



L'émergence de l'interprétation des normes

Emmanuel Picavet, Caroline Guibet Lafaye

► To cite this version:

Emmanuel Picavet, Caroline Guibet Lafaye. L'émergence de l'interprétation des normes. Emergence des normes, aspects cognitifs et sociaux, May 2006, Rennes, France. <hal-00384840>

HAL Id: hal-00384840

<https://hal.science/hal-00384840v1>

Submitted on 19 May 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Colloque « Emergence des normes, aspects cognitifs et sociaux ». Rennes, 16 Mai 2006.

Emmanuel Picavet (Université Paris-1, UFR 10 et équipe NOSOPHI) et

Caroline Guibet Lafaye (Centre Maurice Halbwachs et équipe NOSOPHI)

L'émergence de l'interprétation des normes.

Introduction.

Dans les théories d'inspiration libérale traitant des principes de justice, ces derniers sont souvent assimilés à des principes fixes, soustraits au débat politique ordinaire. Le consensus sur des principes stables est lui-même un principe fondamental, comme peut l'illustrer le concept rawlsien de « société bien ordonnée ». Ainsi rien ne semble aussi fixe, dans les démocraties libérales, que l'accord public sur les principes fondamentaux, concernant les droits (leur consécration, leur protection), la protection des droits et des libertés, la séparation du privé et du public. La théorie politique paraît confirmer cette impression, dans la mesure où les doctrines les plus influentes manifestent le souci de mettre les principes de base – en particulier, ceux qui concernent les droits fondamentaux et les libertés publiques – *à l'abri des aléas de la politique ordinaire*.

Néanmoins se développent aujourd'hui, à l'opposé, certaines approches (notamment chez Bernard Dauenhauer, Richard Bellamy, Stuart Hampshire, Scott Herschovitz, Claudia Mills, Christian Arnsperger), qui privilégient la *persistance des désaccords éthiques* et l'acceptation de compromis réglés (en lieu et place du consensus et de l'unité civique, réalisée autour de principes moraux partagés). Dans ces approches, les *postulats de rationalité* sont typiquement moins contraignants que dans les approches fondées sur le consensus, ce qui est l'une des raisons de les choisir.

Ainsi se dessinent deux familles de théories politiques : d'une part, celles qui décrivent les droits fondamentaux comme des principes moraux soustraits au débat politique ordinaire et consacrés une fois pour toutes, dans des dispositions constitutionnelles ; d'autre part, celles qui décrivent ces droits comme l'objet de compromis et de négociations, souvent appuyés sur la proposition de diverses interprétations possibles de principes de référence, d'une manière

pleinement évolutive et qui peut paraître éloignée de certaines intuitions courantes concernant la stabilité relative des principes politiques.

Mais les analyses suscitées par cette famille de théories politiques, dans la mouvance « désaccord et compromis », se heurtent à l'objection suivante : les concepts proposés de compromis réglé ou honorable (qui ne se réduisent pas nécessairement à un simple *modus vivendi*) privilégient une *approche procédurale*, des raisons de l'acceptabilité de tel ou tel principe, lesquelles ne s'épuisent pas dans une rationalité purement instrumentale. En d'autres termes, ces approches privilégient le débat public réglé, les élections libres, l'attention impartiale des gouvernants aux différents groupes d'opinion, etc. Tout ce qui contribue, en somme, à la formation de compromis équilibrés ou défendables, spécialement dans des régions de l'activité politiques qui dépendent de la référence argumentée à des principes généraux et qui sont à leur tour des lieux de production de normes.

Il paraît également nécessaire d'essayer de comprendre les raisons internes, qui confèrent à certains principes une stabilité particulière, celle-ci n'excluant pas une certaine évolution. Dans cette perspective, ne serait-il pas pertinent de prendre au sérieux les propriétés politiques spécifiques de la coordination intertemporelle des acteurs, autour de principes présentant une certaine stabilité, et de chercher, dans cette direction, les raisons de l'importance spécifique de la référence faite à des principes, auxquels on entend donner un statut spécial, à l'abri des aléas de la politique ordinaire ? C'est l'approche qui sera tentée ici.

Il demeure que dans un contexte où l'on s'efforce habituellement de soustraire les principes politiques de base aux aléas de la politique ordinaire, d'assez nombreux indices donnent à penser que ces principes, notamment les normes qui protègent les droits et libertés, peuvent être *évolutifs*. Leur capacité d'évolution paraît liée à la généralité des formulations, dans laquelle on voit parfois un simple défaut (un manque d'effectivité juridique), alors qu'il pourrait s'agir, après tout, d'un régime permanent de convention sociale, ayant des propriétés spécifiques, méritant des études spécifiques. Tout en étant souples, on peut penser que de tels principes assurent avec une certaine effectivité – qu'il faut sonder – la *coordination* des acteurs institutionnels, dans les *interactions politiques de niveau constitutionnel* (définies ici comme celles qui affectent la répartition des prérogatives et pouvoirs essentiels).

Dès lors, il paraît légitime de chercher, dans ces deux directions, les voies d'un dépassement de l'opposition actuelle entre ces deux familles de théories politiques : celles qui placent à l'abri des aléas politiques ordinaires les principes fondamentaux de référence, d'une part, et les approches émergentes de type « désaccord et compromis » d'autre part.

PLAN :

- En premier lieu, nous évoquerons les principales raisons et motivations qui, au cœur même des théories libérales, conduisent à s'intéresser à une *coordination souple* plutôt que rigide, autour des principes politiques de base.
- Nous examinerons ensuite plusieurs *études positives* concernant l'organisation sociale et les processus constitutionnels, afin de mettre en évidence les processus d'interprétation de principes de référence, offrant un cadre à des interactions politiques ou politico-économiques.
- Enfin, nous montrerons l'utilité du *modèle théorique* de la coordination constitutionnelle proposé par Calvert et Johnson, pour comprendre le rôle de la référence à des principes politiques généraux et stables, ainsi que de leur réinterprétation continue, dans la coordination intertemporelle d'acteurs institutionnels.

1. Remise en cause de la nécessité d'un cadre normatif immuable pour garantir la stabilité politique.

A. Souplesse et rigidité des règles : une problématique platonicienne

C'est une thématique très ancienne que celle de la nature souple ou rigide, déterminée ou indéterminée des principes qui encadrent la conduite. On peut se souvenir, en particulier, de la discussion très serrée à ce sujet entre les protagonistes du *Politique* de Platon.

L'étranger fait observer la chose suivante : quoi qu'il soit évident que la législation appartienne jusqu'à un certain point à la science royale, l'idéal n'est pas que la force soit aux lois, mais à un roi sage ; et voici pourquoi (294 a sq.)¹:

« C'est que la loi ne pourra jamais embrasser exactement ce qui est le meilleur et le plus juste pour tout le monde à la fois, pour y conformer ses prescriptions : car les différences qui sont entre les individus et entre les actions et le fait qu'aucune chose humaine, pour ainsi dire, ne reste en repos interdisent à toute science, quelle qu'elle soit, de promulguer en aucune matière une règle simple qui s'applique à tout et à tous les temps. »

« Et cependant, nous le voyons, c'est à cette uniformité même que tend la loi, comme un homme buté et ignorant, qui ne permet à personne de rien faire contre son ordre, ni même de lui poser une question, lors même qu'il viendrait à quelqu'un une idée nouvelle, préférable à ce qu'il a prescrit lui-même ».

¹ Les citations sont empruntées à l'édition Garnier-Flammarion.

« Il est donc impossible que ce qui est toujours simple s'adapte exactement à ce qui ne l'est jamais ».

D'où cette question :

« Alors, pourquoi est-il donc nécessaire de légiférer, si la loi n'est pas ce qu'il y a de plus juste ? »

C'est l'objet de la comparaison avec l'entraînement à la course :

les entraîneurs « pensent qu'il n'est pas possible de faire des prescriptions détaillées pour chaque individu, en ordonnant à chacun ce qui convient à sa constitution. Ils croient, au contraire, qu'il faut prendre les choses plus en gros et ordonner ce qui est utile au corps pour la généralité des cas et la généralité des individus »

« Croyons de même que le législateur, qui doit imposer à ses ouailles le respect de la justice et des contrats, ne sera jamais capable, en commandant à tous à la fois, d'assigner exactement à chacun ce qui lui convient ».

« Mais il prescrira, j'imagine, ce qui convient à la majorité des individus et dans la plupart des cas, et c'est ainsi qu'il légifèrera, en gros, pour chaque groupe, soit qu'il promulgue des lois écrites, soit qu'il donne force de loi à des coutumes traditionnelles non écrites ».

« Comment, en effet, Socrate, un homme pourrait-il rester toute sa vie aux côtés de chaque individu pour lui prescrire exactement ce qu'il doit faire ? »

L'étranger développe ensuite la comparaison avec le médecin ou le maître de gymnase qui va partir en voyage et qui voudrait laisser ses prescriptions par écrit, s'il pense qu'on ne se les rappellera pas.

« Mais si le médecin revenait après être resté en voyage moins longtemps qu'il ne prévoyait, est-ce qu'il n'oserait pas à ces instructions écrites en substituer d'autres, si ses malades se trouvaient dans des conditions meilleures par suite des vents ou de tout autre changement inopiné dans le cours ordinaire des saisons ? ou persisterait-il à croire que personne ne doit transgresser ses anciennes prescriptions, ni lui –même en ordonnant autre chose, ni ses malades en osant enfreindre les ordonnances écrites, comme si ces ordonnances étaient seules médicales et salutaires, et tout autre régime insalubre et contraire à la science ? Se conduire de la sorte en matière de science et d'art, n'est –ce pas exposer sa façon de légiférer au ridicule le plus complet ? »

Comme on l'entrevoit dans ce dialogue, diverses considérations d'efficacité, d'adaptation aux circonstances et de faisabilité des directives données à un groupe conduisent, par des voies distinctes, à un point de vue critique sur le gouvernement des lois. Ce point de vue critique privilégie le problème de la permanence, opposée au flux des événements.

B. L'énigme de la stabilité politique en présence de désaccords fondamentaux et de revendications contradictoires.

L'impératif d'une organisation de la société politique autour de principes fixes et laissés « hors de cause », dans la vie politique ordinaire, est souvent défendu à partir d'un autre impératif : celui de la stabilité de l'ordre politique. Nous devons vivre dans une société régie par des principes invariables et qui ne sombre pas dans l'incertitude politique. Cette préoccupation est au cœur des études récentes sur la « migration de l'autorité » (dans les structures de décision politique) et sur les moyens de la prévenir.

Or, la stabilité politique et ses conditions ne sont pas des constructions indépendantes de l'observation empirique et des réflexions qu'elle suscite. Partons donc de l'observation et admettons les prémisses suivantes : je vis dans une société démocratique de type occidental, garantissant des libertés de base étendues et dans laquelle le souci de la justice économique sociale n'est pas absent ; j'ai de la peine à songer à une autre société que je pourrais dire nettement plus juste (je peux seulement songer à des sociétés que je trouve plus justes sur certains points bien qu'elles me paraissent plus injustes sur d'autres points); je pense que ce type de société se prête raisonnablement à la libre concurrence des idéaux de justice.

Pour autant, je constate que la société dans laquelle je vis est travaillée par des conflits éthiques profonds : par exemple, certains trouvent absolument intolérable que la possession de cannabis puisse conduire en prison ; certains sont horrifiés par la pratique massive de l'avortement volontaire, où d'autres voient seulement l'exercice légitime d'un droit lui-même légitime. Ainsi la justice socio-économique est l'enjeu de confrontations permanentes entre des points de vue logiquement irréconciliables, aux implications contrastées, concernant notamment les mœurs et la répartition des fruits de la croissance économique.

La société dans laquelle je vis ne paraît donc pas s'acheminer vers un accord moral sur la justice ; et pourtant elle est *stable* et, dans la plupart des secteurs de la vie sociale, relativement bien ordonnée. Cela peut s'entendre au sens où (1) cette société ne sombre pas dans le chaos institutionnel ; (2) certaines références générales et très vagues (par exemple la devise « liberté, égalité, fraternité » ou « les droits de l'homme de 1789 ») sont maintenues dans le temps et progressivement adaptées aux circonstances. Les quelques maximes autour desquelles on peut espérer un consensus effectif (la liberté, l'égalité, la fraternité) n'ont pas une précision suffisante pour prétendre jouer le rôle d'une conception publique de la justice, au sens où l'entendent les philosophes. D'ailleurs, leur utilité est peut-être liée à leur

ambiguïté². Ainsi cette société est ordonnée autour de désaccords raisonnables (soutenus par des raisons, pas seulement par des erreurs).

Nous résolvons cette énigme de la stabilité politique, en présence de désaccords fondamentaux et de revendications contradictoires, par une explication générale : *la société est stable et cela ne contredit pas le manque d'accord sur la justice, parce que cette stabilité ne dépend pas de manière cruciale d'un accord sur la justice*. L'accord sur la justice, lorsqu'il existe, se réalise souvent autour de *normes générales et ambiguës*, les *enjeux interprétatifs* devenant alors des occasions d'affrontement calculé et limité.

La stabilité politique résulte plutôt d'une conjonction d'institutions sociales et de sentiments ; de la profondeur et de la complexité des relations sociales et des échanges ; de la complémentarité des préférences, des opinions et des aptitudes ; de l'éducation et des formes culturelles de la sociabilité ; de l'acquisition par tous d'une culture du respect des différences et de la concurrence démocratique, autour des valeurs, dans le cadre de règles procédurales notamment. Des conflits existent mais ils appellent habituellement le compromis, ou bien l'équilibre stratégique, plutôt que la violence. Il est alors possible de comprendre que la vie politique concrète s'organise, à travers le temps, autour de principes *partiellement invariables* et *partiellement évolutifs*.

De même, lorsque l'on considère les compromis qui émergent de la vie sociale concrète, il apparaît qu'ils reflètent des intérêts communs des acteurs institutionnels mais également la capacité à se représenter *ce qui est acceptable par l'autre partie*. Ils sont liés à l'interprétation et aux représentations croisées autour des interprétations admises de principes communs de référence. Ainsi des auteurs tels que Stuart Hampshire et Richard Bellamy ont mis en valeur ce qui peut relever, dans ce registre, d'une éthique publique organisée autour de principes, comme celui de l'attention aux différentes parties (selon le précepte *audi alteram partem*) ou du droit de participation équilibré aux débats et aux décisions. Néanmoins ces auteurs ont omis le fait que l'acceptabilité de solutions politiques controversées ne dépend vraisemblablement pas seulement de procédures équilibrées et impartiales, mais aussi des principes autour desquels un accord avait pu se réaliser *antérieurement* et qui ont vocation à structurer les échanges publics en moyenne ou longue période.

² Ce qui est moins ambigu, c'est le rejet à peu près unanime de certaines situations sociales typiques, en assez petit nombre (l'esclavage, le recours à la violence physique entre personnes privées, peut-être – c'est moins sûr – la pauvreté extrême).

C. Encadrement normatif stable de l'interaction sociale ou coordination souple autour de principes partiellement évolutifs.

La volonté de mettre à l'abri les normes politiques de base est bien représentée dans les théories récentes d'inspiration libérale, en particulier chez Rawls. En effet, ce dernier souligne le rôle constitutif des droits et libertés de base dans la vie sociale³ mais Rawls refuse d'admettre sur ce point que l'encadrement de l'interaction sociale puisse être *souple* (autrement dit, ouvert à la contestation et à l'interprétation ouverte) plutôt que « ferme ». Or un cadre souple de l'interaction sociale pourrait paraître mieux adapté à des principes ambigus. En effet, on comprend facilement, à partir d'exemples politiques, que des principes politiques de justice ne peuvent pas jouer *simplement* le rôle d'un cadre *fixé, une fois pour toutes et soustrait aux controverses*.

Empruntons l'exemple suivant à R. Bellamy. Certains libertariens pourront dire qu'en restreignant les droits de propriété (par exemple le droit des gens d'utiliser leur argent pour financer des campagnes électorales), on interfère avec une liberté de base et on menace par la même occasion les autres libertés de base. Cependant, par ailleurs, certaines personnes ayant d'autres engagements politiques pourraient penser qu'en autorisant le financement privé de campagnes politiques, on instaure une emprise intolérable du capital financier sur le débat public. Ainsi l'une des critiques essentielles adressées à Rawls consiste à souligner que *la frontière du domaine politique n'est pas au-dessus de toute discussion ; elle est au contraire constamment en discussion*.

En effet, aux théories qui prétendent fixer les droits fondamentaux une fois pour toutes, dans des termes à la fois moraux et politiques, il manque une claire conscience de l'espace de compromis et de négociation qu'abritent les normes fondamentales, qui proclament ces droits. Les approches, en termes de désaccord et de compromis, sont ici précieuses dans la mesure où elles mettent l'accent, dans ce champ d'analyse, sur cette dimension de négociation, perçue comme un mécanisme majeur d'adaptation des droits à des circonstances et à des demandes évolutives. Relativement aux problèmes précédemment rencontrés, elles offrent des perspectives de résolution.

C'est le cas, en particulier, avec plusieurs des *problèmes majeurs* identifiés jusqu'ici, et que l'on peut considérer comme relativement mal éclaircis.

Ainsi :

³ Chez Rawls, les principes de la vie politique jouissent d'une certaine autonomie. Un consensus est supposé possible à leur propos, au prix d'une certaine superficialité.

(1) - Les domaines privé et public ont une frontière contestée et évolutive.

Cette ambiguïté suggère d'envisager la façon dont se négocie, de manière évolutive et dans la pratique des pouvoirs, ce type de frontière.

(2) - Les limites de la sphère convenant à l'argumentation publique sont elles-mêmes sujettes à contestation et à évolution. En particulier, il n'existe pas de « langage des droits » qui serait neutre.

Dès lors, on ne doit pas considérer comme limitée *a priori* le champ des arguments possibles, pour les acteurs sociaux ou institutionnels, mais l'on doit plutôt s'intéresser à la perception par chaque acteur des chances de convaincre les autres acteurs, grâce à des arguments de tel ou tel type. Dans cette perspective, on ne doit partir d'aucune limitation *a priori* tirée de la théorie et l'on doit se préparer à l'éventualité d'un enrichissement graduel, au cours de l'histoire, du domaine des arguments politiques.

L'intérêt de ces deux premiers problèmes est qu'ils constituent des exemples de la question générique de l'adoption de solutions, en réponse à des propositions successives de réaménagement des « principes de base » ou des « règles du jeu » de l'interaction politique. Par exemple, il arrive dans l'expérience de la vie politique que certains acteurs contestent les règles de partage du privé et du public ou que certains agents veuillent élargir le spectre des arguments mobilisables dans le débat public. Or ces problèmes particuliers, rencontrés par les théoriciens politiques dans l'examen des thèses libérales, sont comparables à d'autres problèmes, qui concernent la contestation des règles électorales, du partage des pouvoirs politiques, du contenu ou des bénéficiaires des droits fondamentaux, etc. Affirmer qu'il doit exister une réponse immuable, à tous les problèmes de ce type, revient à défendre un point de vue *particulier*, qui se situe à une extrémité du spectre des possibles.

(3) - Un troisième problème peut encore être identifié : le rôle « pacificateur » de la consécration de principes immuables ne va pas de soi. Que cette dernière aille ou non dans le sens d'une coordination pacifique et efficace (dans les choix constitutionnels) est une question qui doit demeurer ouverte à la théorie et à l'observation. On ne peut, nous semble-t-il, la supposer réglée par avance.

Pour aborder ce type de question, il semble utile de chercher à comprendre la manière dont la référence à des principes, offrant des références communes, peut favoriser la coordination des acteurs, réguler leurs conflits, éviter une trop grande instabilité, etc. Il est parfaitement possible que ce qui va dans le sens d'un meilleur évitement des conflits, ou d'un évitement de l'instabilité, relève d'une coordination souple, autour de principes partiellement évolutifs. Dans cette perspective, nous essaierons de montrer que certains progrès dans l'analyse ont

déjà été réalisés, qui permettent de caractériser assez raisonnablement la possibilité d'une coordination souple, autour de principes généraux, qui interviennent bien tels qu'en eux-mêmes.

2. Exemples d'adaptation des droits et de constructions dynamiques de compromis politiques et sociaux.

A. Perspectives évolutionnistes sur l'adaptation des droits et libertés.

Dans ses efforts « naturalistes » pour expliquer l'émergence des normes de respect d'un domaine privé, J. Hirshleifer [1979] a fait observer que le langage est un élément central de la coordination sociale dans l'espèce humaine. Or, les variations linguistiques et les incertitudes conceptuelles sont, rappelle-t-il, des sources majeures de désaccord au sujet des droits et des libertés ; elles affectent la répartition des domaines, dans lesquels les individus jouissent d'une liberté de choix illimitée.

En économie, depuis les travaux fondateurs de Coase et de Demsetz, on admet très largement que la définition sociale des droits, et en particulier des droits de propriété, peut évoluer en réponse à des problèmes d'efficacité. C'est un thème de recherche privilégié dans ce que l'on a appelé le courant de l'« économie des droits de propriété ». Mais, comme y insiste Hirshleifer, les droits de propriété n'ont pas seulement, dans le monde social, le statut d'allocations techniques d'accès et de contrôles. Nos concepts sociaux de droits et de libertés sont appuyés par des *jugements normatifs* au sujet de la liberté. Et si nous voulons absolument les décrire en nous référant seulement à l'intérêt des acteurs, nous devons du moins admettre qu'une partie de cet intérêt est constitué par le respect dû aux personnes (ou aux activités, ou aux formes de vie) et par les formes de protection associées. C'est le thème de la « valeur de la liberté ».

Dès lors, on devrait admettre que nos explications de l'évolution des droits, en réponse à des problèmes d'efficacité, demeurent incomplètes tant que nous manquons d'une *théorie de l'adaptation des concepts de liberté et de droits eux-mêmes* dans les processus de la vie sociale. Ainsi, on voit qu'un point de vue évolutionniste et naturaliste sur les droits ne conduit pas forcément à ignorer le rôle des principes. Au contraire – comme devait le souligner aussi Allan Gibbard en 1990 dans *Wise Choices, Apt Feelings* – il est important de comprendre comment les principes peuvent assurer certaines formes de coordination entre les individus.

B. Coordination par des normes ambiguës : exemple de l'affinement de la définition des droits.

Qu'en est-il alors du rôle des adaptations linguistiques et conceptuelles dans l'élaboration de compromis autour des droits ? Cet aspect des choses nous semble bien illustré par l'approche de Bellamy et Schönlau qui, utilisant une typologie des principales dimensions des controverses autour des droits, parviennent à identifier assez efficacement les innovations conceptuelles autour des droits dans la recherche de compromis.

Sur l'exemple de l'élaboration de la Charte des droits dans l'Union européenne, il s'est agi pour eux de montrer comment la politique constitutionnelle se bâtit autour de *compromis*, qui ne sont pas fondamentalement différents de ceux de la politique ordinaire. Or, dans le domaine des droits fondamentaux, la coordination ne peut se faire qu'autour d'interprétations de notions et de normes de références, qui ont un très grand caractère de généralité. Il en résulte un espace d'innovation et de négociation qui est, si l'on veut, la contrepartie positive des « fardeaux du jugement », au sens de Rawls (en particulier en ce qui concerne deux des difficultés évoquées par Rawls : la description correcte des situations et l'application correcte des normes jugées pertinentes aux situations).

a) Exemples de l'obtention de compromis par l'adaptation au moyen de ressources linguistiques et culturelles :

- la controverse sur la référence à la religion, réglée par le passage du « religieux » à l'« héritage spirituel », avec des provisions spéciales pour la traduction allemande ;
- la controverse au sujet du droit de n'importe quel citoyen de fonder un parti politique n'importe où dans l'Union : la controverse est réglée par le recours à un plus haut degré d'abstraction dans la description des enjeux.

b) Exemple d'arrangement permis par la variabilité d'un concept : la controverse sur le « droit au travail ». Il peut s'entendre de façon opposée comme le droit d'avoir un travail ; ou comme le simple droit de postuler sur le marché du travail, sans assurance de résultat ni aucune assurance, quant au processus de recherche d'emploi lui-même. Entre les deux, il existe différentes garanties que les Etats peuvent offrir, en ce qui concerne la formation continue, les services de recherche d'emploi ou de placement, les conditions d'un traitement égal ou sans discrimination des uns et des autres sur le marché du travail.

Néanmoins et en dépit de la divergence initiale des interprétations, les acteurs politico-économiques ont une certaine marge de manœuvre, dans la *recherche d'un accord autour de significations partagées*. Le désaccord initial lui-même repose sur certains éléments qui sont

de connaissance commune, au sujet des dimensions principales des concepts de droit, de travail, de service et de marché. Par exemple, tous savent bien que parler de droits oblige à parler de *garanties* (fût-ce de manière minimaliste) ; tous savent bien aussi qu'il y a du travail salarié, du travail indépendant, etc. Ainsi ces éléments placent des contraintes sur l'issue possible du processus de négociation.

S'y ajoutent, en outre, des éléments de connaissance commune, au sujet de ce qui peut passer pour un accord impartial, qui soit réellement « de niveau constitutionnel » et qui ne consiste pas à endosser une position clairement partisane. Enfin, les normes déjà reconnues dans l'Union offrent des références pour un accord.

Ces éléments manifestent que le processus de négociation, qui est simultanément ici un processus d'aménagement des droits individuels dans l'Union, n'est pas si indéterminé que cela. En effet, on peut prévoir que l'arrangement final passera par et tiendra compte des points suivants :

- l'exclusion du travail forcé (à cause des droits de l'homme reconnus par les pays de l'Union) ;
- l'absence de droit garanti à avoir un travail (car il ne serait pas conforme aux normes du libre marché et témoignerait, de plus, d'une orientation partisane de type socialiste) ;
- l'absence d'un régime dépourvu de garantie (cela est exclu par la référence, maintenue par tous, à un concept de droit porteur de garanties) ;
- des garanties dans des domaines d'intervention publics, déjà reconnus par les institutions de l'Union comme compatibles avec des normes de libre marché ; il s'agit, en particulier, de garanties offertes par l'intervention de l'Etat dans la formation continue, la recherche d'emploi, le respect des opportunités égales ou de la non-discrimination.

Cela s'accorde globalement avec les dispositions prévues, qui font évoluer, en les affinant et en les adaptant au cas de l'Union européenne, les droits généraux déjà reconnus par les pays membres (en particulier, les droits de la déclaration universelle de 1948).

Sur un exemple de ce genre, on voit que l'élaboration progressive d'un contenu, moins imprécis des droits, s'appuie à la fois sur des *ressources* proprement *cognitives* (telles que le sens et le répertoire des mots, les relations entre notions – par exemple entre droits et garanties) et sur des particularités de l'interaction sociale (ici, l'interaction entre des interlocuteurs, qui sont placés dans une situation, qu'ils peuvent thématiser comme une situation de choix constitutionnel).

En effet, la dimension de l'interaction sociale s'avère centrale pour comprendre certaines des contraintes, pesant sur les propositions qui peuvent être faites. Chacun des interlocuteurs peut et doit tenir compte à la fois :

a- de ce qui lui apparaît à lui-même comme une amélioration (ou une plus grande clarté) dans les garanties prévues ;

b- de ce qui est susceptible d'apparaître aux autres comme une amélioration.

(Ces deux premières dimensions permettant de faire jouer un rôle crucial aux ressources linguistiques et conceptuelles) ;

c- de ce qui est compatible avec des principes antérieurement reconnus ;

d- des exigences associées à la situation de choix constitutionnel, dans laquelle les institutions les ont placés.

La négociation et donc le processus d'évolution des droits se trouvent structurés par ces contraintes, que l'on peut, pour résumer la discussion, répartir en deux groupes :

1 - des contraintes d'acceptabilité mutuelle (sur la base des buts des uns et des autres) ;

2 - des contraintes de compatibilité avec des normes ou des règles institutionnelles, déjà reconnues.

Par le second aspect au moins, on voit qu'un exemple de ce type doit conduire à envisager le rôle que jouent, dans une perspective intertemporelle, les grands principes politiques généraux et les interprétations associées. Il y a là sans doute une « force de rappel » sur les négociations qui, d'une certaine façon, évite que l'on tombe complètement dans le domaine de la fameuse « politique ordinaire ». Il semble que se dessine ici une spécificité réelle de la *coordination par des principes généraux*, ayant une certaine *stabilité* et échappant, dans une certaine mesure, à des remaniements perpétuels, liés aux intérêts du moment.

Précisément, ces interrogations peuvent trouver une réponse partielle dans certains développements théoriques, vers lesquels nous nous tournons maintenant.

3. Outils théoriques d'analyse de la construction dynamique des compromis.

A. Le modèle de référence : la coordination constitutionnelle selon Calvert et Johnson.

Dans le modèle, lié aux perspectives générales de la théorie de la démocratie délibérative, de Calvert et Johnson, on aperçoit assez bien la manière dont des principes généraux peuvent jouer un rôle important, alors même que leur interprétation ou leur signification n'est pas fixée une fois pour toutes, ni soustraite au débat politique ordinaire.

Le rôle qu'endossent les principes généraux tient aux mécanismes suivants :

- ils offrent des points de référence communs (appartenant à un répertoire culturel), qui sont des supports efficaces, pour la coordination des conduites des acteurs de la politique constitutionnelle ; en ce sens, ils sont importants ; ils comptent.

- la rencontre sur les principes, dans un processus de communication avec argumentation, permet aux acteurs de savoir *pour quelles raisons* ils ont pu parvenir à s'entendre. Ces raisons seront à nouveau mobilisables ; les bénéfices que les acteurs peuvent attendre de cette mobilisation ultérieure sont d'ailleurs pris en compte par eux, s'ils sont pleinement rationnels. Ainsi, les agents peuvent juger adapté (c'est-à-dire rationnel pour eux) de fournir des raisons, ayant un rôle durable dans la coordination. Ces raisons sont typiquement des *principes* ayant une certaine *généralité* et auxquels on peut se référer de nombreuses fois, sans avoir à les modifier. Et ce, à propos de situations variées et parfois inattendues. En ce sens, on rencontre ici des raisons ou principes *stables* ; ils peuvent apparaître « soustraits au débat », parce qu'ils relient entre elles plusieurs phases des interactions ; mais cela ne veut pas dire qu'ils ne peuvent être évolutifs dans leur formulation ; en particulier, ils peuvent s'adapter partiellement au cours des phases de communication avec argumentation.

Sur la base de ces remarques, il nous semble que l'on voit se dessiner la possibilité, pour les approches de type « désaccord et compromis », évoquées précédemment, de prendre en compte plus sérieusement la *valeur* des principes (et même, de principes comparativement stables, comme ceux qui régissent les droits fondamentaux).

Considérons un modèle simplifié : *une série d'interactions stratégiquement identiques* de type « jeu de coordination *impur* [i.e. avec intérêts partiellement divergents] » (pour les périodes $t = 1, 2, \dots$), en information complète, entre deux citoyens :

		Joueur 2	
		x	y
Joueur 1	x	0, 0	2, 1
	y	1, 2	0, 0

Dans chaque case : gain du joueur 1, gain du joueur 2.

Mais on admet que chacune de ces parties successives est jouée dans un contexte particulier, qu'on appelle une « situation ». Un tel « label » est attribué à chaque partie et est alors connu des participants.

Si l'on admet (comme y pousse l'argumentation habituellement convoquée à l'appui de la notion de « points focaux ») que les agents puisent des ressources, pour la coordination, dans les circonstances présentes et passées, dans leur expérience et leur culture, alors il est naturel d'admettre aussi que les agents peuvent réussir à « se coordonner » dans l'une des parties – au sens minimal suivant : éviter les issues (0,0) – sans y arriver lors d'une autre partie. L'expérience acquise dans une partie peut également offrir des ressources pour la coordination à une étape ultérieure.

On peut se représenter les « actions » disponibles pour les agents comme des choses telles que : proposer un texte de loi, porter une affaire devant le juge, rendre une décision de justice, voter sur un projet de loi, imposer une mesure par une procédure accélérée ou un passage en force, etc. Chaque action de ce genre peut être décrite en incluant une part d'initiative spontanée mais aussi une part de « réaction » ou de réplique à des actes de l'autre agent, lors des étapes antérieures. Dans les termes de Calvert et Johnson, il s'agit d'une « *combinaison d'actions et de réactions* ». Il s'agit par là de modéliser des actes de gouvernement, des manières d'exercer des pouvoirs institutionnels – autrement dit, une pratique du pouvoir.

On interprète de la manière suivante les « paiements » de la matrice du jeu de coordination :

- il y a entre les deux agents un *conflit d'intérêt*, au sujet de certains aspects de l'issue de l'interaction ; par exemple, l'un est favorable à un certain accroissement des pouvoirs présidentiels, que l'autre partie juge nuisible ;
- mais il y a aussi une *rencontre partielle des intérêts*, au sens où si les agents ne parviennent par à une forme ou une autre de coordination de leur conduite, il y a un risque de désordre politique ou de blocage institutionnel (voire de retour à un « ancien régime », de coup d'Etat, de sécession, de guerre civile, etc.) qui, s'il se réalisait, rendrait l'issue très mauvaise pour chacune des deux parties. *Moins bonne* – et c'est le point important – *qu'en cas de coordination avec l'autre partie, autour d'une issue globalement plus favorable à cette autre partie.*

Pour simplifier, on peut décrire l'issue sociale de chaque partie « coordonnée », en deux composantes supposées indépendantes : d'une part, un certain résultat concernant un certain problème social ou politique ; d'autre part, le maintien de l'ordre (autorisant la mise en place de politiques ou d'actions collectives efficaces à l'avenir – ce qui correspond très exactement

à l'impératif d'efficacité dont John Rawls, dans sa *Théorie de la justice*, faisait l'une des conditions d'une société viable). Ainsi, on inclut l'ordre (la préservation de la prévisibilité mutuelle), dans la description des issues. Les agents peuvent utiliser des phases de communication pour suggérer des dispositions constitutionnelles, ou des interprétations de dispositions constitutionnelles existantes ; ils peuvent formuler des raisons ou des arguments à l'appui de telles propositions.

On modélise cela de la manière suivante, en réduisant ces propositions à ce qu'elles induisent pour les contraintes sur les conduites :

Il y a une phase initiale (constitutionnelle) de communication C_0 . Puis une situation s_1 est « tirée ». Il y a alors une phase de communication C_1 , puis les actions choisies sont appliquées dans la partie G_1 . Suit alors le tirage de s_2 , la communication C_2 et la partie G_2 , etc.

Lors de C_t , chaque agent propose (en même temps que l'autre, de manière indépendante) :

- une certaine combinaison d'actions [mettons, (x,y)] pour une partie se jouant dans la situation s_t ,
- une certaine relation R (tirée du répertoire culturel R), reliant par similitude s_t à une certaine situation, qui est explicitement prévue par la constitution (laquelle dit alors précisément comment se comporter dans ce cas) ou qui a déjà fait l'objet d'une interaction dans le passé, aboutissant à une issue définie et « coordonnée ».

On a ainsi un *mécanisme itératif de « précédent »* : l'agent considéré donne une raison associée aux actions particulières qu'il préconise, pour ce cas de figure. Ces raisons font le lien entre plusieurs situations possibles. La convergence des intentions peut se formuler à deux degrés :

- si les deux agents proposent la même combinaison d'actions pour une certaine situation, ils peuvent s'attendre à ce que chacun joue ce qui est prévu pour lui, si certaine situation vient à se produire ;
- si en plus ils invoquent le même argument l'un et l'autre, alors ils peuvent s'attendre à ce que l'autre mobilise à nouveau cet argument à l'avenir. Ils peuvent ainsi construire un certain « point focal », pour une partie particulière, mais aussi pour des interactions ultérieures⁴.

En C_0 , il semble naturel de doter les agents d'opportunités spéciales, pour associer des actions à de nombreuses situations possibles – c'est du moins ce que l'on doit faire, si l'on pense la date 0 comme une date de « choix constitutionnel ».

Les agents partitionnent S en :

⁴ NB : On s'en tient ici à une simple proposition unique sans étudier un débat complet.

- un ensemble de situations qui appellent (x, y) ;
- un ensemble de situations qui appellent (y, x) ;

Pour cela, ils peuvent invoquer la similitude « culturelle » (selon R) entre les situations à l'intérieur de certains grands sous-ensembles de S, et prescrire pour ces situations des actions conjointes identiques.

Supposons que la constitution soit établie à la date 0 et qu'un s_1 soit tiré. Les agents peuvent agir un peu au hasard (comme dans leur équilibre en stratégies mixtes) mais ils peuvent aussi essayer de « faire mieux ». Chacun a une incitation à proposer ce qui est le mieux pour lui, mais aussi, une incitation à proposer ce qui est pour lui la solution immédiatement inférieure, pour les deux raisons suivantes :

- a) cela permet d'éviter immédiatement (dans la partie 1) un résultat très médiocre ;
- b) cela facilitera la coordination (donc des résultats honorables) ultérieurement, dans des parties futures.

Le *mécanisme de base pour le recours stratégique aux arguments* est le suivant : A cause de la seconde considération, un agent peut se dire qu'il est valable de proposer ce qui est pour lui le *second-best* pour certaines situations, s'il estime possible de le faire, au moyen d'un argument appuyé sur R (sur la similitude « culturelle », en l'occurrence), qui a des chances de convaincre l'autre partie (et donc de déboucher à l'avenir sur des issues honorables).

En effet, on admet qu'il y a un mécanisme de « précédent » : lorsqu'un état « hors cadre pour la constitution » est relié par R à un cas couvert par la constitution (laquelle prévoit alors une forme de coordination), alors *ce « nouvel état » rejoint le répertoire culturel*, de telle sorte que l'on pourra utiliser ultérieurement la similitude avec lui, pour d'autres coordinations.

Dans ce type de mécanisme, un intérêt particulier peut être porté aux *équilibres stratégiques intertemporels* car les agents y exploitent les occasions de coordinations. Dans ces cas, il y a équilibre car :

- les acteurs suivent les prescriptions constitutionnelles explicites ;
- lorsque les deux acteurs suggèrent la même combinaison d'actions en C_t , ils jouent cette combinaison en G_t .
- lorsque les deux acteurs proposent des paires d'actions dissemblables, pour la partie G_t , l'issue de G_t est l'équilibre en stratégies mixtes de la partie.

Typiquement, ces équilibres coexisteront avec de nombreux autres. On peut conjecturer, plus précisément, que certains d'entre eux illustreront une *influence des « arguments » fournis, par les agents à certaines dates sur leur interaction ultérieure*, à cause des arguments mentionnés concernant les incitations (arguments qui ne s'appuient pas seulement sur les préférences,

remarquons-le, mais aussi sur les croyances de chaque agent, au sujet de ce que croit et « perçoit » l'autre, dans la culture politique qui est la sienne).

Qu'est-ce que l'analyse de ce modèle permet de dégager en matière d'émergence d'interprétation des normes ?

a) Ce modèle illustre le rôle de la *délibération* qui, en reliant les anticipations des différents acteurs, permet une *coordination évolutive* n'excluant pas *l'influence intertemporelle de principes acquérant une certaine stabilité*.

b) La coordination se fait par des *raisons générales*, considérées en tant que telles comme acceptables (pour soi et pour l'autre). De la sorte, il leur est possible de relier, par similitude, des situations qui, inévitablement, diffèrent entre elles par certains traits. La *généralité des principes* se trouve ainsi rationalisée.

c) Le « répertoire culturel » et les cas d'espèce, rencontrés au cours de l'histoire, ne restent pas séparés ; en effet, le mécanisme de « précédent » enrichit constamment le répertoire culturel mobilisable. C'est alors en dynamique qu'il y a construction d'une sorte de point focal.

d) Des « précédents » extérieurs au modèle (notamment des expériences de coordination réussies) interviennent tacitement, dans l'estimation par les agents de ce qui est « acceptable » par les autres agents. C'est de cette manière que l'on peut rationaliser le phénomène antérieurement décrit des réaménagements linguistiques ou conceptuels. Lorsque ce phénomène se produit, on peut dire que les agents saisissent des opportunités de coordination mutuellement avantageuses, qu'ils ont déjà expérimentées, dans d'autres contextes et dont ils peuvent dès lors penser que les autres parties ne les rejeteront pas.

e) La structure d'un jeu, dans lequel il y a des bénéfices de l'entente *et* une divergence des solutions préférées, permet de préciser la *structure incitative de situations*, dans lesquelles il y a « une forte volonté de s'entendre » (par exemple pour éviter l'échec d'une initiative politique importante, ou une ère d'incertitude politique trop accentuée, ou la perte d'une occasion de préciser ou de faire avancer les choses).

<diapositive>

Hypothèse (H) suggérée par l'analyse :

(H) Il nous semble que *les précédents* (dans ou hors du modèle) *jouent le rôle d'accords antérieurs, conditionnant l'interprétation* des propositions des uns et des autres. De la sorte, ils affectent l'intervention des principes généraux, dans les accords politiques successifs, et par conséquent les inflexions subies par les acceptations publiques de ces principes généraux eux-mêmes.

B. Illustration : la portée intertemporelle des réaménagements catégoriels dans l'interprétation des normes.

Comme l'a fait observer Hart, dans *Le Concept de droit*, partout où l'on admet des normes générales, on admet aussi une certaine incertitude, quant à l'application de ces normes à des cas particuliers, par les uns et les autres. On consent donc à une certaine *ambiguïté*, comme aspect *permanent* de la coordination entre les agents. C'est donc ce régime permanent qu'il faut essayer de penser.

En premier lieu, on doit remarquer que l'ambiguïté dans la qualification des situations est en partie manipulable. Ainsi dans l'examen du rapport stratégique entre les pouvoirs, les chercheurs font intervenir des aspects cognitifs. En effet il importe, pour des *raisons stratégiques*, de regrouper différents problèmes sous une certaine étiquette (habituellement déterminée, à partir des aspects les plus saillants ou les mieux connus, dans un certain répertoire culturel). La multidimensionnalité des problèmes, notamment, permet de recadrer des options ou de réarranger leur regroupement d'une manière stratégique, afin de protéger les choix effectués contre d'éventuelles remises en cause.

Ainsi en 1995, la Cour suprême des Etats-Unis a obligé une institution d'Etat à financer un journal chrétien, dans l'affaire *Rosenberger vs. University of Virginia*. Or, cela n'a pas suscité une déferlante de commentaires outragés. L'explication proposée par Segal est la suivante : il se trouvait que la Cour avait pu présenter sa décision comme un cas *d'égal respect de la liberté d'expression*. En effet, si l'Université de Virginie fournit des fonds pour différents journaux étudiants, elle ne peut pas refuser de le faire spécialement, pour un journal à tonalité chrétienne comme *Wide Awake*. On a vu là un exemple de conduite *stratégique* de la Cour suprême, destinée à éviter une initiative du Congrès en sens contraire.⁵

En effet, chacune des parties (la Cour, le membre représentatif du parti majoritaire au Congrès) sait que l'autre partie peut avoir sa propre interprétation de la situation. En ce sens, la situation est ambiguë car on peut la décrire de différentes manières. Or le choix d'une description particulière constitue, indissociablement, un choix sur et de la manière de regrouper les cas. C'est ainsi que l'on rencontre des raisonnements stratégiques, dans l'exercice ordinaire des pouvoirs. La situation peut être analysée de la manière suivante :

- La Cour, le membre représentatif du Congrès ont chacun leur manière d'interpréter les normes pertinentes (les textes juridiques, les principes politiques généraux).

⁵ Si cette explication est correcte, cela signifie que le processus est gouverné par la parité dans l'application des raisons à différents cas.

- En choisissant de traiter le cas comme un problème *d'égal respect de la liberté d'expression*, la Cour agit sur l'interprétation que recevrait toute initiative future du Congrès, qui aurait pour conséquence de faire reculer le financement de journaux chrétiens par des universités publiques.

Une telle initiative serait probablement présentée comme reflétant une exigence de neutralité ou d'impartialité, ou la séparation de la chose publique et des Eglises. Or à cause du précédent judiciaire, une section plus large du public et la Cour elle-même, à l'avenir, jugeront négativement tout dispositif législatif de ce genre : c'est que l'on saura que ses conséquences ont, par avance, été décrites comme une violation du respect égal de la liberté d'expression. En ce sens, la Cour ne se contente pas de régler la question dans le cas d'espèce (comme elle aurait pu le faire en constatant qu'aucune disposition explicite n'interdit le financement de journaux étudiants à tonalité religieuse par une université publique). Elle agit en proposant une expertise, d'une manière qui est destinée à contrecarrer ce qui pourrait résulter de l'exercice par le Congrès d'une contre-expertise.

- Cette interprétation et cette démarche peuvent suffire à prévenir toute remise en cause, par le Congrès, de la situation créée par la décision de la Cour. Le Congrès sait qu'une législation comportant comme une conséquence l'interdiction de l'acte A (le financement de journaux religieux par des institutions publiques) s'expose à une remise en cause par la Cour suprême. L'exemple ne se comprend pas sans faire référence à la manière dont chaque institution anticipe l'exercice possible d'une contre-expertise par l'autre institution. Conformément aux *implications du modèle de Calvert et Johnson* : (a) le rapport à la perception de l'autre agent est déterminant, au moment où l'un des agents prend une décision ; et (b) la décision est accompagnée de la proposition d'une raison qui affecte l'interaction future par un mécanisme de précédent ; cette incidence fait normalement partie des incitations à prendre la décision en question.

Test de l'hypothèse (H) :

L'exemple évoqué montre que la Cour prend position pour une certaine *qualification* de la situation, qui n'a rien d'évident. Au-delà du cas d'espèce, elle *fait évoluer la perception* des champs de pertinence respectifs des normes d'égalité liberté d'expression et de séparation des Eglises et de l'Etat. A la suite de sa décision, une certaine classe d'initiatives possibles du Congrès devient interprétable en termes de mise en danger de l'égalité liberté d'expression, avec le risque d'un renversement judiciaire pour ce motif. Cela semble illustratif de l'hypothèse (H) : *un précédent* (constitué par regroupement de cas) *affecte l'interprétation de toute initiative future* possible, qui consisterait à vouloir faire accentuer la séparation des

Eglises et de l'Etat, dans le domaine du soutien des institutions publiques à la presse. Ainsi une telle initiative est désormais interprétable, en termes de remise en cause de garanties antérieurement fixées, au sujet de l'égalité liberté d'expression (et du poids de cette considération face à tout autre principe). Ce qui se trouve altéré, c'est la signification politique du principe de l'égalité liberté d'expression - ou si l'on veut, l'acceptation publique prédominante au sujet de l'interprétation de ce principe.

C. La question de la stabilité des principes.

Les analyses précédentes font ressortir le rôle des principes généraux, dans la coordination intertemporelle entre des acteurs politiques. Mais aussi, leur dimension évolutive. A partir de cette perspective, la question de la contribution des principes « stables » à la stabilité politique peut être utilement revisitée. Est-ce que ce qui est « stable » à l'échelon des principes favorise la stabilité d'une manière générale ?

Dans le modèle de Calvert et Johnson, les arguments sont présentés par les protagonistes à l'occasion de situations, qui donnent lieu à des regroupements de cas (en vue de l'application de certaines normes), qui ne sont pas évidents *a priori*. Dans l'évolution des concepts relatifs aux droits ou aux garanties, il y a habituellement des épisodes successifs de contestation ou d'innovation, dans lesquels certains acteurs institutionnels proposent justement de tels regroupements de cas (appuyés sur des raisons, des arguments, un programme politique, une vision du monde...).

Par rapport à des conceptions reçues des droits, ces épisodes peuvent être considérés comme des épisodes de *défi*. Certaines institutions se trouvent alors dans le rôle de la partie défiée. Le défi consiste à présenter comme similaire un certain cas de figure A et une certaine situation B couverte par la constitution ou par des précédents, alors que A avait été antérieurement traitée comme similaire à une situation C, couverte par la constitution ou par des précédents (B et C n'étant habituellement pas considérés comme similaires). La réaction au défi peut consister à réaffirmer la similitude de A et de C ; ou bien – réaction moins ferme – à rechercher une situation D s'apparentant, par certains traits, à C et par certains traits à B, pour présenter A comme similaire à D.

Comme le rappelle Gelpi [1997], l'existence de normes de référence fournit une sorte de « point focal », qui *impose une limite aux anticipations* de chacune des parties, sur les intentions agressives de l'autre, dans des interactions répétées comportant des défis. En effet, la partie défiée peut spéculer sur le fait que la partie adverse préfère un accord, analogue à

celui qui vient d'être violé, à une escalade de la violence. En effet, le challenger a montré, dans le passé, qu'il était possible de s'entendre avec lui. Symétriquement, même si la partie défiée réagit très vigoureusement au défi, le challenger peut se dire que les demandes de concessions, qui émaneront de la partie défiée, n'iront probablement guère au-delà des termes contenus dans l'accord bafoué. Il n'y a pas lieu de craindre une issue outrageusement humiliante.

L'argument central est que le rôle de référence des normes leur permet d'imposer une limite aux craintes du challenger, concernant l'escalade éventuelle dans les pressions, dans les menaces et les demandes de la partie défiée. À cause des normes, le challenger sait que la partie défiée sait se contenter de ce qu'elle avait ; le retour à la situation antérieure constitue alors une option ouverte. À cause des normes encore, le challenger sait qu'il peut proposer de revenir aux termes de l'accord antérieur, en donnant un signal de « retour à la loyauté » (ou à la normalité), plutôt qu'un signal de faiblesse, ouvrant la voie à des demandes de concessions additionnelles de la part de l'autre partie. Le challenger peut réinterpréter sa propre initiative en termes d'« acte illégitime » et, corrélativement, la riposte violente de l'autre partie, en termes de « punition » ou de réaffirmation de la légitimité plutôt qu'en termes d'agression, annonçant d'autres actions de coercition pour l'avenir.

Considérons à travers ce prisme les interactions répétées autour de la définition des droits. Les cas clairement couverts par des normes constitutionnelles ou par des précédents jouent ici le rôle de normes, qui donnent lieu à des remises en cause (des « défis »), à travers de nouvelles interprétations, proposées pour certaines situations, qui apparaissent problématiques. Par exemple, il existe un accord général autour de la norme « il ne faut pas tuer », et survient le cas de Vincent Humbert. On voit alors que par les arguments mentionnés, le « retour à la normale » se trouve en principe facilité par l'existence de principes initialement acceptés et faisant référence. En ce sens, la consécration solennelle de certains principes ayant vocation à demeurer fixes limite l'instabilité politique.

Mais en même temps, le coût subi par le challenger s'il ne parvient pas à ses fins apparaît relativement faible à cause du rôle constitutif joué par les normes de référence dans l'interprétation de sa conduite. Le coût de la subversion est faible. Le coût du renoncement en cas d'échec de la subversion est également faible (on ne doit pas s'attendre à une « réaction » de la partie défiée, durcissant les positions antérieures, et l'échec peut apparaître comme un consentement à l'ordre légitime des choses). C'est là un mécanisme qui joue dans la direction opposée du précédent : il est tentant de jouer un rôle de challenger et, de proche en proche, épisode après épisode, de tenter d'affaiblir la foi du public en ses principes de référence.

Le coût de la subversion est particulièrement faible, s'il n'apparaît pas artificiel de rechercher un nouveau point de référence, dans la zone « à peu près » couverte par l'accord constitutionnel ou par les précédents. Cette démarche est d'autant plus aisée que les accords antérieurs sont vagues ou établis en termes généraux. Ces cas sont typiquement ceux dans lesquels on pourra plus aisément caractériser un « retour à la situation antérieure » (ou le passage à une situation voisine) comme un « retour à la normale ». La plus grande généralité des principes accentue donc la plausibilité des deux phénomènes décrits.

Dans cette perspective, peuvent être analysés certains des effets intertemporels de l'obtention d'accords très vagues ou ambigus. Ces effets ne se limitent pas à la simple possibilité de continuer à travailler ensemble dans l'immédiat, en renvoyant les problèmes à plus tard. On instaure en fait aussi une base de référence large, pour la recherche d'arguments, dans des périodes futures, d'une manière qui favorise les défis.

Conclusion.

La contestation récente de certains postulats des doctrines libérales, en vue de l'élaboration d'une théorie du désaccord et du compromis, oblige à rechercher une théorie explicite du rôle de la référence à des principes généraux dans l'interaction politique. Notre étude a tenté de dégager les jalons d'analyse de mécanismes d'émergence d'interprétations de principes généraux ou de principes de référence, offrant un cadre à des interactions politiques ou politico-économiques. Or la conception libérale de l'interaction publique, des droits et du discours des droits, ne permet pas de comprendre les mécanismes sociaux effectifs (réels) de la référence à des principes, dans une perspective intertemporelle de recherche d'accords, permettant la coordination. En effet, la réinterprétation ou la reformulation des principes joue un rôle permanent et structurant, pour certaines classes d'interactions politiques ou politico-économiques, ces processus de réinterprétation étant à la fois herméneutiques et stratégiques. Parmi les mécanismes de réinterprétation des normes, nous retiendrons en particulier, le rôle décisif que joue, dans la stratégie politique, l'émergence éventuelle d'un phénomène de « précédent » – qui affecte l'interprétation de toute initiative future possible – mais aussi la fonction structurante de la réinterprétation continue des principes de référence. Or jusqu'à présent ces mécanismes étaient demeurés peu explorés. Pourtant leur analyse devrait contribuer à démêler certaines questions soulevées récemment, avec insistance, en théorie politique normative.

Annexe A - Catégories descriptives normalisées dans la taxinomie des crises et négociations internationales ; rôles possibles des normes (Gelpi 1997).

La stratégie d'apaisement (*appeasement*) consiste à ne pas recourir à la violence, ou bien seulement d'une manière très limitée, et à proposer des accommodements pour obtenir l'agrément du challenger et la fin de la crise. La stratégie de réponse *flexible* (*firm-but-flexible strategy*) consiste à prendre des mesures coercitives et à faire usage de menaces, tout en faisant des propositions concurrentes des demandes de l'autre partie. Enfin, la stratégie de contrainte et riposte massive (*bullying strategy*) consiste à user de violence et de menace, et à exiger de l'autre partie une soumission inconditionnelle (le renoncement à ses prétentions). L'objet central de l'étude est la réponse du challenger à la réponse de la partie défiée.

Selon une typologie devenue usuelle, on peut identifier trois aspects de l'incidence éventuelle des normes sur la conduite des parties qui les reconnaissent : une dimension contraignante (*constraining*), une dimension habilitante (*enabling*), et une dimension constitutive (*constitutive*).

Par le premier aspect, les normes interdisent certaines conduites. ce qui peut être désavantageux pour les agents, et prévoient certains coûts spécifiques (les sanctions fixées ou prévisibles) en cas de violation. Par le second, elles donnent des « points de référence » qui aident les agents à coordonner leurs actions, en donnant à chacun d'entre eux des clefs de lecture pour interpréter la conduite et les intentions des autres. Par le troisième aspect, les « normes » déterminent l'identité même des agents ou leurs préférences.

Gelpi admet que l'existence d'un accord introduit une dimension originale, irréductiblement normative, dans les relations entre les États. En principe, cet aspect de leurs relations ne se laisse pas ramener à de purs rapports de force. La présence de normes modifie les probabilités subjectives relatives au degré d'agressivité ou d'intransigeance de l'autre partie.

L'existence de normes de référence fournit une sorte de « point focal » qui impose une limite aux anticipations de chacune des parties sur les intentions agressives de l'autre dans des interactions répétées comportant des défis. En effet, la partie défiée peut spéculer sur le fait que la partie adverse préfère un accord analogue à celui qui vient d'être violé à une escalade de la violence. Le challenger a montré, dans le passé, qu'il était possible de s'entendre avec lui. Symétriquement, si la partie défiée réagit avec violence au défi, le challenger peut se dire que les demandes de concessions qui émaneront de la partie défiée n'iront probablement guère au-delà des termes contenus dans l'accord bafoué. Il n'y a pas lieu de craindre une issue outrageusement humiliante.

En second lieu, l'accord est indissociable de coûts en termes de réputation. C'est une hypothèse très commune et généralement tenue pour convaincante : la partie qui revient sur ses engagements sait qu'elle met en danger une réputation de fiabilité qui toutefois peut lui être utile en de nombreuses rencontres.

Types de réponse de la partie défiée. On peut résumer comme suit les prédictions de la « théorie réaliste », en distinguant les trois types de stratégies :

- « Apaisement » : le challenger conclut à la faiblesse de l'autre partie qui, visiblement, veut avant tout éviter le conflit, fût-ce au prix du renoncement aux avantages de la situation initiale. Cela ne peut que renforcer l'âpreté des demandes du challenger ;
- « Réponse flexible » : le challenger reçoit un message de fermeté, mais n'a pas lieu de craindre un déploiement de violence sans limite de la part de l'autre partie ; à travers les offres de compromis conditionnel, il reçoit aussi un message de réassurance en ce qui concerne sa réputation internationale et son statut dans les négociations. Si le challenger est disposé à renoncer à ses projets agressifs (ce dont on peut chercher à s'assurer par des missions de renseignement), on dispose ainsi d'une stratégie adaptée pour mettre fin à l'escalade.
- « Riposte massive » : le challenger reçoit un message de fermeté. et doit craindre que la moindre concession de sa part ne donne lieu à des pressions supplémentaires de la part de l'autre partie (nouvelles menaces, nouveau cycle d'agression) ; le challenger n'a pas d'autre moyen que l'escalade pour sortir de la crise. Il doit avant tout chercher à éviter de donner le moindre signe de faiblesse.

D'où l'hypothèse suivante, dont Gelpi prend soin de réserver la validité au seul cas d'absence d'accord antérieur (alors que la théorie réaliste lui donne une portée générale) :

- Hypothèse 1. En l'absence d'accord antérieur, la stratégie d'apaisement de la part de la partie défiée rendra le challenger très ferme dans ses demandes ; il en ira de même pour la stratégie de riposte massive: seule la stratégie de réponse flexible le rendra moins insistant.

Les deux « nouveautés » (effet de point focal et effet de réputation) conduisent l'une et l'autre, par deux voies différentes, aux mêmes conclusions en ce qui concerne les modifications à apporter au modèle réaliste des négociations de crise. Examinons successivement ces deux effets supplémentaires.

L'influence des normes en tant que références

L'argument central est que le rôle de référence des normes leur permet d'imposer une limite aux craintes du challenger concernant l'escalade éventuelle dans les pressions, les menaces et les demandes de la partie défiée. À cause des normes, le challenger sait que la partie défiée sait se contenter de ce qu'elle avait; le retour à la situation antérieure est une option ouverte. À cause des normes encore, le challenger sait qu'il peut proposer de revenir aux termes de l'accord antérieur en donnant un signal de « retour à la loyauté » (ou à la normalité) plutôt qu'un signal de faiblesse ouvrant la voie à des demandes de concessions additionnelles de la part de l'autre partie.

Le challenger peut réinterpréter sa propre initiative en termes d'« acte illégitime » et, corrélativement, la riposte violente de l'autre partie en termes de « punition » ou de réaffirmation de la légitimité plutôt qu'en termes d'agression annonçant d'autres actions de coercition pour l'avenir. Un autre aspect important est le fait que le renoncement apparent de la partie défiée à se défendre apparaît alors comme un plus grand signe de faiblesse encore que la même attitude en l'absence d'accord antérieur. On ne renonce pas seulement à se défendre : on renonce aussi à ses droits et on ouvre une phase de renégociation des prérogatives. Face à une telle faiblesse, l'âpreté du challenger sera très grande.

L'influence des normes par un effet de réputation

Une stratégie de riposte massive, par la publicité qu'elle assure au conflit, est capable de réduire à néant le capital de réputation de l'autre partie, en montrant clairement qu'elle viole ses engagements de façon grave. En cas de recherche d'apaisement, par contre, le dommage à la réputation sera très limité, et susceptible d'être compensé par les avantages d'une politique hardie. C'est la réputation de la partie défiée qui souffrira, car on aura la preuve de sa faible disposition à faire respecter les engagements internationaux. Quant à la stratégie de réponse ferme et flexible, elle doit fournir à la partie défiée les moyens de « sauver la face », en lui permettant de faire apparaître la reculade comme une restauration de l'ordre légitime. D'où les conséquences prévisibles suivantes pour les trois politiques envisagées

« **Apaisement** » :

- Hypothèse 2. L'âpreté du challenger sera plus grande qu'en l'absence d'accord antérieur;

« **Riposte massive** » :

- Hypothèse 3. L'âpreté du challenger sera moindre qu'en l'absence d'accord antérieur;

« **Réponse flexible** » :

- Hypothèse 4. L'âpreté du challenger ne sera pas plus grande qu'en l'absence d'accord antérieur.

Annexe B.

Détails du modèle de Calvert et Johnson

La situation de la période t est notée s_t . Chaque s_t est la réalisation d'une variable aléatoire prenant valeur dans un ensemble S de situations possibles, selon une mesure de probabilité m sur S qui est de connaissance commune (pour chaque partie A de S , $m(S)$ représente donc la probabilité que s soit dans A).

C'est à travers les situations successivement rencontrées que des connexions peuvent être établies par les agents entre les parties successives. Par exemple, les agents peuvent utiliser une stratégie conjointe du genre : jouer (x,y) si s_t est l'état **a**, et (y, x) si s_t est l'état **b**. On entend ainsi modéliser les réponses « constitutionnelles » à des situations politiques typiques, – des situations posant des problèmes politiques suffisamment importants pour mettre en cause la pratique de pouvoirs spécifiés à l'échelon constitutionnel des interactions politiques.

Mais pour pouvoir aborder le type de problèmes auquel on s'intéresse (des problèmes dans lesquels la coordination n'est pas l'affaire d'un accord initial complet et définitif), on exclut les solutions indépendantes du constat des situations qui émergent – par exemple une solution du genre : « jouer (x,y) dans les parties de numéro pair et (y,x) dans les parties de numéro impair ».

Notion de Constitution : une application qui, à chaque situation dans un certain ensemble de situations considérées (un sous-ensemble de S), associe une certaine paire d'actions conjointes (soit (x,y) soit (y,x)).

Le sous-ensemble considéré peut être assez petit, si on se limite aux situations explicitement couvertes par une constitution bien repérable. Mais les relations de similitude proposées par les agents peuvent y remédier en partie.

Notion de similitude entre situations

Dans les interactions constitutionnelles, il y a bien en général un certain répertoire d'« outils culturels » sur lequel les constituants ou les politiciens peuvent faire fonds pour élaborer interprétations, arguments et principes. On s'intéresse à des **relations de similitude** sur l'ensemble S des situations possibles. On impose qu'il s'agisse de relations réflexives, symétriques. On note R une telle relation.

En termes plus techniques, R est assimilable à un sous-ensemble du produit cartésien $S \times S$ comprenant tous les éléments tels que (s,s) et comprenant (r,s) si et seulement s'il comprend (s,r) .

On n'impose pas la transitivité, mais la condition plus faible suivante :

Si : $r R s^1 s^1 R s^2 \dots s^{n-1} R s$

Alors on admet que r et s sont similaires. Et c'est seulement s'il existe une telle chaîne finie de termes reliés par R entre r et s que l'on dit que r et s sont similaires.

Dans un contexte de politique constitutionnelle, on admet que l'ensemble des ressources culturelles ou historiques sur lesquelles peuvent compter les protagonistes est assimilable à un ensemble R de relations de similitude telles que R.

Modéliser le processus de communication

On suppose que les parties successives du jeu G sont entrecoupées d'entrevues entre les agents.

Initialement (avant la sélection de s_1), il y a une phase de communication C_0 entre les joueurs. Ultérieurement, à chaque date t, il y a une phase de communication (selon le même procédé) C_t après la sélection du jeu situé (c'est-à-dire de la situation s_t) et avant la sélection des actions des acteurs pour la période t.

On suppose que les phases de communication n'ont pas de coût et ne sont assorties d'aucun avantage ou désavantage direct pour les participants.

Lors de chaque phase de communication, les participants avancent des propositions pour le déroulement présent et futur du jeu, en se fondant sur l'observation des valeurs antérieurement réalisées des s_t , ou font état de prétentions portant sur les implications (présentes et futures) de propositions avancées à une étape antérieure de l'interaction (lors d'une phase de communication antérieure).

Références

- ARNSPERGER (Christian), 2002 « La philosophie politique et l'irréductibilité des antagonismes ». *Le Banquet* (Paris), 17, p. 19-46.
- ARNSPERGER (Christian), 2004 « Le bien commun comme compromis social : deux conceptions de la négociation politique ». *Ethique publique* (Canada), 6 (1), p.79-87.

- ARNSPERGER (Christian) et PICAVET (Emmanuel), 2004 « More than *modus vivendi*, less than overlapping consensus : Towards a political theory of social compromise ». *Social Science Information / Information sur les sciences sociales*, 43 (2), p. 167-204.
- BELLAMY (Richard), 1999 *Liberalism and Pluralism. Towards a Politics of Compromise*. Londres et New York, Routledge.
- BELLAMY (R.) et SCHONLAU (Justus) 2004 “The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights”. *Constellations*, 11 (3).
- CALVERT (Randall) et JOHNSON (James), 1999 « Interpretation and Coordination in Constitutional Politics », in Hauser (E.) et Wasilewski (J.), dir., *Lessons in Democracy*. Jagiellonian University Press et University of Rochester Press.
- COHEN (Joshua), 1993 « Moral Pluralism and Political Consensus », in D. Copp, J. Hampton et J.E. Roemer, dir., *The Idea of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DAUENHAUER (Bernard P.) 2000, « A Good Word for a Modus Vivendi ». In : Davion and Wolf [2000].
- DAVION (V.) et WOLF (C.) ed., 2000, *The Idea of a Political Liberalism. Essays on Rawls*. Lanham, Rowman & Littlefield Publishers.
- GELPI (Christopher), « Crime and punishment : The role of norms in crisis bargaining ». *American Political Science Review*. 91 (2), 1997. pp. 339-360.
- HAMPSHIRE (Stuart) *Justice is Conflict*. Tanner Lectures on Human Values.
- HERSHOVITZ (Scott), 2000 « A Mere Modus Vivendi ? ». In : Davion and Wolf [2000].
- HIRSHLEIFER (Jack) 1979 “Privacy: Its Origins, Function, and Future”. UCLA, Department of Economics, *working paper* (document de travail), No. 166 (novembre).
- LAUGIER (Sandra), 1999 *Recommencer la philosophie. La philosophie américaine aujourd’hui*. Paris, Presses Universitaires de France. Chs. 4 et 5.
- MILLS (Claudia), « “Not a Mere Modus Vivendi” : The Bases for Allegiance to the Just State », in : Davion and Wolf [2000].
- PICAVET (Emmanuel), 2004a « Sur les enjeux méthodologiques des modèles du choix constitutionnel », dans : Bienenstock (M.) et Tosel (A.), dir., *La Raison pratique au XXe siècle. Trajets et figures*. Paris, L’Harmattan.
- PICAVET (Emmanuel), 2004b « Bien commun, valeurs privées et fragilité de l’Etat de droit », *Ethique publique* (Canada), 6(1), p. 87-100.

- PICAVET (Emmanuel), 2005 (à paraître) « La doctrine de Rawls et le pluralisme comme *modus vivendi* ». *Revue Internationale de philosophie*.
- RAWLS (John), 1971 *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press. 2^e éd. 1999. Tr. fr. (1^{ère} éd.) par C. Audard, *Théorie de la justice* (Paris, Seuil).
- RAWLS (John), 1993 *Political Liberalism* (New York, Columbia University Press), 2^e éd. 1996. Tr. fr. par C. Audard, *Libéralisme politique* (Paris, Presses Universitaires de France, 1995).
- RAWLS (John), 1999 *Collected Papers*, éd. S. Freeman, Cambridge (Mass.) et Londres, Harvard University Press.
- SCHICK (Frederic), *Making Choices. A Recasting of Decision Theory*. Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- SEGAL (Jeffrey A.), « Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts », *American Political Science Review*, 91 (1), mars 1997, 28-44.