expliquent (ou fondent) pleinement la relation juridique.

En plus de la ligne argumentative principale, j'ai suggéré une voie pour intégrer les obligations juridiques institutionnelles ordinaires dans mon explication de la relation juridique. Cette voie nous est offerte par un principe qui nécessite que les principes généraux de justice, qui instancient les conditions de l'action qui s'accorde avec la liberté, soient dotés de l'effectivité des institutions qui

⁴³ La détermination de l'aptitude d'une formule institutionnelle à l'action qui s'accorde avec la liberté prend place à la lumière de l'ensemble complet des obligations proto-juridiques et des principes qui les fondent.

ont la capacité de faire appliquer les principes. Par conséquent, on a montré que la relation juridique était la source de deux types d'obligation : d'une part, des *obligations proto-juridiques* qui sont fondées sur les principes généraux de justice ; d'autre part, des *obligations juridiques* institutionnelles fondées sur des obligations *proto-juridiques* ainsi que sur les faits d'action institutionnelle entreprise par les institutions politiques compétentes d'un ordre juridique institutionnel.

Toute impression de surprise persistante mise à part, si mon raisonnement est sensé, il pourrait contribuer à une appréhension nouvelle et peut-être plus fine des défis normatifs que pose l'état de rapide interconnexion dans lequel nous vivons à travers la planète. Dans cette perspective, tolérer des formes d'interaction indifférentes aux exigences d'une action qui s'accorde avec la liberté constituerait un échec normatif. Dans le même temps, le niveau des obligations trans-nationales que nous nous devons les uns aux autres s'en verrait considérablement relevé.