

Gergely Deli

JUSTE VIVRE

Vers une théorie juridique éthique



Traduit de l'anglais par Paul Denoël

BibliothèqueS de droit

L'Harmattan

Ez a mű a Creative Commons Nevezd meg! - Ne add el! - Így add tovább! 4.0 Nemzetközi Licenc feltételeinek megfelelően felhasználható.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



Juste vivre. Vers une théorie juridique éthique

Just Living. Towards an ethics-based legal theory

Gergely Deli

<https://orcid.org/0000-0002-8093-801X>

Jogtudomány / Law (12870)

théorie juridique, économie comportementale, droit constitutionnel, droit romain

legal theory, behavioral economics, constitutional law, Roman law

ISBN 978-963-646-495-0 (pdf)

DOI: <https://doi.org/10.56037/978-963-646-495-0>

Open Access

<https://openaccess.hu/>

JUSTE VIVRE

Vers une théorie juridique éthique

BIBLIOTHÈQUES DE DROIT

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR JEAN-PAUL CÉRÉ

Cette collection a pour vocation d'assurer la diffusion d'ouvrages scientifiques sur des thèmes d'actualité ou sur des sujets peu explorés dans le domaine des sciences juridiques. Elle se destine notamment à la publication de travaux de jeunes chercheurs.

Dernières parutions :

E. GINDRE (dir.), *La dignité des personnes détenues dans les prisons des Outre-Mer*, 2023.

M. Dos Santos, *La gravité en droit international pénal. Une notion insaisissable et instrumentalisée*, 2023.

C. MÉNABÉ et J. LEONHARD (dir.), *Réinsérer les femmes et les mineurs face au soupçon de danger terroriste*.

P. KEUBOU, *La procédure pénale au Cameroun*.

C. MENABE et J. LEONHARD (dir.), *Femmes, mineurs et terrorisme*.

J. FALXA (dir.), *Coopération judiciaire internationale en matière pénale. France, Brésil, Suriname*

N. JOUENNE-PEYRAT, *L'encadrement pénal de la prostitution des mineurs*.

J-P. CERE, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, 2^e édition, 2020.

A. CHARRUAU, *L'avenir du juge unique*.

M. MANET, *Le devenir juridique de la dignité. Une étude de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

M. GALIMMARD, *L'incrimination de la zoophilie*.

M. PELTIER-HENRY, *Le droit pénal à l'épreuve des neurosciences*.

T. TOUZEAU, *Recel et blanchiment. Nouvelles sources de cumul de qualifications*.

H. CAPPADORO, *Les sens de la peine*.

M. BONNARD, *Le statut juridique de l'assistance médicale à la procréation*.

C. LE ROUX, *L'infraction politique*.

Gergely Deli

JUSTE VIVRE

Vers une théorie juridique éthique

Traduit de l'anglais par Paul Denoël

L'Harmattan

Du même auteur

Just Living. Towards an ethics-based legal theory,
Editions Blue Book, 2020.

Salus rei publicae :
Als Entscheidungsgrundlage des römischen Privatrechts,
Medium Pro Educatione, 2015.

© L'Harmattan, 2023
5-7, rue de l'Ecole-Polytechnique, 75005 Paris
<http://www.editions-harmattan.fr>
ISBN : 978-2-336-40636-7
EAN : 9782336406367

À mon fils, pour juste vivre.

Table des matières

<i>Introduction</i>	11
Partie I : Modèles du comportement humain	21
1. Le modèle d'Aristote	21
2. Le modèle économique	31
3. Le modèle romain	40
4. Le modèle thomiste	47
Partie II : Théories juridiques d'un point de vue éthique....	53
1. La théorie juridique de Murphy	53
2. Théorie juridique selon Thomas d'Aquin	75
3. Une théorie du droit fondée sur l'éthique	84
4. Résumé provisoire	95
Partie III : Tests de résistance	101
1. Particularité éthique	101
2. Redistribution	111
3. Intérêt personnel contre altruisme	120
<i>Remarques finales</i>	129
<i>Bibliographie</i>	137

Introduction

« Comment dois-je vivre ma vie ? » Cette question est une préoccupation pour beaucoup d'entre nous, mais peu cherchent une raison à travers la loi. Cependant, une théorie juridique basée sur l'éthique accomplit justement cela : elle considère certaines parties du droit comme des principes directeurs pour une vie juste. Cette approche définit le droit comme un défi éthique et non comme un simple fait ou une lecture morale meilleure qu'une autre.

On ne peut certainement pas nier que la loi impose des exigences spécifiques à chacun, relatives à la façon dont nous vivons notre vie. Face à ce fait, les directives du droit doivent être prises en compte d'une manière ou d'une autre. Ensuite, chacun a de nombreuses options quant à la façon d'agir. Obéir à l'État de droit n'est qu'une option. Pour commencer, il est important de clarifier que cette approche éthique ne vise pas à explorer les forces qui motivent les individus à obéir à la loi. Elle ne cherche pas des raisons éthiques pour un comportement légal. Au contraire, elle considère la loi comme un standard pour une prise de décision fondée sur l'éthique.

La grande question éthique pour l'individu est : « Comment bien vivre ? » La difficulté réside dans le fait que cette question fondamentale nous amène à deux enjeux très différents. D'une part, pour bien vivre, nous devons nous rapporter à nos pulsions intérieures, émotions, passions et désirs pour nous amener à « bien » agir. De l'autre côté, nous devons également être en mesure de juger nos vies comme bonnes dans l'ensemble. Il est évident qu'il existe un lien profond entre ces deux aspects d'une vie juste. Pourtant, nous ne pouvons pas affirmer qu'une bonne vie est simplement la

conséquence de bonnes actions l'emportant sur de mauvaises actions. Une seule décision peut définir une vie bonne ou mauvaise. De plus, la vie peut ne pas être nécessairement bonne simplement parce que les bonnes décisions ont été prises dans différentes situations.

À première vue, il peut sembler provocateur voire insensé de définir la loi comme des conseils de vie. Néanmoins, la théorie juridique basée sur l'éthique met simplement l'accent sur les aspects individuels, internes du droit, au lieu de ses aspects politiques (liés au pouvoir) ou moraux (c'est-à-dire extérieurs). Elle ne vise pas à définir comment nous devons traiter les autres, mais comment nous devons nous traiter. Conformément à l'esprit individualiste de notre temps, c'est l'individu unique qui intéresse ma démarche éthique. Elle exige également que le droit aide à naviguer dans le labyrinthe de l'existence sociale et à guider le développement de l'individu. Elle ne recherche pas la justice morale dans la loi, mais plutôt la vérité éthique comme clé d'une vie juste.

Je ne prétends pas que la seule interprétation valable de la loi soit fondée sur l'éthique. Cet ouvrage vise simplement à mettre en évidence l'aspect éthique inhérent au droit à une époque où ce point de vue individuel semble étouffé par le débat prédominant entre positivisme et non-positivisme.

Au cours de la longue histoire de son développement, la dimension éthique du droit est apparue à plusieurs reprises, même si elle a été généralement opprimée et abandonnée par l'approche morale – centrée sur la communauté. Ulpien, le juriste romain vivant aux 2^e–3^e siècles était considéré comme l'un des politiciens les plus influents de son temps. Pourtant, il a en fait appliqué une approche du droit fondée sur l'éthique en identifiant l'« *honeste vivere* », c'est-à-dire « vivre honorablement » comme principe fondamental du droit¹. En tant que haut fonctionnaire de l'Empire romain, il voulait renforcer la stabilité du vaste État caractérisé par une grande

¹ Ulp. D. 1, 1, 10, 1.

diversité ethnique et religieuse. Il considérait le droit comme un cadre de vie qui fournissait une base normative commune et qui, en même temps, respectait la diversité des diverses religions et convictions morales. Pour lui, le droit relevait d'un ethos établissant un comportement commun aux citoyens romains – la vraie philosophie pratique de vivre de la bonne façon.

La pensée juridique éthique a toujours persisté comme une alternative cachée aux approches majoritairement positivistes et non positivistes du droit. La théorie juridique positiviste définit le droit comme une réalité de la vie. L'approche éthique garde à l'esprit qu'il y a aussi la personne qui perçoit ce fait comme une réalité. Le non-positivisme enrichit la qualité factuelle du droit de critères moraux. La théorie fondée sur l'éthique garde à l'esprit qu'outre, ou plutôt avant la perspective morale, l'aspect individuel, éthique est également présent.

La morale nous dit comment traiter les autres, tandis que l'éthique dicte que faire de nous-mêmes. Ces points de vue sont, bien entendu, les deux faces d'une même médaille. Pour cette raison, certains considèrent la pensée juridique éthique comme une version du non-positivisme, alors qu'elles relèvent avant tout d'approches différentes. L'impératif moral le plus fondamental consiste à ne pas blesser les autres et de donner à chacun son dû. L'éthique considère le bien-vivre comme le principe le plus important. L'essence de la morale est la restriction, tandis que celle de l'éthique est la liberté. La qualité morale provient de l'extérieur de l'individu, alors que celle de l'éthique provient de l'intérieur. Un homme qui couche avec sa sœur sans le savoir peut agir de manière immorale, mais pas nécessairement de manière contraire à l'éthique.

Néanmoins, il est important de souligner que la théorie éthique a une attitude critique vis-à-vis à la fois du positivisme et du non-positivisme. Les approches du positivisme et du non-positivisme du droit ne diffèrent l'une de l'autre que par le sujet du conflit éthique : selon la première, la décision

éthique est prise en fonction d'une norme postulée comme un fait ; et pour la seconde, sur l'interprétation morale de la loi. De plus, dans une perspective encore plus large, il peut également être considéré comme une décision éthique de pouvoir choisir soit le positivisme juridique soit le non-positivisme.

Le positivisme juridique doit faire face à la question morale de savoir s'il est justifié de créer une nouvelle loi pendant l'utilisation de la loi préexistante. De même se pose la question éthique inéluctable de savoir quand a-t-on de bonnes raisons d'enfreindre la loi.

La loi est une fiction commune, mais il y a toujours des êtres humains bien réels qui la reçoivent. Que ce soit en tant que membre de la communauté ou en tant que représentant d'une personne morale, la loi présente toujours un défi éthique à un individu. Face à une obligation légale, l'individu est toujours confronté à un défi éthique avant de prendre une décision morale – même si la discussion actuelle n'est en apparence qu'une exploration théorique du concept de droit, dans lequel aucun individu n'a un intérêt direct. Un juriste positiviste a besoin d'un engagement personnel et éthique presque religieux pour ne pas considérer la loi que comme un fait. Ce point de vue ne peut être ni prouvé ni réfuté puisqu'il ne s'agit que d'une hypothèse et qu'il est basé sur une croyance éthique personnelle. Et en ce qui concerne les non-positivistes, leur position est sensiblement la même : outre l'engagement personnel, ils n'ont pas non plus d'argument décisif pour soutenir l'idée que le droit est l'union entre le fait et la morale.

Du point de vue des individus confrontés à la loi, tant le droit positif que son contenu moral potentiel apparaissent comme des normes externes et objectives par rapport auxquelles ils sont censés formuler leurs propres positions éthiques subjectives. Si les circonstances extérieures du droit et de la morale sont en conflit avec leur vision de la vie, leurs réponses éthiques peuvent être une tentative de changer les règles en question par les moyens légaux de la communauté,

ou, plus exactement, politiques. D'autre part, ils peuvent également choisir de contrôler leurs émotions et leurs instincts et formuler de nouveaux désirs pour eux-mêmes, qui se conforment au cadre objectif fourni par les normes juridiques et morales existantes. Ce livre s'intéresse à ces décisions éthiques internes propres à l'individu dans certaines situations régies par la loi. Pour être clair, je ne dis pas que la seule source d'un mode de vie éthique est la loi ou la morale qui s'y manifeste (dans un sens non positiviste). Je ne pense pas non plus que la loi soit capable d'aider les gens dans chaque décision éthique. En termes simples, je pense que la confrontation des individus avec la loi leur présente non seulement un dilemme juridique ou moral, mais aussi un défi éthique.

La responsabilité juridique et morale signifie que nous devons être responsables de notre comportement envers les autres. La responsabilité éthique, par contre, signifie que nous sommes également responsables vis-à-vis de nous-mêmes. C'est finalement le caractère en tant que produit de la vie qui crée un lien entre les pulsions intérieures, les désirs et un mode de vie généralement juste. Le caractère est une image globale de toutes les décisions éthiques d'une personne, pas une simple somme ou moyenne de celles-ci.

Si l'aspect individuel, éthique, est pris en considération lors de la définition du droit, la perspective positiviste selon laquelle le droit est un fait postulé et rien d'autre ne sera plus une approche intéressante. Il est inutile de parler de faits si l'on ignore l'impact réel sur les individus. D'un autre côté, il devient également clair que l'individu est responsable de choisir comment s'identifier à la meilleure interprétation morale de la loi, comme le prescrit l'approche non positiviste. L'approche éthique du droit discutée dans ce livre touche donc à la fois au positivisme et au non-positivisme, mais elle n'est identique à aucun d'entre eux et, en tant que telle, elle ne peut fournir d'arguments décisifs en faveur de l'un ou l'autre. Étant donné que cette discussion porte sur le droit, il convient

de mentionner comment le droit peut aider les individus dans leur plus grande et plus banale entreprise : façonner leurs vies.

Avec l'affaiblissement de la morale et de la religion dans la société d'aujourd'hui, la vie unique et irremplaçable d'un individu est de plus en plus régie par une seule norme sociale – la loi. S'il y a un quelconque avantage à ce livre, c'est de faire comprendre au lecteur que la question de savoir ce qu'est la loi est d'une grande importance, y compris du point de vue de sa propre vie.

*

Ce livre est divisé en trois sections. La première partie concerne quatre modèles différents du comportement humain qui visaient à définir l'interprétation du droit à certaines périodes de l'histoire. Pour le droit, bien sûr, de tels modèles ne peuvent être que des représentations très simplifiées et schématisées d'un être humain réel. Il est tout à fait tragique et en même temps comique que les dispositions contraignantes de la loi soient fondées sur une fiction excessivement simplifiée et qu'elles s'appliquent malgré tout à des personnes réelles. Cela conduit inévitablement à des conflits.

Les différents modèles de comportement humain tels qu'appliqués par la loi appellent différents types d'approches éthiques, car ils appliquent différents types de contrôle sur notre relation à nos émotions et notre cognition, à nos motivations éthiques intimes. Ainsi, l'interprétation de la loi a une grande influence sur ce que les individus considèrent comme une bonne façon de vivre et sur leurs intentions de l'accomplir conformément à la loi ou contre elle.

Le premier modèle discuté ici est basé sur la philosophie d'Aristote. Cela nous donne une bonne compréhension du fait que les choix éthiques ont une réelle incidence sur le droit, puisque le caractère est un facteur crucial pour déterminer si quelqu'un est coupable d'avoir commis un crime donné. Les

attentes de la loi concernant notre contrôle sur nos instincts et nos émotions sont également d'une importance cruciale. En fixant ces limites, la loi décide essentiellement si la responsabilité individuelle existe ou non. Le modèle présenté ensuite sera celui de l'économie néoclassique. Ce modèle tente expressément de rester neutre en ce qui concerne les décisions éthiques de l'individu. Cependant, cette tentative est hypocrite et asymétrique. Bien qu'elle ne s'intéresse ni à l'origine ni à la nature des goûts et désirs, elle pose des exigences absolument utopiques pour la définition individuelle de ces goûts et désirs. Par conséquent, son modèle d'être – *homo aconomicus* – est une construction irréaliste. L'économie comportementale tente de surmonter les lacunes évidentes de ce modèle, mais elle ne parvient toujours pas à résoudre le problème principal. D'un point de vue individuel et éthique, l'économie comportementale est de nature descriptive ; les exigences normatives qu'elle fixe ne concernent que le niveau social. Sa préoccupation principale est de réduire les inégalités de richesse, car les données empiriques montrent que les gens préfèrent vivre dans des sociétés caractérisées par l'égalité. Cette dernière exigence est une exigence externe et morale, validée par l'expérience en matière de stabilité sociale. Ce modèle définit un bon État et non un bon citoyen. L'économie comportementale ne s'intéresse pas à la qualité de vie qui vaut la peine d'être vécue dans une bonne société. De plus, elle ne dit rien sur la question de savoir si les préférences individuelles permettent aux individus de mener une bonne vie en leur donnant satisfaction. À cet égard, ces deux modèles s'apparentent au positivisme juridique. Ils ne s'intéressent qu'aux faits et non aux valeurs. L'image de l'humanité basée sur la philosophie stoïcienne du droit romain et le modèle de Thomas d'Aquin qui s'appuie sur la réflexion introspective sont tous deux proches du non-positivisme. Ces modèles se concentrent sur l'individu et non sur la société. Ils ne s'abstiennent pas de donner des orientations éthiques à

l'individu, car selon ces modèles, un bon État est créé par de bons citoyens.

La comparaison de tous ces modèles entre eux nous donne à voir la perspective selon laquelle le modèle de comportement humain appliqué par la loi n'est souvent qu'une force cachée possédant un pouvoir normatif indirect. Cela a néanmoins un effet considérable sur nos décisions éthiques individuelles et la façon dont nous vivons nos vies. C'est la responsabilité éthique de la loi. À titre d'exemple, je montrerai comment la réglementation légale de la fixation des prix sur le marché change en fonction du modèle de comportement humain appliqué par la loi.

Dans la deuxième partie, les approches prédominantes de la théorie juridique contemporaine – positivisme et non-positivisme – sont discutées d'un point de vue éthique. La description de ces écoles de pensées repose, dans une large mesure, sur les travaux de Liam B. Murphy. Je soutiens que le choix entre le positivisme et le non-positivisme est de nature éthique. Aucun argument décisif n'existe pouvant convaincre les positivistes de la vérité du non-positivisme et vice versa. Le choix entre le positivisme et le non-positivisme n'est pas une question de moralité, car on ne peut pas s'attendre à ce que l'autre accepte un point de vue différent s'il n'y a pas d'argument décisif pour cela. Cette décision est personnelle. Elle dépend des principes directeurs selon lesquels nous aimerions mener notre vie.

D'un autre côté, je soutiens également que, du point de vue éthique, l'approche que nous adoptons est sans importance. En effet de ce point de vue, la seule différence entre ces deux écoles réside dans la fondation de la décision éthique. Dans le cas du positivisme, c'est la règle postulée qui s'applique (loi positive), alors que pour le non-positivisme, c'est la meilleure interprétation morale de cette règle. Dans la plupart des cas, ces deux théories sont identiques et le « seul » défi est de savoir s'il faut respecter la loi ou non. Il s'agit d'une question fondamentalement éthique, et non morale, car l'individu

décide d'abord si la règle de comportement normative en cause est contraignante. La question de s'acquitter ou non de ses devoirs envers les autres ne vient qu'après cela. De plus, dans les rares cas où le positivisme et le non-positivisme conduisent à des résultats différents, le choix individuel n'est pas un indicateur de croyance au positivisme ou au non-positivisme, il ne reflète que les valeurs que nous considérons comme importantes dans nos vies. C'est le théorème de l'indifférence dans la théorie juridique éthique.

Dans la troisième section, la théorie juridique fondée sur l'éthique est soumise à trois tests de résistance différents. Premièrement, à travers la discussion d'une ancienne réglementation financière romaine appliquée aux esclaves, j'attirerai l'attention sur la façon dont cela peut être un symptôme de dysfonctionnement grave lorsque – en raison des dispositions de la loi – divers groupes de la société sont mesurés par rapport à différents standards éthiques sans raisons valables. Si certains sont autorisés à laisser leur colère s'exacerber tandis que d'autres sont censés contrôler leurs passions, alors le contexte social est amoral. Dans une telle société, il n'est pas du tout certain que les personnes dont la colère n'est pas maîtrisée par un contrôle moral ou légal soient mieux loties que les autres. Telle est l'exigence d'universalité éthique concernant le droit : si le droit différencie les préférences éthiques selon des critères sociaux stricts, il est alors un bon indicateur d'un dysfonctionnement.

Deuxièmement, à travers la discussion des doctrines d'Aquin, je décrirai à quoi ressemblerait un ordre de répartition des richesses fondé sur l'éthique. Aujourd'hui, les théories de répartitions des richesses sont généralement fondées sur la morale. Elles ne s'intéressent qu'à ce que les gens se doivent. Par recherche de l'équité, la théorie de Rawls, par exemple, se méfie tellement des individus qu'ils ne sont même pas autorisés à connaître leur propre statut au sein de la société lors de la distribution initiale des biens. A contrario, le modèle thomiste laisse tout à la décision éthique

individuelle. Cela peut sembler une chose naïve à faire, même si ce n'est pas plus utopique que l'état originel qui se cache derrière le voile de l'ignorance. D'un autre côté, le modèle de Rawls est également basé sur un choix éthique : le présupposé que chaque être humain est fondamentalement égoïste.

Troisièmement, l'éthique intrinsèque du droit sera décrite sous la pression de la nécessité et de la liberté. Je soutiens qu'il faut chercher la justesse éthique dans le sens de la liberté – ou du moins l'illusion de la liberté – face à des défis moraux. La condition préalable de la liberté est la création ex nihilo. C'est en raison de l'affinité du droit pour la liberté qu'il a tendance à s'inspirer de la fiction, ce qui conduit à une confrontation ouverte avec des circonstances matérielles. Mais bien sûr, choisir la fiction au lieu des faits ne garantit pas de liberté. La fiction juridique n'est, en réalité, pas une création ex nihilo, sauf quand elle est créée sur une base consensuelle ou autoritaire.

Enfin, un avertissement. Pour illustrer les aspects éthiques du droit, outre plusieurs affaires juridiques modernes, ce livre analyse également un certain nombre de textes romains anciens. Ceux-ci sont principalement tirés de la période classique (des deux premières décennies et demie de notre ère). Cela ne devrait cependant tromper personne. Cette enquête est pour l'essentiel anhistorique. Les aspects historiques ou les résolutions dogmatiques particulières des cas discutés sont hors de propos dans cette discussion. Ce qui importe est la relation du droit par rapport aux individus qui sont en luttent avec la norme juridique tout en portant le fardeau de la responsabilité de façonner leur propre vie.

Partie I :

Modèles du comportement humain

1. Le modèle d'Aristote

Selon Aristote, il existe trois manières de nuire aux autres : par ignorance, sciemment (et intentionnellement) ou par passion.² Il est intéressant de noter que les trois peuvent être considérés comme éthiques. Dans le cas de l'ignorance, la question du choix éthique ne se pose même pas (puisque l'individu n'a pas connaissance de la norme violée). D'un point de vue conséquentialiste, cependant, le préjudice causé par l'ignorance peut être immoral, car il viole la maxime de « ne pas nuire » sans raisons valables. Quant aux actions intentionnelles, l'individu cause un préjudice sciemment et délibérément, ce qui est toujours immoral et souvent illégal. Néanmoins, cela ne peut être considéré comme contraire à l'éthique que si le motif de la résolution cognitive (intention) était la méchanceté ou une autre passion ou désir qui aurait pu être maîtrisé ; ou si l'acte ne peut être justifié par une vie qui est, dans l'ensemble, bonne. En ce qui concerne les actions induites par la passion, ces actes ne sont pas basés sur des décisions conscientes et sont généralement difficiles à contenir. Ainsi, il n'y a pas de dilemme éthique en raison de l'absence d'une opportunité réelle de prendre une décision. Pourtant, les actes passionnels peuvent être immoraux (en raison de leurs conséquences) et / ou illégaux.

² Aristote : *Nic. Eth.* 1135 b, 1.

Le premier type d'actes nuisibles, qui résultent de l'ignorance, peut se produire de deux façons. L'une d'elle se produit indépendamment de l'intention de l'acteur, lorsqu'une circonstance externe imprévue produit le dommage. Un bon exemple de ceci est l'infortune, lorsqu'un événement imprévu et inattendu se produit. Un exemple extrême est un acte de Dieu ou un cas de *force majeure*, qu'il est impossible d'éviter, même avec l'application parfaite de la pensée rationnelle. En outre, il existe des cas où l'acte répréhensible est commis en raison d'un manque d'informations dont l'auteur n'est pas responsable. Les « erreurs » de l'*homo oeconomicus* dans l'économie néoclassique entrent généralement dans cette catégorie.³ Cet idéal fictif agissant de manière rationnelle se trompe typiquement dans ce sens aristotélicien, puisque le modèle néoclassique considère que la cause des décisions inefficaces est un manque d'information. Le préjudice n'est pas le résultat d'une mauvaise décision éthique en cas d'infortune, de force majeure ou de manque d'information, car l'individu n'est pas confronté au dilemme de bafouer une norme en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Bien que de tels actes préjudiciables dépassent le cadre de l'éthique, ils peuvent être immoraux ou même illégaux s'ils causent un préjudice indu à quelqu'un.

Cependant, le deuxième type d'ignorance : l'erreur, peut être contraire à l'éthique. L'erreur est problématique du point de vue de l'éthique, car l'individu n'est pas confronté à un dilemme éthique étant donné que l'action n'est pas guidée par la raison. Les erreurs commises par l'*homo myopicus* de l'économie comportementale sont des erreurs éthiquement problématiques.⁴ Quand, à court terme, on évalue mal la

³ Cette expression était déjà d'usage au début du 19^{ème} siècle par les critiques de John Stuart Mill. Voir Persky 1995, 222. L'origine de cette notion est néanmoins incertaine. Voir O'Boyle 2007, 321–322.

⁴ Pour une description plus détaillée de cette notion voir Bar-Gill 2012, 21–22. Epstein reconnaît également la systématique faiblesse de la nature

probabilité que certains événements se produisent et, par conséquent, cause du tort à autrui, on continue de violer les normes éthiques et morales. Le droit pénal continental moderne catégorise ces cas comme de la négligence involontaire (imprudence ou *luxuria*). Ici, l'acteur est conscient des conséquences potentielles d'une action mais, imprudemment, espère les éviter. On peut aussi être à la fois contraire à l'éthique et immoral si l'on attribue une importance excessive et irrationnelle à certaines caractéristiques saillantes.⁵ Ainsi, on échoue à évaluer toutes les caractéristiques d'un phénomène selon les exigences de rationalité. C'est ce qu'on appelle la négligence par inadvertance (*negligentia*) dans le droit pénal continental moderne.⁶ Ces situations sont contraires à l'éthique, car l'acteur veut « s'en sortir » sans faire face au dilemme éthique.

On peut également faire du tort à autrui sciemment et délibérément. Un exemple évident est le préjudice causé intentionnellement et illégalement.⁷ De tels actes sont clairement immoraux, mais ils ne sont contraires à l'éthique que si – comme cela a déjà été mentionné – la malice ou une autre sorte de passion ou de désir « coupable » est le mobile de l'intention criminelle (et rationnelle) qui aurait pu être restreinte rationnellement ; ou si l'acte ne peut être justifié par une vie qui est, dans l'ensemble, bonne.

Le troisième type d'actes causant du tort à autrui est la catégorie des actions induites par la passion. Dans ce cas, le préjudice est causé intentionnellement mais non rationnellement. En d'autres termes, le motif de ces actes n'est pas la raison mais une passion ou un désir. De tels actes découlent de défauts de caractère et leur classification n'est pas sans ambiguïté chez Aristote. Dans la *Rhétorique*, il les

cognitive, mais pour lui, le marché seul est capable de modérer ces erreurs. Voir Epstein 2006, 120.

⁵ Pour plus de détails, voir Cseme 2015, 342.

⁶ Voir Könczöl 2015a, 132.

⁷ Aristote : *Rhétorique*, 1368 b, 6–7.

considère simplement comme des actes d'injustice, car par la raison – au moins en théorie – on peut contenir et résister à divers types de passions humaines. Si on se connaît et qu'on s'écoute – c'est-à-dire qu'on est rationnel – on peut même se préparer au siège des passions, car on sait dans quelles situations on a tendance à se laisser porter. Négliger la lutte contre les passions potentiellement émergentes permet aux émotions d'interférer délibérément et irrationnellement dans ce sens. Cependant, il est bien connu qu'une maîtrise de soi efficace est quelque chose que très peu de gens sont capables de pratiquer.⁸ C'est pourquoi Aristote a réduit la rigidité d'un système bâti sur la primauté de la raison pour inclure les cas ordinaires, et pas seulement les exceptions. Ainsi, dans l'*Ethique à Nicomaque*, les actes provoqués par la passion se situent quelque part entre les actes d'injustice et les erreurs.⁹

Dans le cas d'actes induits par la passion, l'acteur est dominé par la passion et agit délibérément, bien que dans un état de conscience restreint (non guidé par la raison). Ainsi, ces actions peuvent effectivement être des actes d'injustice. En revanche, elles s'apparentent à des erreurs, car elles découlent d'un manque de prévoyance irraisonné et d'une sous-estimation imprudente du rôle que jouent les émotions.¹⁰

De plus, les raisons sous-jacentes de ces actes impulsifs sont à la fois externes et internes. C'est généralement une action ou une situation jugée injuste qui les déclenche, mais ils surviennent en raison d'un manque de maîtrise de soi. Ainsi, les actes passionnels peuvent être considérés comme immoraux et injustes mais pas nécessairement contraires à l'éthique, car ils ne sont pas exclusivement le produit de mauvaises décisions éthiques mais sont également basés sur

⁸ Platon a également pensé qu'au moins quelques personnes sont caractérisées par la pensée rationnelle, seulement avec certaines limites. Voir *Lois* 722 b, 6-7.

⁹ Aristote : *Nic. Eth.* 1135 b, 20. Cf. Könczöl 2015a, 134.

¹⁰ Aristote : *Nic. Eth.* 1135 b, 23.

des facteurs qui appartiennent inévitablement à la nature humaine.¹¹ Les passions et les désirs sont innés et, en tant que tels, échappent à tout contrôle volontaire. De plus, la fatalité détermine la force de nos inclinations à agir avec passion et la mesure dans laquelle on est capable de modérer ces inclinations de manière rationnelle. En ce sens, la propension à un comportement impulsif peut être considérée comme une sorte de malchance, comme une analogie avec la loterie naturelle de Rawls.¹² Par conséquent, les actes nuisibles induits par la passion peuvent être placés au croisement des trois catégories aristotéliennes : les actes d'injustice, les erreurs et le malheur. Ils sont en partie délibérés et sous notre contrôle, en partie irrationnels si nous manquons de maîtrise de soi et ils sont également hors de notre contrôle dans la mesure où ils proviennent de nos dispositions naturelles.

En étudiant la nature des actes passionnels, Aristote a considéré l'être humain réel et faillible, enclin à la colère, plutôt qu'une figure fictionnelle avec un sens éthique impeccable. La séparation d'une telle catégorie d'actes était justifiée par le fait qu'Aristote considérait l'individu humain non seulement comme une créature rationnelle mais aussi émotionnelle. Ce faisant, il a jeté les bases d'une anthropologie beaucoup plus réaliste que celle de l'économie comportementale.

Prenons un exemple où l'aspect moral et éthique peuvent être nettement séparés dans un cas juridique concret. Les faits sont les suivants : plusieurs marchands ont chargé du grain dans le bateau d'un certain Sauféius.¹³ Le marin a remis sa part à l'un des marchands du port de destination. Le navire a ensuite coulé. La question juridique était de savoir si les autres commerçants pouvaient intenter une action appelée *actio oneris aversei* contre le marin pour le « détournement » (c'est-à-dire la

¹¹ Aristote : *Nic. Eth.* 1135 b, 20.

¹² Voir Rawls 2001, 74–75.

¹³ Pap. D. 19, 2, 31.

remise à une personne non autorisée) des marchandises. Ce type d'action visait à décourager les marins marchands de vendre la cargaison à un tiers. Cela était rendu nécessaire par le fait que le grain valait beaucoup plus dans le port de destination que dans le port d'origine. Cette différence entre les niveaux de prix signifiait que sans ce règlement, les marins auraient pu vendre les céréales à d'autres et gagneraient encore des bénéfices considérables même après restitution. *Actio oneris aversi* a permis aux commerçants d'intenter une action contre les marins non seulement pour dommages et intérêts en restitution, mais aussi pour dommages et intérêts possibles.

La difficulté de cette affaire résidait dans le fait que les marchandises avaient été remises à l'un des clients d'origine et non à un tiers. Pour pouvoir intenter une action contre le marin, les marchands ont eu recours à un argument astucieux. Ils ont affirmé qu'en plaçant l'un d'entre eux dans une situation plus avantageuse, le marin avait été injuste aux autres. Les motifs du jugement rejetaient ces accusations en déclarant que quelqu'un devait nécessairement être favori dans cette situation et que le choix du marin était inévitablement immoral par rapport aux deux autres marchands. Le choix du marin était légalement protégé, indépendamment des considérations éthiques potentielles : peu importait que la sympathie, l'antipathie ou la fatalité le guidaient dans sa décision. En raison des circonstances externes de l'affaire, les conséquences éthiques et morales ne vont pas nécessairement dans le même sens et elles ne fournissent pas non plus de base claire pour une évaluation juridique. Il est possible que le marin ait eu de mauvaises intentions envers certains marchands et ait délibérément laissé leurs parties de la cargaison. S'il en était ainsi, alors son acte était à la fois contraire à l'éthique et à la morale, mais il était toujours jugé légitime. Cependant, s'il n'avait pas de mauvaises intentions, ne voulait favoriser personne et était simplement motivé par le sens du devoir, alors son acte était éthique et légitime mais toujours immoral.

Dans le cas d'actes préjudiciables provoqués par la passion, on pourrait voir que le caractère – en tant que déterminant pour la prise de décision d'un individu – peut également influencer les affaires juridiques. Dans *Rhétorique*, Aristote a attribué de l'importance au caractère dans la détermination de la culpabilité d'une personne par rapport à un crime. Cela diffère des pratiques actuelles, où le caractère n'a d'importance que par rapport à la sévérité de la punition. Selon Aristote, l'image que le juge se fait du caractère de l'accusé au cours de la procédure est crucial, car il s'agit de la position par défaut qui servira de base à l'évaluation des preuves.¹⁴ Si le juge a une impression positive de l'accusé, l'importance de la preuve est moindre ; et si l'impression est négative, les preuves mineures ont tendance à être surestimées. Ainsi, le caractère – l'image globale d'une personne fondée sur un comportement antérieur – aide le juge à déterminer si l'accusé a commis un crime donné. Tout cela offre cependant une opportunité de manipuler le jugement, et c'est finalement cet aspect qu'Aristote met en évidence.

L'effet d'événements antérieurs sur la probabilité d'avénements de nouveaux événements a été exprimé avec une précision mathématique par Thomas Bayes, un statisticien anglais du 18^e siècle. Son théorème explique comment la probabilité d'un événement futur est influencée par la connaissance du nombre de fois où le même événement s'est produit ou a échoué.¹⁵ De plus, si un événement s'est produit dans le passé, sa probabilité de se répéter change en fonction des informations supplémentaires recueillies sur l'événement.

Dans un contexte judiciaire, le caractère de l'accusé définit l'hypothèse de départ : quelle est la probabilité a priori que la personne donnée ayant un caractère donné commette le crime en question ? Par rapport à ce point de départ, les preuves liées

¹⁴ Aristote : Rh. 2.1.4.

¹⁵ Bayes 1764, 399.

à l'affaire augmenteraient ou diminueraient la probabilité à posteriori de culpabilité.

Ce système de pensée, bien qu'il semble assez raisonnable, va à l'encontre d'un principe fondamental du droit pénal : la présomption d'innocence. Selon ce principe, tout le monde doit être considéré comme innocent au début de la procédure, quel que soit son caractère. La doctrine de la présomption d'innocence a effacé l'éthique de la procédure judiciaire et a facilité la promotion d'une dimension morale en droit. Aujourd'hui, ce n'est pas l'accusé qui doit apparaître comme éthique, mais c'est le juge qui doit agir de manière éthique lorsqu'il prononce la peine. Notez qu'un état d'esprit passionné peut s'exonérer de l'accusation d'être contraire à l'éthique, mais à long terme, à travers le caractère, cela peut amener à être considéré soi-même comme contraire à celle-ci. L'éthique a une importance pour le droit à deux égards : premièrement, la façon dont une personne agit dans une situation donnée, deuxièmement, le caractère général d'une personne.

Ces deux éléments – l'appréciation de l'acte et du caractère individuel – peuvent être opposés l'un à l'autre dans la pratique juridique. Le *Digeste* raconte le cas suivant :¹⁶ un père a fait de son fils son héritier dans son testament avec une condition interdite par la loi. Voici le dilemme juridique : d'une part, le père n'a rien commis d'illégal, puisque l'acte illégal qu'il stipulait dans son testament était posé comme condition d'héritage et il n'avait nullement été réalisé. En revanche, l'héritier ne peut obtenir son héritage que s'il commet un crime. S'il agit comme l'exige le testament, il sera puni, même si son acte ne provient pas du libre arbitre, mais d'une contrainte économique. En fin de compte, en plus de son argent, le père a imposé à son fils de commettre un crime. L'héritier semble avoir été confronté au simple dilemme de savoir s'il faut ou non commettre un crime dans l'espoir d'un

¹⁶ Pap. D. 28, 7, 15.

profit matériel. Ce problème va cependant beaucoup plus loin que cela. Le conflit n'est pas seulement entre l'obéissance à la loi et la cupidité, mais aussi entre deux types d'obligations morales : accomplir les derniers vœux de son père et obéir à la loi. En ne remplissant pas la condition, le fils s'opposerait à la volonté de son père, tandis qu'en la satisfaisant, il refuserait d'obéir à la loi. Son action serait immorale dans les deux cas. Le juriste romain Papinien a eu une approche intéressante à ce paradoxe moral. Il n'a pas résolu ce dilemme – car il était insoluble – mais l'a simplement éliminé sur une base éthique. Il a estimé que la condition interdite, et donc juridiquement impossible, était également une condition physiquement impossible. Il a voulu dire par là qu'il fallait présupposer que l'on ne peut commettre aucun acte qui pourrait compromettre sa réputation, ou son sens du devoir envers ses ancêtres ou qui pourrait provoquer un sentiment de honte. Simplement, on ne peut pas agir de manière contraire à l'éthique. Cette déclaration peut sembler absurde en première lecture. La ligne de pensée sous-jacente projette deux dimensions de la question fondamentale de l'éthique. D'une part, si l'on est une bonne personne, en règle générale, il est juste de supposer que l'on est incapable de commettre une faute. D'un autre côté, il est tout à fait certain que des individus vont commettre des « crimes » dans des situations concrètes et individuelles, mais cela ne les transformerait pas en « mauvaises » personnes immédiatement et de manière irréversible. Cette dualité n'est observable ni en droit ni en morale. Dans une situation donnée, soit on obéit à la loi ou non, on agit moralement ou non. Il ne sert à rien d'affirmer qu'en raison de l'obéissance générale à la loi et à la morale, on ne devrait pas être tenu responsable d'une transgression ponctuelle. L'évaluation juridique et morale prend généralement la forme d'un jugement instantané : ai-je fait à mes semblables ce que j'étais censé faire ? En même temps, il est toujours logique de poser une question supplémentaire : est-ce que je me suis lié à mes pulsions de la bonne manière et ai-je agi en conséquence dans

la situation donnée ? Est-ce que je mène une bonne vie ? (Dans le sens : dans l'ensemble, ma vie est-elle bonne ?)

Du point de vue extérieur du droit et de la morale, ce n'est pas un projet de vie, mais les actes individuels et concrets qui sont au centre de la focale. Une personne ne peut pas être légale ; ce n'est qu'un acte qui peut être licite ou illégal. En outre, une personne peut être considérée comme morale, mais la nature superficielle d'une telle qualification est immédiatement évidente lorsqu'une personne morale commet un acte gravement immoral. Du point de vue du jugement extérieur, l'acte immoral l'emporte sur l'image de la personne morale. De plus, plus une personne est considérée comme morale, plus l'acte en question est considéré comme immoral. Il semble que la moralité n'ait été qu'un masque que nous avons mis sur cette personne pendant une courte période. La différence entre le jugement éthique et moral peut être attribuée au fait qu'un comportement immoral fait du tort aux autres en soi, tandis qu'un comportement contraire à l'éthique se limite à blesser les acteurs.

Le jugement juridique et moral est basé sur une norme externe, le jugement éthique sur un jugement interne ; ils sont cependant étroitement liés. Ceci est également démontré par le cas évoqué ci-dessus. Papinien prétend que des actes compromettant la réputation, le sens du devoir envers ses ancêtres ou le fait de se sentir honteux sont contraires à la bonne morale. Dans toute situation concrète donnée, cependant, la réputation, le sens du devoir ou la honte ne sont pas des normes morales. La décision du fils ne porte pas sur la question de savoir ce qu'il doit faire aux autres, mais sur le type de réaction qu'il doit avoir face à ses désirs. Cette norme est indéniablement fondée sur la morale, puisque le sens du devoir, la honte ou le souci de la réputation sont des sentiments définis par les interactions avec autrui. Cependant, le fils n'est pas exclusivement préoccupé par ces considérations sociales lorsqu'il décide de commettre un crime en échange de la fortune de son père.

Pour Papinien, agir éthiquement équivaut à agir moralement. Par conséquent, son affirmation n'est pas complètement absurde. Il est évident que l'on est capable d'agir immoralement. Cependant, si la direction de nos choix éthiques est globalement conforme aux normes morales (ce qui signifie que nous sommes de bonnes personnes ; notre caractère est bon), nous sommes moins susceptibles de commettre des actes immoraux ou illégaux.

Dans ce cas, les valeurs listées par Papinien peuvent également être contradictoires. Par exemple, le sens du devoir du fils envers son père le pousse à faire ce que le testament dit. C'est une dimension éthique intime. D'autre part, il doit également respecter les lois de ses ancêtres. C'est une perspective morale communautaire. La décision clarifie la hiérarchie : dans l'intérêt du bon caractère, sur la base d'exigences éthiques concernant sa culture et son développement, l'obéissance à la loi est une valeur morale plus importante que l'accomplissement de la volonté de son père (ici immorale). De plus, la présomption de la noblesse éthique de l'individu – la croyance que l'on n'est pas capable d'agir de manière contraire à l'éthique – devrait également s'appliquer à son père. On ne peut pas penser que son père souhaitait qu'un acte illégal soit commis. En conséquence, d'un point de vue éthique, il y a deux raisons à l'impossibilité de la condition stipulée dans le testament : si le testateur était un homme éthique, il ne pouvait pas (avoir) stipuler(é) une condition illégale, et si l'héritier est un homme éthique, il ne pourrait pas satisfaire cette condition.

2. Le modèle économique

Au cours de la présente discussion, les écoles traditionnelles d'économie néoclassique et comportementale ont déjà été évoquées à quelques reprises. Examinons de plus près quels modèles d'humanité ces écoles ont créés, quelles

exigences éthiques elles nous imposent, et quels types de règles juridiques sont justifiées par ces différences.

Les trois principes de base de l'économie néoclassique ont été formulés par Richard Posner dans son ouvrage *Economic Analysis of Law*. Selon le premier principe, si le prix d'un produit augmente, sa demande diminue.¹⁷ L'économie comportementale accepte ce principe avec une réserve importante. Cette école part du principe que l'optimisation des individus ne découle pas de la validité de ce principe, car la demande de biens à prix plus élevés change également dans le cas d'un choix aléatoire de biens si le pouvoir d'achat est limité. Cette hypothèse a déjà été prouvée empiriquement par des expériences sur des rats.¹⁸ Le deuxième principe stipule que lors de la prise de décision, les personnes attribuent la même importance aux dépenses réelles qu'aux coûts d'opportunité (ou alternatifs)¹⁹ et ne prennent pas en considération les coûts irrécupérables.

L'économie comportementale émet des réserves sur cette hypothèse. Par exemple, il existe souvent une différence considérable entre les prix de vente et d'achat, ce qui contredit manifestement le principe selon lequel les dépenses réelles et les coûts d'opportunité sont d'importance égale. Ainsi, il est parfaitement concevable que l'on ne paierait pas cinq cents dollars pour un billet de l'ouverture de *Casse-Noisette* en décembre, on ne serait pas non plus prêt à vendre ce billet à ce prix.²⁰ De même, ceux qui ont des abonnements pour l'année sont plus susceptibles d'aller voir un spectacle donné,²¹ ce qui signifie qu'ils tiennent compte des coûts irrécupérables par opposition aux hypothèses économiques standard. Cependant, des expériences ont également montré

¹⁷ Posner 1973, 4.

¹⁸ Becker 1962, 1.

¹⁹ Le coût d'opportunité est un coût qui correspond à l'abandon d'un choix alternatif provoqué par la décision d'achat d'un autre produit.

²⁰ Voir Kahneman–Knetsch–Thaler 1990, 1327.

²¹ Nozick 1993, 22.

que les détenteurs d'abonnements sélectionnés au hasard bénéficiant d'une réduction sur le prix des abonnements manquent plus de spectacles que ceux qui paient le plein tarif.²² Selon le troisième principe de l'économie néoclassique, les biens sont toujours utilisés à temps pour leur utilisation la plus précieuse, car la nature du marché est telle qu'il saisit toutes les occasions de réaliser un profit.²³ Ce principe, combiné à l'hypothèse que les dépenses réelles et les coûts d'opportunité sont égaux, aboutissent au théorème de Coase. Ce théorème stipule que l'attribution initiale des biens n'affecte pas leur attribution finale si les coûts de transaction sont nuls, car grâce à la négociation, chaque bien atteindrait l'individu qui l'apprécierait le plus.²⁴ La validité inconditionnelle du théorème de Coase a été remise en question par les expériences sur l'aversion à la dépossession menée à l'Université Cornell.²⁵ Les conclusions de ces expériences ont montré que ceux qui recevaient une tasse étaient beaucoup moins disposés à la vendre, ou seulement à un prix beaucoup plus élevé, que ce à quoi on aurait pu s'attendre sur la base du théorème de Coase. Cela signifie que l'attribution initiale des biens a un effet significatif sur leur valeur marchande et sur leur redistribution. Cet effet de « distorsion » ne peut être éliminé par les forces du marché. Le phénomène est connu sous le nom d'effet de dotation dans la littérature de psychologie et d'économie comportementale et est une manifestation d'un phénomène psychologique à plus grande échelle appelé l'aversion à la dépossession. Il a été constaté que l'attribution d'une plus grande importance aux pertes qu'aux gains est une caractéristique humaine générale. Cette découverte est devenue l'un des points de départ de base de la théorie des perspectives, lauréate du prix Nobel.

²² Arkes–Blumer 1985, 124.

²³ Posner 1973, 11.

²⁴ Coase 1960, 6 ; Posner 1973, 8.

²⁵ Kahneman–Knetsch–Thaler 1990, 1329–1342.

Dans le contexte des trois principes discutés ci-dessus, il y a l'image d'un individu fictif, qui possède une quantité optimale d'informations sur les marchés et un ensemble stable de préférences qui aide à maximiser l'utilité.²⁶ Ce modèle a été nommé *homo aeconomicus*. Comme on peut le voir, l'économie comportementale applique un modèle plus réaliste. Selon cette école, en réalité, les gens ne se comportent pas de manière parfaitement rationnelle, car leur volonté et leur intérêt personnel sont limités. De plus, ces faiblesses ne surviennent pas au hasard mais en grand nombre et, en tant que telles, sont prévisibles.

Ainsi, la considération la plus essentielle de l'économie comportementale est que les humains sont faillibles comme la personne « qui n'a aucun pouvoir sur son propre esprit ».²⁷ Nos faiblesses communes, typiques, sont de trois sortes : rationalité limitée, volonté limitée et intérêt personnel limité.

En ce qui concerne la rationalité limitée (ou l'erreur au sens aristotélicien), l'incertitude surprenante de nos capacités de calcul, le caractère indigne de confiance de notre mémoire et notre capacité limitée de comportement rationnel sont des expériences communes à tous et toutes. Nous laissons souvent nos intuitions guider nos décisions. Il n'est donc pas étonnant que le comportement humain diffère souvent de ce à quoi on pourrait s'attendre sur la base de modèles économiques utilisant des pouvoirs illimités de rationalité. Ces différences peuvent être classées en deux grands groupes : les erreurs de jugement et les erreurs de décision. Les erreurs de jugement sont la raison sous-jacente des attentes de maximisation de l'utilité et des prévisions de comportement basées sur les statistiques bayésiennes qui ne sont pas réalisées dans la vie quotidienne. Les erreurs de jugement viennent souvent d'une mauvaise évaluation de la probabilité d'un événement lorsque nous ignorons les modèles statistiques et

²⁶ Becker 1976, 14.

²⁷ *Proverbes* 25:28.

fondons nos jugements sur des idées rudimentaires ou des règles empiriques. Daniel Kahnemann et Amor Tversky ont prouvé par des mesures que le biais dit de disponibilité (ou heuristique) nous conduit souvent à de fausses conclusions.²⁸ Par exemple, une personne témoin d'un accident de voiture considérera la probabilité d'un accident de voiture comme étant plus élevée que celle qui n'a pas vu un tel événement. La chose la plus importante à retenir est le fait que ces raccourcis mentaux et ces règles empiriques sont prévisibles et font essentiellement partie de la nature humaine. Supposons que l'on puisse choisir entre un dollar et la participation à un loto dont la probabilité de gagner 100 dollars est de 80 contre 1 (soit 1,25 %). Sur une base rationnelle, nous choisirions la loterie, en suivant le principe de la valeur attendue (car le prix calculé rationnellement est de 1 dollar et 25 cents, ce qui est plus d'un dollar) même si dans la plupart des cas nous repartions les mains vides. Pourtant, la majorité des gens sont réticents au risque et choisissent le montant le plus petit mais garanti au lieu du montant le plus élevé mais le moins probable. Cette anomalie s'explique par la théorie de l'utilité attendue. Selon celle-ci, si une décision comporte un certain degré de risque, on ne se fie pas à la valeur réelle calculée statistiquement, mais à une appréciation subjective de celle-ci. La théorie de l'utilité attendue ne rend cependant pas compte de toutes les anomalies « irrationnelles ». Les choix dépendent souvent non seulement des probabilités et des risques perçus subjectivement, mais aussi de la façon dont nous est présentée la situation (le cadrage). La théorie des perspectives de Kahneman et Tversky peut expliquer de manière très convaincante un certain nombre d'aspects étranges du comportement humain. Cette théorie suppose que les personnes qui appliquent certains types d'heuristiques dans leurs prises de décision sont également influencées par leurs situations actuelles (point de référence subjectif).

²⁸ Tversky–Kahneman 1982, 11.

Le deuxième type de faiblesse affectant le comportement humain « idéal » est la volonté limitée. Au sens aristotélicien, c'est un défaut de caractère. Nous savons quelle est la chose rationnelle à faire, mais nous n'agissons pas toujours de cette façon, ou en d'autres termes, ce que nous décidons finalement de faire nous apparaît soudainement beaucoup plus rationnel qu'il n'y paraissait auparavant. Nous avons tendance à agir de manière contraire à nos propres intérêts à long terme et nous en sommes souvent conscients. Les fumeurs fument même s'ils savent à quel point le tabac est nocif pour leur santé. Ou encore, beaucoup de personnes sujettes à l'obésité mangent néanmoins la part de gâteau qui se présente à eux. Nous sommes souvent heureux que la loi prenne en compte cette faiblesse de la volonté humaine et, par exemple, qu'un délai de réflexion est accordé en cas d'activité marketing agressive ou d'achat en ligne.

Le troisième type de faiblesse, la poursuite limitée de l'intérêt personnel, est la raison sous-jacente des actes visant à « punir » les autres, même si cela implique un coût supplémentaire. Nous nous attendons à un traitement équitable dans le contexte du marché et nous sommes disposés à traiter les autres équitablement en cas de réciprocité. C'est pourquoi les gens agissent souvent beaucoup plus poliment ou grossièrement qu'on ne pourrait s'y attendre rationnellement.

Une caractéristique commune remarquable des modèles économiques néoclassiques et comportementaux est qu'ils tendent à éclipser la dimension éthique avec des hypothèses cognitives. Dans un certain nombre de cas cependant, la rationalité limitée n'est pas simplement le résultat d'un calcul et de capacités mentales médiocres, mais aussi de choix non éthiques basés sur des émotions. Notre manque de perspicacité provient souvent de notre désir de voir ce que nous voulons, plutôt que d'un échec à calculer les coûts cachés. Cognitif et émotionnel, rationnel et éthique, ne peuvent être séparés aussi nettement dans le comportement humain qu'ils

le sont dans ces modèles économiques. Les règles éthiques peuvent également être bafouées en cas de volonté limitée. Le délai de réflexion, par exemple, n'a pas pour but de nous dissuader de prendre des décisions contraires à l'éthique, il aide « seulement » à éviter les conséquences néfastes d'une décision déjà prise. Lorsqu'un commerçant manipulateur nous trompe immoralement, en fait, nous nous laissons tromper. Si la loi laisse le sens éthique des gens se dépérir, alors après un certain temps, il y aura beaucoup à faire. Cela ne signifie pas, bien entendu, que les individus, aux prises avec leurs propres faiblesses, doivent être laissés à eux-mêmes. Aristote considérerait également que c'était une option injuste. Il est cependant logique d'avoir une mesure optimale de l'éthique en droit, ce qui semble manquer dans l'interprétation du droit fondées sur ces modèles économiques.

La grossièreté anthropologique des modèles économiques trouve son origine dans l'hypothèse partiellement justifiée que les actes rationnels et efficaces visent la satisfaction la plus optimale des désirs. Cependant, Socrate a déjà établi que le bien n'est pas identique à l'agréable²⁹ et qu'il faut rechercher le premier plutôt que le second.³⁰ L'aspect irrationnel de l'approche économique qui se dit rationnelle est la non-prise en compte de l'origine des goûts. Il est tout simplement irrationnel de présupposer le choix rationnel comme le seul motif de nos préférences individuelles. Hume l'a dit ainsi : « La raison est et ne doit être que l'esclave des passions, et ne peut jamais prétendre à aucune autre fonction que de les servir et de leur obéir ». ³¹ Dans les circonstances du marché, la poursuite de l'intérêt personnel alimenté par la satisfaction des besoins matériels peut être un bon point de référence.³² Cependant, si l'on considère la vie réelle d'un individu, nous aurons probablement des réserves.

²⁹ Platon : *Gorgias*, 495d, 2-e 2, 497a, 3-5.

³⁰ Platon : *Gorgias*, 501 b, 1-c 5, 503a, 5-9. Voir Könczöl 2015b, 22-23.

³¹ Hume 1976, 545.

³² Cserne 2015, 87.

Reconnaissant les faiblesses cognitives de l'établissement des préférences, l'économie comportementale s'est éloignée du modèle fictif de l'*homo oeconomicus* en direction de l'être humain réel.³³ Il ne s'agit cependant pas d'une démarche confiante. Le vrai problème n'est qu'effleuré et n'est même pas clairement identifié, on l'appelle vaguement faiblesse cognitive. L'autre face du problème, la dimension éthique, est supprimée au motif qu'elle appartient à l'inconscient collectif. Le droit a été affecté par cette attitude et cette tendance à exclure l'éthique de son vocabulaire. Les problèmes éthiques sont souvent réduits à de simples problèmes financiers.

Démontrons à quel point des problèmes juridiques difficiles peuvent provenir d'incitations éthiques à l'aide de l'affaire bien connue de Webb contre McGowin.³⁴ Le 3 août 1925, un certain Webb nettoyait dans son lieu de travail, un moulin. Il poussait des blocs de pin de 35 kilogrammes à l'étage comme chaque jour. Il était en train de faire tomber l'un des blocs quand il vit que McGowin se tenait dans la cour à l'endroit où le bloc était sur le point de tomber. McGowin aurait été tué instantanément si Webb n'avait pas fait quelque chose pour l'empêcher. Comme il n'était pas en mesure d'empêcher le bloc de tomber, il sauta, essayant de le détourner de sa trajectoire. Par conséquent, il subit de graves blessures, se cassa le bras droit et la jambe droite, et fut si gravement blessé au pied qu'il resta invalide jusqu'à la fin de ses jours. En guise de gratitude, McGowin promit³⁵ de lui verser un montant hebdomadaire de 15 dollars à titre de dédommagement. Il tint parole jusqu'à sa mort, mais ses

³³ Comme le dit Cserne, pionnier du droit et de l'économie comportementale, «le principe du consommateur souverain n'est pas viable à cause de la faiblesse cognitive de l'individu [...]». Voir Cserne 2015, 311.

³⁴ Webb contre McGowin 27 Ala. App. 82, 168 So. 196. Un autre exemple est Mills contre Wyman 20 Mass. (3 Pick.) 207. Voir Watson 1997, 1751.

³⁵ Un sauvetage effectué par un non-professionnel sans promesse précédant les événements est censé être gratuit. Voir Wade 1966, 1184. Cette solution est aussi approuvée par Dawson 1966, 88.

héritiers ont décidé de ne pas continuer le paiement. Webb les poursuit en justice et remporta le procès.

L'acte altruiste de Webb est difficile à interpréter en termes de rationalité économique. D'une part, Webb n'avait aucune chance d'effectuer une analyse coûts-avantages dans la situation donnée. Son acte fut « instinctif ». Il est également difficile de juger son comportement sur des bases morales, car un code moral normal ne saurait s'attendre à ce qu'il risque sa propre vie pour celle d'un autre. Le sacrifice de soi ne peut être qu'un acte éthique. Cela n'est pas affecté par le fait que Webb n'a peut-être choisi de sauter que par peur et non par bienveillance, puisque McGowin, dont la vie était en danger, était un homme de la classe supérieure et beaucoup plus riche que lui. Ainsi, l'essence du litige juridique repose sur un comportement éthique. Malgré cela, les motifs de l'arrêt ne contiennent aucun argument éthique, uniquement des considérations matérielles caractéristiques des éléments dogmatiques du droit contractuel. L'arrêt semble maladroit non seulement parce qu'il s'agit d'une dérogation aux règles générales du droit contractuel, mais aussi parce qu'il suggère un modèle d'humanité matérialiste trop simpliste.

Les modèles économiques de l'humanité pourraient être rendus plus complets si l'existence de la passion et des erreurs égoïstes y était calculée, ainsi que les besoins éthiques de l'individu désireux de vivre sa vie comme un tout significatif. Cela rapprocherait ces modèles de l'être humain actuel, l'homo sapiens, qui représente l'unité éthique de la raison et des émotions sur le long terme. Le droit devrait réagir au fait que le marché essaie d'exploiter non seulement les faiblesses cognitives mais aussi émotionnelles des personnes en échange d'un profit. Bien que le paternalisme juridique prenne en considération les faiblesses cognitives, il serait également utile de prendre en compte des aspects éthiques justifiables que nous pourrions appeler le « maternalisme légal ».

3. Le modèle romain

Fondamentalement, sous l'influence de la philosophie stoïcienne, la norme finale du droit romain classique consistait en un mode de vie individualiste qui respectait l'ordre naturel. Les stoïciens croyaient que l'individu pouvait définir ce mode de vie en s'appuyant sur la Raison. Cependant, la « Raison » dans la terminologie stoïcienne diffère de la rationalité de l'économie néoclassique sur un point très important : elle ne se réfère pas à la capacité de faire respecter ses préférences personnelles aussi efficacement que possible. Bien au contraire, la raison était censée contrôler les pulsions instinctives de chacun (préférences) pour une vie plus heureuse qui peut se dérouler dans un État stable.³⁶ Dans la « théorie politique » stoïcienne, l'État se compose de personnes vertueuses, et seule la vertu peut faire de quelqu'un un citoyen et lui accorder la liberté.³⁷ Après la chute de la République romaine, un accent particulier a été mis sur l'idée que le Princeps devrait se démarquer de tous les autres citoyens en raison de sa vertu. Le dirigeant doit utiliser les instruments juridiques de manière juste et équitable, comme le ferait un bon maître pour corriger la nature potentiellement « gâtée » de ses sujets.

Dans cette approche, l'individu et la communauté s'unissent en appartenant intrinsèquement au même univers. L'individu et la communauté partagent le même pouvoir de cohésion, c'est-à-dire la raison, et sont donc soumis à la même loi.³⁸ Une action juste de la part de l'individu dépend de la compréhension des événements au-delà des émotions. En adoptant l'idée que la raison est la loi commune qui imprègne toute l'existence, l'individu devient à la fois libre et intègre l'ordre idéal de l'État et, plus généralement, de l'univers. Selon

³⁶ Cfr. Chrysippe LS 67R (Ici "LS" correspond au texte publié par Long-Sedler 1987) ; Sénèque : *De clementia*, 2, 7, 3.

³⁷ Zénon LS 67 B.

³⁸ Marc Aurèle : *Meditationes* 4, 4.

le droit romain classique, dans une société idéale, un État est bon si ses citoyens sont bons, et les citoyens sont bons s'ils sont vertueux. L'État idéal ne peut être créé par la compétition spontanée d'individus qui cherchent à maximiser leur profit personnel.

Cependant, les Romains connaissaient la loi de l'offre et de la demande. Ils ont fait une distinction entre la valeur normale ou générale (qui se référerait à un prix moyen du marché, non soumis à des fluctuations saisonnières) et la valeur marchande réelle d'un produit. Ils attachaient une importance particulière à l'appréciation du prix par le propriétaire, d'où le *pretium affectionis* (l'attachement purement émotionnel) était exclu. De manière surprenante, la valeur générale susmentionnée ne coïncide pas avec la valeur marchande au sens moderne, c'est-à-dire le prix auquel un produit spécifique peut être vendu à un moment donné. La valeur générale d'un produit donné était le prix que quiconque était prêt à payer pour celui-ci, dans des circonstances générales.³⁹ De toute évidence, l'huile d'olive avait une valeur différente après une récolte fructueuse que pendant une année de maigre récolte. La valeur générale dépendait des fluctuations résultant de l'abondance ou de la pénurie, mais elle visait à atténuer ces extrêmes.⁴⁰ En termes plus modernes, nous pourrions définir la valeur générale comme le prix définit dans les conditions normales du marché. Dans la pratique, les Romains ont consciemment distingué les deux valeurs (la valeur générale et la valeur marchande) afin de garantir une redistribution légale des biens la plus équitable possible. Par exemple, lors de l'évaluation de la valeur de la succession du testateur (dont au moins un quart pouvait être reçu sans legs conformément au droit successoral, la *lex Falcidia*), la valeur générale de la succession a été prise en compte, et la valeur marchande a été exclue. On peut également observer un contraste frappant entre la valeur

³⁹ Paul. D. 9, 2, 33pr. et D. 35, 2, 63pr.

⁴⁰ Paul. D. 35, 2, 63, 2.

générale et la valeur marchande dans la pratique de la *lex Rhodia de iactu mercium*, la loi relative au largage. Conformément à cette loi, la marchandise jetée par-dessus bord était évaluée à son prix général, tandis que lors de la redistribution de ce qui était sauvé, le prix du marché devait être pris en compte.⁴¹

Ces exemples démontrent clairement que pour assurer une distribution «équitable», la partie lésée n'a pas été exposée aux fluctuations des prix du marché. De toute évidence, quand les marchandises ont été jetées à la mer, leur valeur générale a été perdue, car sur un navire en détresse, il n'y avait aucune possibilité de se demander quel produit avait une valeur marchande réelle plus élevée. L'équilibre du navire et les chances de survie ont été la priorité. Cependant, les biens épargnés devaient être pris en compte à leur valeur de marché afin d'assurer une juste compensation aux propriétaires des biens jetés par-dessus bord. De même, l'héritage a été pris en compte à sa valeur générale pour protéger les intérêts de toutes les parties concernées. Les fluctuations du prix du marché auraient pu nuire de façon imprévisible aux intérêts des légataires ou à ceux des héritiers, même si la date de partage de la succession était indépendante de leur volonté puisqu'elle était déterminée par la date imprévisible du décès du testateur. Les deux solutions juridiques encouragent des choix éthiques indépendants des pulsions matérielles. Dans le cas du partage de la succession, cela signifiait que les héritiers n'étaient pas intéressés par la mort du testateur à une certaine date ou à provoquer le décès du testateur à une date qui leur était favorable. Lors d'une tempête en mer, on ne s'attendait pas à ce que les marins réfléchissent à la valeur des marchandises ou au pouvoir de leur propriétaire lorsqu'ils étaient contraints de larguer la cargaison pour survivre. La valeur marchande a été exclue.

⁴¹ Paul. D. 14, 2, 2, 4.

La distinction claire entre la valeur générale et la valeur marchande montre que les Romains n'ont pas accepté le principe contenu dans la deuxième proposition de Posner, et, par conséquent, le troisième principe, bien qu'ils aient accepté le premier principe de l'offre et de la demande. Les Romains étaient bien conscients que, pour une raison spécifique, un client donné pouvait être prêt à payer plus pour un produit donné que sa valeur pour une personne « moyenne » dans les conditions normales du marché. D'autre part, la valeur générale pourrait dépasser la valeur marchande, car dans certains cas (par exemple dans les actions visant à obtenir un partage judiciaire d'une propriété commune – *actio communi dividundo*) le droit qui constituait un actif financier pouvait contenir des éléments qui ne pouvaient ni être vendu ni loué.⁴² Les Romains n'ont pas non plus adhéré à l'idée que par l'autorégulation du marché, les biens finiraient entre les mains de celui qui les appréciait le plus. C'est pourquoi ils voulaient assurer la mise en œuvre du principe d'équivalence relative de la valeur des biens échangés, c'est-à-dire éviter que les transactions marchandes n'imposent des obligations plus onéreuses à une partie entraînant une exacerbation des inégalités sociales. L'ancien concept de valeur générale a persisté jusqu'au règne de l'empereur Justinien au 6^e siècle de notre ère.⁴³ L'exigence selon laquelle les biens impliqués dans les échanges devaient avoir plus ou moins la même valeur était justifiée non seulement par des considérations morales (concernant la redistribution), mais aussi par le fait qu'en raison des limites fixées à la convoitise, les parties étaient moins enclines à se décevoir de manière contraire à l'éthique.

Avec l'aide de l'idée de valeur générale et d'autres outils (par exemple l'*exceptio doli*), les Romains ont pu gérer les distorsions du marché générées par les faiblesses cognitives du peuple. C'est pourquoi, par exemple, Constantin le Grand

⁴² Paul. D. 10, 3, 10. 1.

⁴³ Matthews 1921, 244.

a interdit toute clause d'un contrat de gage prévoyant la confiscation des biens hypothéqués en cas de défaut de paiement d'un emprunt (*lex commissoria*).⁴⁴ Constantine offrait ainsi une double protection au débiteur dont la situation était précaire. D'une part, cela signifiait une protection au sens financier, car le débiteur aurait autrement pu être contraint de mettre en hypothèque un bien dont la valeur aurait largement dépassé la dette. D'autre part, l'atténuation de l'optimisme du débiteur qui aurait pu être déraisonnablement confiant face aux difficultés concernant le remboursement. Si la *lex commissoria* était interdite dans les accords de gage, elle était autorisée dans les accords d'achat. Bien qu'à première vue incohérent, cela peut s'expliquer en considérant les aspects cognitifs. Le vendeur pouvait résilier unilatéralement le contrat si l'acheteur ne payait pas le prix d'achat dans le délai stipulé dans le contrat, et, en cas de paiement par acomptes, un acheteur en défaut d'acompte perdait également les acomptes déjà payés. D'après les sources pertinentes, dans la plupart des cas, l'objet des contrats d'achat était une propriété agricole connue pour être soumise à des fluctuations de ses gains. Les acheteurs étaient généralement « myopes », car ils se concentraient uniquement sur les petits versements ponctuels ; alors que le total de ces versements dépassait largement le montant forfaitaire. D'autre part, les acheteurs étaient également trop optimistes, car ils étaient convaincus qu'en exploitant la propriété, ils seraient en mesure de payer les acomptes. La *lex commissoria* (ici : le droit de rétractation) contrôlait automatiquement ces deux faiblesses et, en même temps, elle contribuait à une distribution juste et efficace des marchandises. En pratique, le droit de résiliation du vendeur a conduit à la transformation du contrat d'achat en contrat de location, dont les deux parties pouvaient bénéficier : l'acquéreur pouvait utiliser le bien et disposer de ses fruits en échange du paiement des acomptes (le prix de location qui

⁴⁴ C. 8, 34, 3.

devait être payé régulièrement), tandis que le vendeur recevait une compensation pour la remise du contrôle de la propriété à l'acheteur. Il faut être attentif au fait que, outre les faiblesses cognitives (myopie et optimisme), le choix était également affecté par un aspect éthique : ai-je donné une réponse adéquate à ma cupidité ? Il s'agit d'une question éthique pertinente même si la cupidité ne sert qu'à assurer l'indépendance financière et une vie modeste comme dans le cas du fermier de la Rome ancienne.

Les contrats d'achat conclus dans le cadre de la *lex commissoria* ont d'abord été considérés comme des contrats qui entraient en vigueur lors de la réalisation d'une condition suspensive ; plus tard, ils ont été considérés comme des contrats qui se terminaient par l'accomplissement d'une condition résolutoire. Cela suggère que les Romains ont reconnu la valeur du développement du sentiment d'appartenance chez l'acheteur qui, à son tour, a renforcé un mode de vie éthique. Le sentiment d'appartenance est une connexion psychologique supplémentaire que le modèle de l'économie néoclassique ignore. Seuls les contrats contenant une condition résolutoire peuvent générer un sentiment de propriété, car dans le cas d'une condition suspensive, l'acheteur ne peut se considérer comme propriétaire du bien qu'après l'accomplissement de la condition. Dans le cas de contrats soumis à une condition suspensive, l'acheteur est placé sous une épée de Damoclès, car le contrat d'achat n'est pas pleinement effectif. Le sentiment de propriété ou l'effet de dotation (démonstré par le comportement des étudiants de l'Université Cornell à qui on a donné une tasse) qui découle du sentiment de sécurité concernant la propriété pourrait garantir que l'acheteur utiliserait la propriété de la manière la plus efficace, comme un vrai propriétaire. Cette solution a profité non seulement aux deux parties concernées (car l'acheteur était plus susceptible de lever suffisamment de fond pour le prochain paiement), mais a également favorisé l'intérêt

public, car les terres agricoles en question étaient exploitées plus efficacement.

La clairement paternaliste *lex Laetoria* était également destinée à repousser les conséquences des faiblesses humaines. Il protégeait les mineurs (mineurs, de moins de 25 ans) contre leur propre manque de réflexion. En évoquant l'exception pertinente, il était possible de rendre invalide la transaction avec le mineur et de demander l'annulation de l'échange. Le *senatusconsultum Macedonianum* était une loi similaire, bien que la protection qu'il accordait à l'efficacité économique et à la sécurité des affaires était limitée. Cette résolution sénatoriale a mis fin au marché des prêts accordés aux fils au pouvoir (*filius familias*) qui ne disposaient pas de moyens financiers indépendants en les défendant contre les créances des usuriers même après le décès du père lorsque le fils obtient des biens par héritage. Dans ce cas, les considérations morales n'étaient qu'un côté de la médaille. Il est raisonnable de décourager les créanciers de tromper un jeune adulte immature en comptant sur la mort de son père. Cependant, l'essence de ces normes consistait plutôt à renforcer les bons choix éthiques. C'est pourquoi le mineur était soumis à un curateur qui pouvait essentiellement opposer son veto aux transactions basées sur les mauvais choix éthiques de la personne immature.

Dans la Rome antique, les parties d'un contrat d'achat étaient également autorisées à se tromper mutuellement quant à leur prix de réserve. Ainsi, le prix d'achat négocié garantissait une répartition relativement juste de la plus-value des marchandises entre les parties. Par exemple, si l'acheteur estimait à 100 la valeur d'un article qui coûtait 80 au vendeur, un prix d'achat de 90 garantissait une juste répartition de la plus-value de l'article entre les parties rendant la distribution de richesse (y compris au niveau communautaire) inchangée. Les négociations au cours desquelles les parties ont tenté de se déjouer de manière égoïste – ou, pour reprendre les mots

d'Ulpien, naturellement⁴⁵ – ont abouti à une solution efficace tout en favorisant l'intérêt public. L'artifice n'a pas atteint le niveau de l'illégalité, c'est-à-dire de la tromperie, mais il était évidemment immoral, car son but était de tromper l'autre partie. Malgré le comportement immoral des deux parties, une négociation modérée était considérée comme éthique. Les sages qui menaient une vie juste devaient éviter un altruisme exagéré et ne pas payer plus pour un article que le prix imposé par le vendeur, en gardant à l'esprit la stabilité de leur pays.⁴⁶ Par conséquent, même les bonnes pulsions (comme l'honnêteté et la générosité dans cette situation) doivent être maîtrisées.

Selon Ulpien, les avocats doivent chérir la justice, professer la connaissance de ce qui est bon et juste, et rendre les gens bons, non seulement en leur faisant craindre des sanctions, mais aussi en montrant les récompenses possibles, en promouvant une bonne philosophie et donc une bonne vie.⁴⁷ L'idée que les avocats sont spécifiquement nommés pour chérir la justice implique a contrario que les gens ont tendance à agir injustement. De plus, si la détermination de ce qui est bon et juste nécessite des connaissances juridiques particulières, les gens seront vraisemblablement sujets à des erreurs de jugement en raison de leurs biais cognitifs. Enfin, si l'effet dissuasif de la peine n'est pas suffisant, il vaut la peine de faire appel au sens éthique des individus et de faire de la vie heureuse un objectif ultime.

4. *Le modèle thomiste*

Selon Thomas d'Aquin, le but d'un mode de vie éthique n'est pas l'accomplissement des désirs éphémères de l'individu, mais l'exercice de vertus, en particulier de compassion et de

⁴⁵ Ulp. D. 4, 4, 16, 4.

⁴⁶ Cfr. Cicéron : *De officiis* 3, 15, 63.

⁴⁷ Ulp. D. 1, 1, 1, 1.

tempérance. Comme Aristote et les Romains, Thomas d'Aquin a affirmé l'objectivité du bien (c'est-à-dire que ce qui est moral est aussi éthique), et attaché une grande importance aux choix libres qui ne sont plus soumis aux désirs. La possibilité et la justesse des choix sont garanties par ratios. Aristote et les Romains croyaient que le but premier de la raison est essentiellement moral, à savoir atteindre le bien commun. En revanche, le but ultime selon Thomas d'Aquin était de nature éthique ; il visait le bonheur individuel. À son avis, la raison devrait guider l'individu à vivre une vie heureuse car vertueuse.⁴⁸

Il existe une différence fondamentale entre le concept de rationalité de l'économie néoclassique et le concept thomiste de raisonnabilité. Dans la terminologie de l'économie néoclassique, la rationalité signifie la capacité de satisfaire les préférences individuelles aussi « efficacement » que possible (le même résultat avec moins d'investissement ou un meilleur résultat avec le même investissement), ce qui est nécessaire pour atteindre le bonheur individuel. Par conséquent, en théorie, le bonheur peut prendre diverses formes en fonction des pulsions individuelles. Inversement, la rationalité thomiste aide à réaliser son seul véritable but dans la vie, à savoir atteindre le plus grand Bien. Ce mode de vie consiste en des préférences de valeurs objectives et clairement identifiables qui sont en partie indépendantes des pulsions subjectives, impliquent l'exercice de vertus et ne peuvent être réalisées qu'en vivant dans une communauté (l'État). Selon Thomas d'Aquin, la raison humaine seule ne permet pas de trouver le chemin du bonheur. Après avoir compris la bonne voie, l'individu a besoin de la grâce divine pour y adhérer. Alors que la raison qui lutte contre les faiblesses cognitives (selon l'économie comportementale) a besoin de plus d'informations ou d'« éducation », la raison qui dépend de la

⁴⁸ ST, II-I, Q 92, A 1. See also Richards 2008, 95.

grâce divine (selon Thomas d'Aquin) peut trouver conseils dans des valeurs concrètes, des vertus et des choix éthiques.

Selon l'approche néoclassique, le but de l'individu est de satisfaire au maximum ses préférences personnelles arbitraires. Thomas d'Aquin a soutenu que le but ultime d'un homme est le bonheur, qui peut être atteint – et voici une différence significative – en satisfaisant certaines préférences concrètes. Il est dans l'intérêt (égoïste) de l'individu de ne pas être égoïste.⁴⁹ Dans l'opinion d'Aquin, pour décider si une action humaine est bonne ou mauvaise, nous devons considérer dans quelle mesure elle contribue au bien public et, à travers celui-ci, au bonheur individuel. Le plus grand obstacle au bonheur n'est pas de ne pas réussir à penser rationnellement, mais de ne pas vivre une vie éthique. Les déchéances font partie à la fois du système économique et du système chrétien : nous faisons tous des erreurs, c'est-à-dire que nous n'utilisons pas notre raison comme nous le devrions, et nous péchons tous, c'est-à-dire que nous désobéissons au commandement de l'amour. La vie d'un chrétien n'est pas moins difficile que celle de quelqu'un qui aspire à une rationalité totale. En théorie, ce dernier, grâce à l'usage de la raison, est capable d'apprendre à résister de plus en plus efficacement à ses désirs. Contrairement à cela, les chrétiens qui tentent de se purifier du péché sont tentés par des ruses.⁵⁰

Cependant, ce qui distingue la plupart des enseignements chrétiens des théories de l'économie moderne, c'est que le christianisme est construit sur une ressource conceptuellement illimitée : l'amour. Alors qu'une personne rationnelle doit s'appuyer sur la raison et faire preuve de retenue, la vie chrétienne est guidée par l'amour. La différence entre ces deux mentalités est que toutes les formes de rationalité ne peuvent pas générer de l'amour, mais toutes les formes d'amour rendent la rationalité nulle.

⁴⁹ ST, II–I, Q 91, A 2. See also Arjoon 2000, 160.

⁵⁰ Jean Cassien : *De coenobiorum institutis* 5, 10.

Paradoxalement, le système d'Aquin est plus individuel que l'approche comportementale du droit et de l'économie qui vise à une répartition égale des biens, car, en fin de compte, il valorise avant tout le but du bonheur personnel compris comme une vie juste en Dieu. À cet égard, il s'apparente davantage à l'individualisme du modèle néoclassique du droit et de l'économie. Cependant, alors que selon l'approche économique traditionnelle, la poursuite des intérêts individuels établira automatiquement, en raison des lois naturelles de la concurrence et du marché, l'ordre dans la communauté, Thomas d'Aquin affirme qu'un effort personnel dédié est nécessaire. Il résout le conflit entre l'individu et la communauté en exigeant que l'individu accepte l'ordre de la communauté – quel qu'il soit – tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre divin. L'approche d'Aquin aborde les questions de légalité et de salut séparément. Chacun est tenu d'observer la loi, par exemple de payer un prix équitable, mais seule une personne éthique agit de manière vertueuse et est capable d'altruisme désintéressé pour atteindre le salut et, dans cet esprit, est prête à payer un prix d'achat plus élevé que le juste prix.⁵¹

Néanmoins, Thomas d'Aquin semble accepter la loi d'airain de l'offre et de la demande, et donc la première proposition de Posner. Le philosophe médiéval est d'accord avec Aristote sur le fait que le prix est l'outil le plus approprié pour exprimer la valeur des biens, car il contient non seulement les coûts de production, mais reflète également la rareté et la demande d'un bien. De l'avis d'Aquin, toute action qui influence artificiellement le prix d'un produit peut être considérée comme une fraude. Il attribue de telles intentions à l'inclination humaine au péché et a fermement condamné cette pratique. La conséquence cette fraude est que l'excédent potentiel du produit est inégalement réparti entre les parties, en violation du principe selon lequel « tout ce qui est établi

⁵¹ Thomas d'Aquin : *Quaestiones de quodlibet* 2, 5, 10.

pour le bien commun ne devrait pas être une charge plus grande pour une partie que pour une autre». ⁵² La solution adoptée par Thomas d'Aquin était similaire à celle des Romains : elle reposait sur la valeur réelle ou, selon les termes d'Aquin, la valeur « juste » du produit et sur l'interdiction de la fraude. Ces deux outils étaient censés supprimer les distorsions du marché résultant de faiblesses humaines, car ils imposaient à la partie clairvoyante une obligation éthique de payer le prix dû à tout moment, même si, pour une raison quelconque, l'autre partie ne le réclamait pas. D'un autre côté, l'adoption de ces outils prouve qu'Aquin partageait les doutes des anciens Romains concernant la rationalité humaine et l'auto-régulation efficace du marché, rejetant ainsi la deuxième et la troisième proposition de Posner. Les gens peuvent être ignorants (selon la théorie néoclassique, dans le sens où ils n'ont pas suffisamment d'informations à leur disposition), mais ils sont aussi esclaves de leurs désirs. La deuxième catégorie correspond essentiellement aux phénomènes de myopie et d'optimisme tels que décrits par l'économie comportementale. Par exemple, les gens ont contracté des prêts qui semblaient moins chers (par exemple, des prêts à faible mise de fonds ou des prêts en devises étrangères) parce qu'ils étaient motivés par le désir d'obtenir un crédit à des conditions plus favorables que les conditions du marché. Cependant, l'autre partie, l'institut financier, a sournoisement profité de ce désir de réaliser un excédent de profit ou de profit dépassant la valeur réelle du produit financier. D'après ce qui précède, il est clair que, dans un certain sens, les emprunteurs et les prêteurs « marchent sur la large route du péché ». ⁵³

Néanmoins, Thomas d'Aquin restreint fortement l'applicabilité de la règle romaine selon laquelle les parties sont autorisées à se tromper les unes les autres. D'une part, il

⁵² ST, II-II, Q 77, A 1.

⁵³ ST, II-II, Q 77, A 1.

aborde cette question à propos des vices cachés du produit et, à son avis, c'est le seul cas où la règle précitée peut être appliquée. La possibilité de tromperie est réservée au vendeur qui n'est pas obligé de divulguer le vice caché du produit à l'acheteur mais le vendeur n'est pas non plus autorisé à le vendre plus qu'il ne vaut en tenant compte du défaut caché.⁵⁴ D'un autre côté, Thomas d'Aquin a établi une norme éthique très stricte en exigeant du vendeur qu'il se contente de son prix de réserve lorsqu'il propose un prix d'achat. Cette exigence réduit considérablement les chances que sa théorie soit mise en pratique. Thomas d'Aquin n'a pas reconnu l'opportunité offerte par les Romains – probablement dans l'esprit de la philosophie stoïcienne – : dans l'ensemble, les faiblesses humaines peuvent parfois conduire à des résultats efficaces ou moraux. Contrairement aux Romains, Thomas d'Aquin a préféré le salut de l'âme (un objectif éthique) à la stabilité de l'État.

⁵⁴ Thomas d'Aquin : *Quaestiones de quodlibet*, 2, 5, 10.

Partie II : Théories juridiques d'un point de vue éthique

1. La théorie juridique de Murphy

« La loi est un fait ». « La loi est à la fois fait et moralité ». Pour certains, l'un de ces énoncés est nécessairement vrai et exclut l'autre, le rendant faux. Selon Murphy, il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un débat émerge à l'avenir qui puisse changer l'avis des partisans de l'une ou l'autre affirmation. Dans le présent chapitre, basé sur sa monographie⁵⁵, je commence par une description des deux courants actuels de la théorie juridique, le positivisme et le non-positivisme. Je les évaluerai ensuite d'un point de vue éthique.

Notre question est donc la suivante : qu'est-ce que la loi ? Le cœur du problème est de savoir si les considérations morales sont pertinentes pour chaque situation lors de la création du contenu de la loi. On peut reformuler la question ainsi : si un juge fonde sa décision, à juste titre, sur des considérations éthiques aussi bien que juridiques, dépasse-t-il la simple application de la loi actuelle et formule-t-il (au moins en partie) une nouvelle loi ?

Nous appelons ceux qui répondent « oui » à cette question des non-positivistes tandis que ceux qui y répondent « non » sont appelés positivistes. Selon les positivistes, le contenu de la loi est fondé uniquement sur les faits tandis que pour les

⁵⁵ Murphy 2014.

non-positivistes, la loi contient à la fois des faits et des considérations morales. Ces derniers estiment que le droit est lié aux faits sociaux et politiques, et que quelque chose de bon – ou du moins potentiellement – est également dans sa nature. En droit, nous considérons généralement comme un fait le sens d'un document écrit ou d'une coutume. La morale universelle et certaines catégories de théorie politique normative (par exemple la justice sociale ou les limites propres du pouvoir de l'État) relèvent de considérations morales. Murphy y inclut également le concept individuel du bien et du mal, qui, selon notre définition, n'est pas simplement moral, mais aussi éthique. Les porte-drapeaux positivistes sont Kelsen et Hart, tandis que le chef de file des non-positivistes est Dworkin.

Murphy fait deux observations importantes concernant les points de vue inconciliables du positivisme et du non-positivisme. Selon lui, la différence de point de vue est substantielle, de sorte que la réponse que nous donnons à la question du contenu du droit n'est pas une question indifférente, même si, dans la grande majorité des cas, sur la base de l'un ou l'autre point de vue, nous obtenons le même résultat. Il rejette ainsi le concept éliminatoire – selon lequel le contenu de la loi n'est pas pertinent et n'est qu'une simple question théorique – pour lequel ce n'est pas le contenu de la loi qui est pertinent mais la façon dont les litiges juridiques sont réglés, et comment les États devraient se comporter envers leurs citoyens et les autres États. L'argument principal de Murphy contre ce point de vue éliminatoire est que souvent nous (en particulier les avocats et les États) avons des raisons morales d'agir légalement. Par conséquent, il serait bon de savoir ce qu'est la loi. D'un autre côté, il ne voit aucun argument qui convaincrerait les adhérents de l'un ou l'autre camp d'abandonner leurs positions de base ; c'est-à-dire selon lui, le différend entre positivistes et non-positivistes est arrivé à une impasse. De plus, il semble aller sans dire que nous avons des raisons morales et éthiques de savoir ce qu'est la loi.

Il serait bon de savoir ce qu'est la loi non pas seulement pour agir dans son cadre, mais aussi pour savoir comment nos choix individuels de valeurs et la loi sont liés. Avec pour objectif principal de mieux vivre.

Les deux camps peuvent être divisés en deux sous-groupes. Les positivistes peuvent être inclusifs ou exclusifs, selon qu'ils acceptent des considérations morales pouvant faire partie de la loi, ou qu'ils les excluent entièrement. Les non-positivistes professent soit une « lecture morale », soit un « filtre moral ». Avec la lecture morale, la loi est la meilleure interprétation morale possible. Selon la théorie du filtre moral,⁵⁶ la loi se limite aux textes législatifs sans les parties manifestement amORAles. Il s'agit alors essentiellement d'une théorie juridique positiviste avec quelques ajouts moraux.

Selon Murphy,⁵⁷ le modèle de la lecture morale est plus plausible que le modèle de filtre moral. Dès lors que l'on présuppose que le contenu de la loi est en partie déterminé par des considérations morales, il semble illogique que la moralité n'intervienne que lorsque la loi soit autrement injuste. En revanche, le modèle de lecture morale préserve la positivité institutionnelle du droit ; il ne prétend pas que les normes juridiques soient toujours moralement idéales, il déclare simplement que ces normes doivent être interprétées moralement de la meilleure façon possible. Pour le modèle de lecture morale, l'un des plus grands défis est le problème des « lois mauvaises ». Dworkin y donne deux réponses, que l'on peut qualifier de modèles de lecture morale « hybrides » et « non hybrides », inspiré des travaux de Stavropoulos.⁵⁸ Les lectures hybrides du droit impliquent une procédure en trois étapes. Dans la première, dite « étape préinterprétative », le point de départ est constitué des textes législatifs considérés

⁵⁶ Le représentant le plus important de ce courant est sûrement Robert Alexy, voir Alexy 2002, 35–39.

⁵⁷ Murphy 2014, 49.

⁵⁸ Stavropoulos 2014.

comme valides selon certaines institutions mandatées. Dans la deuxième « étape interprétative », les normes sont évaluées d'un point de vue moral, ce qui permet, dans la troisième « étape postinterprétative », de déterminer quelles normes sont juridiquement valables.

La première étape préinterprétative porte sur les normes généralement considérées à première vue comme du droit, c'est-à-dire établies par des institutions mandatées. Pour l'essentiel et jusqu'à présent, cette théorie est la même que la théorie juridique positiviste, puisque ce sont les faits sociaux qui sont sujets à examen. En conséquence, les normes n'assimilent pas elles-mêmes des droits et obligations réels. Cependant, dans le modèle hybride, la question de savoir si une norme doit être considérée comme une loi n'apparaît clairement qu'aux stades interprétatifs et postinterprétatifs. En fait, au stade interprétatif, nous devons trouver les principes de base moraux qui soutiennent généralement les normes, de sorte que pendant la phase postinterprétative, une décision finale puisse être prise sur leur véritable nature juridique. Si une norme est reconnue comme loi, c'est parce que les principes moraux et la réalité sociale ont été utilisés pour son interprétation. D'où le terme « hybride ».

Il convient de noter ici que l'interprétation hybride peut avoir de nombreux sous-types en fonction de la mesure morale concrète utilisée pour examiner le contenu de ce qui est présumé être loi. Selon certains, y compris Dworkin, toute sorte de considération morale peut jouer un rôle ⁵⁹ (évidemment, l'une des plus importantes étant la justice sociale). D'autres, comme Fuller⁶⁰ ou Dyzenhaus⁶¹, affirment que seules les valeurs dites de « primauté du droit », comme la publicité et la prospectivité (par exemple l'interdiction d'une législation avec effet rétroactif) peuvent être prises en

⁵⁹ Dworkin 2006, 170.

⁶⁰ Fuller 1969, 46–91. A ce propos Rundle 2012, 168–174.

⁶¹ Dyzenhaus 2007, 56–81, particulièrement 56–60.

considération. En ce qui concerne l'approche non hybride, il n'y a pas d'étapes d'interprétation clairement séparées. De ce point de vue, en s'appuyant sur la morale politique, nous avons de bonnes raisons de considérer les décisions politiques créant des normes, semblables à première vue à des lois, comme des sources de droits et d'obligations réels. Cependant, les normes établies par les institutions compétentes ne constituent pas en elles-mêmes des normes contraignantes ; ce ne sont que des facteurs auxquels s'ajoutent des considérations morales lors de la constitution du contenu de la loi. Les normes pour lesquelles il n'y a aucune raison politique ou morale de les reconnaître comme étant lois, à savoir celles qui ont été formées avec une méthode incorrecte (lorsque l'annonce, la transparence, etc., essentiellement les exigences formelles de l'État de droit ont été violées), ou avec un contenu incorrect (par exemple, qui cause une violation flagrante et grave des droits de l'Homme) ne doivent évidemment pas être traitées comme lois. Ainsi, la différence essentielle entre les modèles hybrides et non hybrides est due au fait que ces derniers ont un caractère moral (le sujet de l'interprétation juridique n'étant pas seulement le droit positif mais aussi les principes moraux) dès le début de l'interprétation, et la loi ainsi établie comme résultat d'interprétation constitue de véritables obligations et droits moraux. Ce résultat final détermine également la procédure d'interprétation. Comme on peut le voir, le point de vue non hybride est bien plus radical que le non-positivisme, car ce dernier dit seulement que pour établir le contenu de la loi, des considérations morales sont absolument nécessaires. Néanmoins, il ne prétend pas que la loi ainsi établie couvrira des obligations morales réelles, ni que la procédure d'interprétation juridique devra pointer vers l'établissement de véritables obligations morales.

Il semble que dans ses premières œuvres, Dworkin ait professé l'approche hybride alors que, vers la fin de sa vie, il

ait adopté l'approche non hybride.⁶² Selon ses derniers écrits l'interprétation de la loi est la procédure sur la base de laquelle nous établissons nos droits et devoirs moraux, si ceux-ci sont fondés sur des décisions politiques du passé.

L'interprétation non hybride peut paraître convaincante du point de vue suivant : d'une part, dans le modèle hybride, on passe des faits de base aux droits et devoirs moraux, c'est-à-dire qu'il nous oblige à faire un *salto mortale* de l'« être » au « devoir ». En revanche, dans le modèle non hybride, le caractère juridique du droit préinterprétatif n'a pas toujours de pertinence, car, lors de l'interprétation, des considérations morales peuvent l'effacer. Basé sur cette approche, le concept non hybride est le plus cohérent, car son point de départ est déjà un léger « devoir », et il attribue également une certaine importance à la loi *prima facie*. Néanmoins, Murphy considère le concept non hybride comme dangereux⁶³, car il peut conduire à de l'*éliminativisme*, c'est-à-dire que le droit en tant que système normatif distinct pourrait disparaître. Selon lui, des obligations morales peuvent découler de toute décision politique passée, de sorte que la pertinence des décisions politiques considérées comme légales s'estompe.

Le cadre de l'examen, basé sur la dichotomie entre positivisme et non-positivisme dépeint par Murphy semble à première vue moins pertinent dans le système de droit continental. Dans le vieux continent, il semble plus admis que la définition du contenu (essentiellement l'établissement de la loi) d'un document écrit (réglementation juridique) équivaut à son interprétation. Et lors de l'interprétation, conformément au canon interprétatif classique (comme celui de Savigny), l'intention du législateur et les aspects taxonomiques sont eux-mêmes des moyens légitimes de la procédure d'interprétation (l'établissement de la loi). Dans les constitutions écrites et parmi les objectifs du législateur, nous pouvons trouver

⁶² Dworkin 2011, 400–415.

⁶³ Murphy 2014, 57.

plusieurs valeurs que Murphy considère comme des concepts de théorie politique normative (comme la démocratie et l'État de droit). D'un autre côté, il n'y a pas de codex européen sans clauses générales morales. À travers ces concepts, nous pourrions légitimement supposer, que des considérations morales forment la base de la loi de telle sorte que lors de l'application de celle-ci, le juge ou les autorités chargées de l'application de la loi ne sortent pas de leur rôle ; ils ne font que l'interpréter sans la créer ; d'autre part, ils prennent leurs décisions exclusivement sur la base de faits (notamment sur des réglementations légales).⁶⁴

Par exemple, lorsqu'un juge opère avec le concept codifié de bonne morale, la loi aura une base morale non pas parce que le sens moral subjectif du juge l'a dictée, mais parce que la réglementation juridique positive qui, par définition, fait partie de la loi déclare la nullité des contrats contraires au bien moral. Si quelqu'un critiquait la Cour parce qu'en outrepassant sa compétence, elle a interprété dans la loi quelque chose qui n'avait jamais existé, cette critique pouvait être correcte. Cela ne signifiait pas nécessairement que la moralité ne faisait pas partie de la loi, car la critique pouvait également porter sur le fait que le tribunal concerné avait mal jugé le contenu moral de la loi.

Si nos hypothèses sont correctes, l'interprétation juridique continentale suit essentiellement le modèle non hybride. En effet, dans les cas difficiles, les décisions judiciaires sont motivées par l'objectif souhaité (idéalement, un résultat moralement valable). Les arguments dogmatiques servent essentiellement à déduire ce résultat souhaité des réglementations juridiques reconnues comme valables. Dans les affaires courantes, la loi *prima facie* elle-même peut servir de point de référence suffisant, de sorte que le jugement peut être fondé simplement sur son contenu normatif.

⁶⁴ De même Jakab 2010, 83–93, 87–89.

De toute évidence, nous ne pouvons pas aussi facilement dénouer le nœud gordien simplement en reconnaissant la nécessité et l'étendue de l'interprétation. Le contraste entre le positivisme et le non-positivisme est essentiellement axiomatique. Cela signifie qu'aux yeux d'un positiviste exclusif, la morale fondée sur une décision essentiellement arbitraire ne fait pas partie de la loi même si la loi elle-même fait allusion à la morale. En effet, lors de son application, elle n'est plus une application de la loi ni une interprétation de celle-ci ; il s'agit essentiellement de législation ou de comblement de lacune législative. Même le positiviste, qui juge correct de tenir compte des considérations morales en acceptant l'exigence de la justesse d'une décision judiciaire, ne la voit pas comme une décision fondée exclusivement sur le droit. De la même manière, le non-positiviste décide – par essence arbitrairement – en identifiant dans chaque situation la meilleure lecture possible de la loi.

Je crois que pour Murphy, le positivisme est plus attractif que le non-positivisme, et cela pour deux raisons. D'une part, il est pour lui incompréhensible qu'une loi légalement établie peut être « non légale ». A contrario, il est réticent à accepter qu'un juge ne fonde pas son verdict et n'établisse pas nos obligations et droits exclusivement sur la loi légalement établie. D'une manière générale : la théorie juridique positiviste a une force de persuasion plus forte dans les États démocratiques libéraux. Dans ces pays, il peut être justifié et réel d'espérer que l'État soit moralement neutre et définisse les normes qui obligent les citoyens, puisque ces sources positives du droit sont fondées sur un mandat démocratique.⁶⁵ C'est le seul moyen d'éviter l'imposition des revendications morales d'une partie de la société sur ses autres membres.

Pour Murphy et pour d'autres théoriciens du droit intéressé par le positivisme (par exemple Kelsen⁶⁶), le

⁶⁵ Sur ce problème voir Raz 1979, 210–230, 211.

⁶⁶ Kelsen 1973, 92.

principal avantage du positivisme sur le non-positivisme est qu'il est plus critique envers l'État. En fait, parmi les courants non positivistes, le droit romain classique (basé sur le stoïcisme) et le système d'Aquin ont un effet conservateur sur le pouvoir d'État existant.

Murphy présente deux grands défis auxquels est confronté le positivisme. Premièrement, comment définir les fondements de la loi. Deuxièmement, comment ces fondements peuvent être interprétatifs d'une manière moralement neutre.⁶⁷ Le positivisme se concentre traditionnellement sur la première question. C'est ainsi que nous atteignons la règle de reconnaissance de Hart ou la norme fondamentale de Kelsen. Le positivisme se concentre traditionnellement sur la première question. C'est ainsi que nous atteignons la règle de reconnaissance de Hart ou la norme fondamentale de Kelsen. Selon le traitement du sujet par Murphy, tant la théorie juridique de Hart⁶⁸ que celle de Kelsen⁶⁹ aboutissent à la conclusion que le critère ultime de validité juridique est ce que les juristes considèrent et traitent comme loi. Essentiellement, le concept positiviste du droit repose sur un consensus élitiste. Comme Murphy le dit explicitement : ceux qui ne travaillent pas avec la loi n'ont que des croyances vagues et incertaines sur les critères ultimes de validité juridique.⁷⁰ Cela en soi ne soulève aucune

⁶⁷ Murphy 2014, 25.

⁶⁸ Hart 1994, 116.

⁶⁹ Cet argument de Murphy est difficile à réconcilier avec la compréhension de la norme fondamentale (*Grundnorm*) de Kelsen. Kelsen la comprend premièrement comme une sorte d'hypothèse (Kelsen 1920, 94 ; il l'appelait ici encore *Ursprungsnorm*), plus tard, comme précondition logique transcendante de la reconnaissance de la loi (Kelsen 1934, 63–67), et enfin comme fiction (Kelsen 1979, 206–207). Murphy voit la règle de reconnaissance de Hart et la norme fondamentale de Kelsen comme essentiellement égale, car pour Kelsen le système légal prévaut généralement et est également un système légal valide. Voir Olechowski 2009, 59.

⁷⁰ Murphy 2014, 35.

préoccupation. Le point de vue non positiviste est beaucoup plus élitiste et il n'est pas consensuel ou plutôt, il est moins consensuel, car certaines de ses formes sont considérées comme fondées sur la révélation divine.

De toute évidence, il est plus difficile de s'accommoder d'un sentiment fondamental de méfiance à l'égard de l'État, qui est le principal attrait du positivisme pour de nombreux auteurs positivistes dans ces pays où les traditions démocratiques ne sont pas tenues pour acquises. Dans les pays postsocialistes, le positivisme textuel lui-même était l'un des soutiens les plus importants de l'oppression du pouvoir étatique.⁷¹ Dans un système positiviste, il est difficile de traiter la possibilité que l'État puisse légalement former le « non-droit » en tant que loi. C'est là qu'intervient le non-positivisme, orientant l'exercice de la puissance publique sous certaines contraintes morales absolues – et ne se contentant pas des limites fixées par l'*État de droit*. Ce n'est pas par hasard que dans les pays d'Europe de l'Est ayant une expérience historique dictatoriale, et qui vivent actuellement une version faible de la démocratie, on y observe une sérieuse attirance vers les courants non positivistes. Ils savent que contre la superpuissance de l'État, l'État de droit lui-même est impuissant et, qui plus est, il peut même aggraver les choses. L'attitude critique à l'égard de l'État à l'ombre d'une dictature ne peut être imaginée qu'à partir des bases de normes absolues ou de normes considérées comme telles.

Une théorie juridique qui a été tacitement construite pour les démocraties libérales ne peut prétendre à l'universalité pour elle-même. Une théorie juridique qui ne fonctionne fondamentalement que dans certains types d'ordre étatique ne donne pas de réponse universelle à la question : « qu'est-ce qui fait droit ». Cela ne résout qu'un problème beaucoup plus restreint, à savoir ce qui fait le droit dans une démocratie libérale.

⁷¹ Scruton 1995, 101–108.

Bien entendu, rien de tout cela ne signifie qu'en raison de ce qui précède, le non-positivisme aurait un pouvoir explicatif majeur, car dans les démocraties libérales, ce dernier concept conduirait à un résultat qui serait inacceptable pour beaucoup. C'est-à-dire que le point de vue moral des autres, ou simplement tout type de point de vue moral, devrait être proclamé comme une « morale universelle » ou jouer un rôle quelconque lorsque l'État crée une norme qui oblige certains comportements pour tous les individus. Les positivistes sont généralement réticents à concevoir la moralité en soi comme la loi et ils sont moins susceptibles de soulever le problème de ce qu'est la morale. Selon eux, le non-positivisme signifie appliquer uniquement un critère moral lors de l'interprétation des faits sociaux conçus comme loi, ils n'attribuent aucune signification théorique à ce critère moral. Leur problème n'est donc pas, avant tout, le contenu de la moralité, mais le fait que la moralité en tant que système normatif distinct de la loi, peut être érigée en loi en contournant les garanties démocratiques et d'État de droit établies pour faire la loi. Le danger le plus important, qui peut être causé par l'infiltration de certaines considérations morales substantiellement répréhensibles (par exemple à travers des clauses générales) est moins problématique pour eux. Depuis l'Europe, nous pouvons mieux voir que l'interprétation de l'ensemble de l'ordre juridique positif peut être facilement et radicalement « modifiée » simplement en changeant la base morale sans le travail subtil et transparent d'amendements. Hedemann a considéré la question des clauses générales, à savoir les limites de l'interprétation judiciaire, comme étant le problème juridique le plus important du 20^e siècle. En 1933, il a lui-même qualifié les clauses générales de simplement arbitraire⁷², mais en 1940 a placé certaines considérations morales, tout à fait discutables, parmi les principes directeurs de l'interprétation juridique. Les principes sur l'application du

⁷² Hedemann 1933, 73.

droit et sur le développement du droit du Codex du peuple (*Volksgesetzbuch*) – qui a été rédigé avec sa collaboration – stipulaient que chaque concept et chaque disposition devaient être interprétés et traités de manière à garantir la vie avec le plus de valeur possible pour la communauté des Allemands (*Volksgemeinschaft*).⁷³

Murphy – même si implicitement et peut-être moins consciemment – sépare nettement la question de l'essence même du droit de la question de l'interprétation du droit. Afin de séparer aussi nettement que possible les points de vue du positivisme et du non-positivisme, il renforce l'idée, en partie seulement, correcte que le droit est un phénomène raisonnablement existant même sans interprétation juridique. D'un autre côté, il admet que parfois des considérations morales peuvent être nécessaires pour prendre une décision correcte, bien qu'il traite moins de la situation inverse lorsque l'appliquateur de la loi déroge à la loi en référence à la moralité ou qu'elle aboutit à une décision hautement discutable.

La théorie juridique positiviste révèle essentiellement que le droit désigne certains faits sociaux que nous devons prendre en considération d'une certaine manière lorsque nous voulons régler nos différends interpersonnels ou lorsque nous voulons comprendre quel genre d'obligations nous avons.⁷⁴ Mais cela ne nous aide pas beaucoup à utiliser ces éléments factuels dans un litige juridique concret ou plus généralement dans toute forme d'application de la loi. Dès que l'on sort du cadre étroit de l'interprétation linguistique, le positivisme juridique devient maladroit. Il n'a pas sa propre mesure spécifique pour dire quand, où et / ou dans quelle mesure nous pouvons nous écarter du sens linguistique étroit des sources juridiques données qui ne peuvent ni nécessairement ni clairement

⁷³ Hedemann–Lehmann–Siebert 1942, 13. Voir à ce propos Wegerich 2004, 151–152.

⁷⁴ Je modère ici le point de vue plus radical de Gardner ; selon lui le positivisme ne contribue pas du tout à ces examens. Voir Gardner 2001, 199.

révéler le contenu de la loi. En cas de doute sur ce résultat, la moralité peut également faire son apparition. La différence entre le positivisme et le non-positivisme est simplement que, selon le premier, c'est l'interprétation juridique qui est en cours et non la législation, tandis que pour le second, il ne s'agit que de l'établissement du droit existant.

C'est une difficulté insoluble pour le positivisme dans ses propres termes que, d'une part, il fasse dépendre la reconnaissance de quelque chose comme loi à la légalité de la législation, tandis que, d'autre part, il est tenu de fonder la validité finale de la loi sur le consensus élitiste d'un groupe social restreint d'avocats. La préférence du positivisme au motif que la loi ainsi conçue est plus critique à l'égard de l'État n'en est pas moins dans une situation difficile avec sa théorie selon laquelle la validité finale de la loi est établie par une élite restreinte d'avocats souvent proche (relation personnelle et institutionnelle) de l'État.

L'autre problème, de caractère plutôt empirique, lié au positivisme est l'affirmation que la loi est positive et sans morale. Ceci, selon notre expérience historique et quotidienne, est une définition normative plus qu'une définition descriptive. Nous n'avons guère pu trouver un système juridique dans l'histoire du droit qui aurait conduit à la réalisation du concept positiviste exclusif du droit, et même aux États-Unis, c'est plutôt une exigence pharisaïque pour les juges de la Cour suprême qu'ils devraient seulement interpréter et non pas faire la loi.⁷⁵ Ainsi, de par l'évolution historique⁷⁶ et la situation factuelle actuelle, l'exclusion théorique de la morale de la notion de droit n'est pas un acte déclaratif mais un acte constitutif. Et cela ne peut pas être facilement dissimulé puisque, selon le positivisme, la loi est basée sur des faits. Ainsi, le positivisme n'est pas basé sur des faits purs, mais aussi sur

⁷⁵ Kennedy 1998, 2.

⁷⁶ Dans la dimension historique, des valeurs dites universelles comme les droits de l'Homme peuvent être relatives. Voir Waldron 2013, 1–2.

l'exigence normative (c'est-à-dire non factuelle) d'omettre le contenu moral.

La troisième difficulté que nous rencontrons dans le positivisme est de nature logique. À la suite de Marc Aurèle, nous pouvons dire deux choses sur ce qui se passe dans le monde : soit tout se passe nécessairement comme cela doit se passer, soit tout est pure coïncidence.⁷⁷ Si tout est régi par le caprice de la coïncidence et que les faits que nous percevons dans notre monde ne sont des faits que par hasard, il est difficile de voir pourquoi nous devrions nous en tenir à une théorie juridique qui est exclusivement basée sur des faits, ou au concept alternatif qui s'enrichit d'une morale aléatoire. Dans un monde « aléatoire », chaque choix de valeur semble être capricieux (capricieusement arbitraire). En revanche, si le monde est gouverné par la nécessité, alors il y a une différence raisonnable entre l'acceptabilité des théories juridiques positivistes et non positivistes. S'il est forcément vrai que la loi est effectivement positiviste, alors le positivisme perd beaucoup de son charme. Si la loi est exclusivement un fait, et elle est nécessairement exclusivement un fait, alors nous mettons la loi dans le monde de la nécessité et, de cette manière, nous en faisons pratiquement un phénomène moral parce que la morale n'est rien d'autre que la conformité à la nécessité. En revanche, pour le non-positivisme (ou du moins pour un certain type, à savoir le non-positivisme basé sur la morale universelle), il n'est pas difficile d'accepter que la loi soit nécessairement basée sur la morale universelle, car pour celui-ci le droit l'est impérativement, et il devrait en être ainsi, pour être loi. En même temps, dans un monde « aléatoire », il n'y a pas de grande différence entre la reconnaissance de chacune de ces théories juridiques. Cependant, dans un monde alternatif basé sur la nécessité, le positivisme serait moins facile à accommoder.

⁷⁷ Voir Marc Aurèle : *Meditationes* 12, 24.

La question se pose : si d'une part l'efficacité de l'attitude critique envers l'État dépend du système et, d'autre part, le non-positivisme semble historiquement plus accepté et logiquement plus cohérent, pourquoi Murphy ne considère-t-il pas le point de vue non positiviste comme étant le plus convaincant ? L'une des raisons pourrait être que, selon son intuition, des citoyens libres peuvent limiter plus efficacement l'État que l'État lui-même. Cependant, Murphy a estimé à juste titre qu'il n'y a pas d'ordre basé sur des valeurs dont les valeurs fondamentales seraient acceptées par tous. L'approche non positiviste est évidemment instrumentale, car elle se mesure par rapport à un système de normes objectif, et Murphy ne voit aucun objectif avec lequel chaque personne affectée serait d'accord.

Il est évident que la réfutation des théories juridiques instrumentalistes, basée sur le fait qu'en pratique nous ne pourrions jamais nous fixer un objectif commun, n'est convaincante que du point de vue positiviste. Pour certains non-positivistes (ceux qui professent l'objectivité de la morale universelle), l'exactitude ou la justesse d'un objectif ne peut pas dépendre de l'approbation des citoyens.⁷⁸

Nous comprendrons plus clairement la dichotomie positivisme / non-positivisme à travers les exemples pratiques analysés par Murphy. Il utilise comme exemple le cas des gardes-frontières qui ont tiré sur ceux qui tentaient de franchir le mur de Berlin et qui ont été condamnés à la suite de la réunification de l'Allemagne.⁷⁹ Selon Murphy, la Cour d'appel allemande a représenté un point de vue non positiviste lorsqu'elle a jugé, avec l'aide de la fameuse formule de Radbruch, qu'une réglementation exigeant l'utilisation d'armes n'était pas une loi. La Cour constitutionnelle fédérale allemande – selon Murphy – n'a pas examiné si la moralité faisait partie de la loi ou non, elle a simplement interprété de

⁷⁸ Sénèque : *De vita beata* 1, 3.

⁷⁹ Murphy 2014, 12–13.

manière créative la clause sur l'interdiction des sanctions rétroactives. Ici, le principe de l'interdiction de la sanction avec effet rétroactif ne s'applique pas lorsqu'un acte par ailleurs criminel est justifié par une loi manifestement injuste.

À première vue, il semble que la Cour constitutionnelle fédérale n'ait fait que moraliser, elle a donc utilisé des arguments moraux (en qualifiant en fait la loi de grossièrement injuste), mais elle représentait essentiellement un point de vue positiviste. Elle n'a pas dit qu'une loi manifestement injuste est une « non-loi », mais qu'une loi injuste est une exception à l'application d'une autre loi, par ailleurs juste (le principe *nullum crimen sine lege*). Il est évident que cette décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne reposait sur des considérations morales. Reste la question, selon Murphy, de savoir si cela peut être qualifié de création de loi ou de simple application du droit existant : selon les non-positivistes, ce serait l'application du droit, selon les positivistes, il s'agit de création de loi. À mon avis, pour les non-positivistes, cette réduction n'est pas correcte. Les non-positivistes ont le droit de penser que, dans ce cas concret, la Cour constitutionnelle a créé la loi et que, avec ses outils limités, elle a essayé de rendre justice pour les injustices découlant d'une loi antérieure (qui était mauvaise mais néanmoins loi). Les non-positivistes n'ont pas à être d'accord avec Murphy qui pense que la loi mauvaise est leur problème. Pour un vrai non-positiviste, la loi mauvaise ne représente aucun type de difficulté, car elle peut accommoder la nature juridique positive ou, en d'autres termes, factuelle, de la loi mauvaise et, en même temps, lui refuser toute force éthique contraignante. La mauvaise loi est la loi, mais elle ne contraint pas la conscience ; nous n'avons aucune raison éthique d'agir légalement ou d'observer ses prescriptions. La vraie question n'est pas de savoir ce qu'est la loi. La seule question pertinente est de savoir quelle loi devrait être. Quiconque cherche sérieusement une réponse à cette question ne veut pas réduire l'importance réelle de la loi. En fait, c'est précisément le

contraire. La bonne réponse à la question « qu'est-ce qui devrait être loi » ne peut être donnée qu'après avoir parfaitement connu « ce qu'est la loi et plus précisément ce qu'était loi ».

D'un autre côté, les faits et les considérations morales ne peuvent être séparés aussi facilement que le dépeint Murphy. À mon avis, au parquet de l'ex-République démocratique d'Allemagne, certains auraient pu penser, sur la base de considérations éthiques, que la norme donnée n'était pas la loi, mais les faits sociopolitiques de l'époque ont facilité l'atteinte à la vie humaine tant du point de vue juridique que moral. De même, la Cour constitutionnelle fédérale allemande devait se prononcer sur la question juridique de savoir si les gardes-frontières étaient punissables. Leur réponse était affirmative, et cette réponse portait sûrement un message moral. Après la réunification, compte tenu du changement des circonstances sociales et politiques, les gardes-frontières devaient être punis. De plus, il y avait, vraisemblablement, non seulement les convictions éthiques subjectives des juges de la Cour constitutionnelle, mais la conviction morale commune étant que la loi était la même quelles que soient les circonstances.

Murphy interprète mal la question en se demandant si les meurtres survenus au mur étaient qualifiés d'homicides punissables lorsqu'ils se sont produits. La vraie question juridique était de savoir si ces meurtres étaient qualifiés d'homicide au moment de la procédure. Ce laps de temps apparemment minuscule est tout à fait pertinent. La Cour constitutionnelle a établi le contenu de la loi peu de temps après que l'acte a été commis, mais au moment de la procédure. La situation sociale et politique antérieure excluait la punition des actes amoraux des gardiens, alors que la punition avait lieu au moment de la procédure. Mais il n'est pas possible de tirer des conclusions sur la question de savoir si la loi en tant que telle avait ou non un contenu moral. Nous pouvons seulement en conclure qu'avant, la loi ne pouvait pas être considérée comme ayant un contenu moral et, même si

elle avait un contenu moral, cela ne peut pas être affirmé aujourd'hui. Il ne fait aucun doute que la loi établie par cette décision a un contenu moral. L'hétérogénéité de la loi se manifeste donc non seulement dans la loi en vigueur, mais aussi en relation au temps. Nous ne pouvons pas être sûrs aujourd'hui que ce qui était autrefois une loi le serait encore aujourd'hui (qu'elle ait un contenu profondément moral ou qu'elle soit totalement amoral). Cela peut être dû au fait que les conditions sociales ou la moralité ont changé,⁸⁰ ou parce que l'interprétation de la moralité considérée comme pérenne a changé.⁸¹

La séparation rigide des faits et de la morale soulève des inquiétudes parce que du point de vue non positiviste, la moralité est un fait, et pour un non-positiviste universel, c'est le seul *fait*. La distinction est également problématique parce que les positivistes ne se rendent pas compte qu'en raison de l'imperfection du langage, l'interprétation dans des cas vraiment intéressants brouille inévitablement les frontières, présumées et rigides entre le fait et la morale. Dans un monde parfait, et dans un langage parfait reflétant la réalité, une loi incorrecte ou amoral serait absurde. Une loi amoral ferait référence à un élément inexistant de réalité parfaite, à savoir à son amoralité, de sorte que son caractère juridique factuel et sa nature juridique formellement parfaite n'auraient aucune signification. Ce serait une norme sans contenu ou sens réel et, par conséquent, n'aurait aucune force contraignante. Ce

⁸⁰ Thomas d'Aquin autorise le changement de loi naturelle par addition. Voir ST, II-I, Q 94, A 5.

⁸¹ Thomas d'Aquin considère le principe primaire de loi naturelle comme pérenne, juste et connu de tous. La conséquence spéculée qui en découle est peut être juste mais pas connue de tous. La conséquence pratique – dans une distorsion du sens – peut être coûteuse et inconnue. Voir ST, II-I, Q 94, A 4. Dans cette dernière catégorie, le degré de connaissance peut changer avec le temps, il est donc compréhensible que l'interprétation de la moralité éternelle change. Naturellement, ce changement d'interprétation ne préjuge pas de l'exactitude des premières thèses de base.

serait une loi vide, qui ne pourrait avoir aucune force normative contraignante.

Cette séparation rigide des faits et de la morale est également difficile à un niveau plus quotidien (ou, pourrait-on dire, « positiviste ») : dans l'idée du droit coutumier⁸², les coutumes sont simplement et exclusivement valables et morales, car elles ont le caractère de fait social. Sur cette base, qui pourrait dire quand le droit coutumier est moral ou quand il est fait ? Le droit coutumier tire sa validité de sa pratique factuelle et il cesse d'être le droit lorsqu'il n'est plus pratiqué, c'est-à-dire lorsqu'il n'est plus une coutume. Ces questions sont également pertinentes dans les systèmes juridiques où le droit coutumier n'est pas reconnu comme une source positive de droit. Il n'y a pas de système juridique qui ne subisse de tension entre la loi écrite et la loi en action, ou quand la pratique judiciaire ne pourrait pas annuler une disposition légale.

Un autre exemple de Murphy est la réglementation autour des couples de même sexe dans l'État de New York.⁸³ Dans son évaluation, un positiviste à New York en 1995 a pensé que le point de vue de la loi n'était pas clair sur cette question. En 2006, la *Court of Appeal*, en réglant l'affaire *Hernandez c. Robles*⁸⁴, a clairement indiqué que les couples de même sexe ne pouvaient pas se marier. Par la suite, en 2011, le *Marriage Equality Act* a modifié la loi. Un non-positiviste, quant à lui, à la lecture de Murphy, a déjà pensé en 1995 que la réglementation juridique sur le mariage à New York violait la clause d'égalité de protection⁸⁵ de la constitution de l'État, et par conséquent, la décision *Hernandez* contre *Robles* était une erreur et la législation de 2011 était, à proprement parler, inutile.

⁸² Cette pensée était inspirée de la trinité créée par Walsh dans un autre contexte. Voir Walsch 2003, 331.

⁸³ Murphy 2014, 15–16.

⁸⁴ 7 N.Y.3d 338, 855 N.E.2d 1 (2006).

⁸⁵ The Constitution of the State of New York, Article 1., 11. §.

La situation n'était cependant pas aussi simple. D'une part, je pense qu'il est probable que dans le camp des non-positivistes, il existe des différences diamétralement opposées sur la manière de juger la situation de 1995. Certains considéraient la tolérance à l'égard des couples de même sexe comme la meilleure interprétation morale du matériel juridique alors existant, tandis que pour d'autres, elle aurait dû aboutir à une interdiction. D'un autre côté, je ne vois pas pourquoi, d'un point de vue positiviste, la réponse juridique à la question en 1995 n'aurait pas été simple. La loi sur le sujet, la loi *New York Domestic Relations Law*, n'interdit pas expressément le mariage des couples homosexuels, mais dans son langage (elle mentionne le mari et la femme,⁸⁶ mariés,⁸⁷ et que la propriété de la femme ne peut être soumise au contrôle de son mari⁸⁸) et les intentions de ceux qui ont mis par écrit certains articles pertinents⁸⁹ de la loi de 1909 suggèrent toutes que le mariage ne peut être contracté que par deux personnes de sexe différent. Comme le tribunal l'a souligné, il s'agissait de la compréhension universelle⁹⁰ de la loi ou, en d'autres termes, du consensus factuel établissant le sens de la règle. Cependant, la constitution de l'État en vigueur en 1995 contenait la clause d'égalité de protection, qui n'a pas nécessairement créé une situation juridique incertaine. D'une part, il n'était généralement pas admis que l'orientation sexuelle était une qualité humaine relevant du champ d'application de protection de l'égalité.⁹¹ Il n'en demeure pas

⁸⁶ New York Domestic Relations Law 12. §.

⁸⁷ Ibid. 15. § (1) (a).

⁸⁸ Ibid. 50. §.

⁸⁹ Ibid. 2 et 3 §.

⁹⁰ 7 NY3d at 357.

⁹¹ Par exemple, la Cour suprême n'a étendu que progressivement le test judiciaire plus strict des minorités ethniques et religieuses à d'autres groupes défavorisés, le soi-disant statut de classification du suspect. En 1986, dans l'affaire *Bowers contre Hardwick*, la Cour a jugé constitutionnelle la loi géorgienne qui criminalisait la sodomie homosexuelle (acte oral et anal) [*Bowers c. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)],

moins que les couples homosexuels ne pouvaient pas se marier dans l'État de New York. Il est difficile de ne pas tenir compte des sanctions réelles (qui, dans ce cas, étaient négatives) pour établir quelle était la loi à un moment donné. En 2006, la vraie question juridique n'était pas de savoir si la loi spéciale permettait le mariage des couples de même sexe (à mon avis, ce n'était clairement pas le cas), mais si la réglementation juridique relative était constitutionnelle ou non. Dans l'affaire Hernandez contre Robles, la cour a établi dans son jugement la possibilité d'une législature rationnelle pouvant restreindre le mariage aux personnes de sexes opposés. Elle a établi deux raisons rationnelles : la capacité de procréer et les intérêts de tout enfant grandissant dans cette relation.⁹² Il est bien entendu possible de débattre de ces jugements de valeur et c'est en fait ce qui nous amène à une conclusion importante : la rationalité n'est pas une valeur immuable, éternelle et objective. Ce qui est raisonnablement acceptable en 2006 ne l'est pas nécessairement en 2011.⁹³ Si la rationalité fait référence à la qualité et aux relations humaines, c'est une question de jugement et est évolutive dans le temps. Murphy sous-estime cette dimension temporelle ; de plus, il paraît plus attiré par une certaine forme de rationalité, celle des démocraties libérales.

De plus, l'analyse faite par Murphy des sources juridiques individuelles semble impliquer une évaluation non pas par rapport à une hiérarchie universellement acceptable mais

mais en 1996, a déclaré nul l'amendement de la Constitution du Colorado, qui aurait interdit de reconnaître les homosexuels comme une minorité, et par là essentiellement il les aurait privés des motifs de la protection contre la discrimination. Voir *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁹² 7 NY3d at 359.

⁹³ De plus, en 2006, le tribunal n'a pas examiné si la norme en question était rationnelle. Mais le législateur aurait pu avoir des raisons rationnelles de faire une telle loi. En revanche, en 2011, la législature s'est prononcée sur la rationalité de la norme elle-même. Compte tenu de cette différence pertinente, le revirement absolu fait dans les cinq ans n'est pas si remarquable.

plutôt selon les normes du droit coutumier. C'est pourquoi il considère que la décision judiciaire (Hernandez contre Robles) a plus de force normative qu'une simple loi, la *New York Domestic Relations Law* (loi de l'État de New York sur les relations familiales), qui interdit le mariage des couples de même sexe. De même, il trouve le vrai contenu juridique de la constitution dans les décisions judiciaires plus que dans la législation, alors que les juristes continentaux raisonnent dans le sens contraire : les mains d'un juge sont liées par n'importe quelle loi.

Murphy suggère également que si une norme de la constitution est ambiguë et doit donc être interprétée (comme la clause de protection de l'égalité), il en va de même pour une loi à première vue sans ambiguïté (par exemple la *New York Domestic Relations Law*) qui résulte en une situation juridique incertaine. Du point de vue de la loi, et malgré le même contexte constitutionnel, Murphy considère sans ambiguïté une autre loi au contenu opposé (en l'occurrence le *Marriage Equality Act*).⁹⁴ Il est évident qu'il argumente ainsi, car il veut interpréter d'une certaine manière la clause de protection de l'égalité de la Constitution – à savoir qu'elle permet aux couples de même sexe de se marier, car l'État ne peut pas discriminer ses citoyens en raison de leur orientation sexuelle. Selon Murphy, le positivisme est un point de vue plus convaincant, car il garantirait que derrière la loi il n'y aurait pas de considérations morales ou arbitraires et que les gens vivraient leur vie librement selon leurs croyances individuelles sans crainte d'être limités, sans justification, par l'État. Le positivisme est plus attractif pour Murphy, car il limite le pouvoir de l'État et favorise l'épanouissement des droits de l'homme. Ainsi, son positivisme est une théorie juridique instrumentaliste. Elle partage le destin commun de toutes les autres théories juridiques instrumentalistes (y compris le non-positivisme) : tout le monde ne l'accepte pas.

⁹⁴ Murphy 2014, 16.

2. *Théorie juridique selon Thomas d'Aquin*

Dans son livre, Murphy – inspiré par Finnis – décrit brièvement la théorie juridique d'Aquin, du fait que le philosophe médiéval transforme la question de « qu'est-ce que le droit » en question sur la raison de l'obéissance à la loi. Murphy considère que cette position est moins pertinente par rapport à ses propres questionnements.⁹⁵ C'est en partie vrai. Mais, une enquête plus approfondie⁹⁶ montre que derrière la justification de l'obéissance à la loi, il y a une théorie juridique particulière attribuable à Thomas d'Aquin.

Selon Thomas d'Aquin, la loi positive est un commandement rationnel, dirigée vers le bien commun établi par la personne compétente et ensuite promulguée.⁹⁷ Une réglementation légale n'engage pas la conscience si son poids n'est pas imposé également aux personnes concernées. Les règles n'ont pas de force coercitive si elles ne servent pas le bien public ou si elles s'imposent de manière inégale et discriminatoire. Selon Thomas d'Aquin, ces règles doivent quand même être respectées d'un point de vue moral si leur négligence conduit au scandale ou au désordre. De cette manière, l'ordre public serait protégé.⁹⁸

Pour Thomas d'Aquin, la loi positive (humaine) acquiert sa force coercitive (ou son statut propre de loi) de l'une des deux sources suivantes : soit en définissant ou en spécifiant les principes de base de la loi naturelle, soit par des déductions logiques à partir de celles-ci. La première n'est pas une opération purement logique, reproductrice, mais quasi productive. Elle ne lit pas simplement le droit hors de la nature mais, d'une certaine manière, elle le crée. Cette méthode de création de la loi est, en effet, la synthèse de

⁹⁵ Murphy 2014, 18.

⁹⁶ Pour la théorie juridique de Thomas d'Aquin voir ST, I-II, Q 90–108.

⁹⁷ ST, II-I, Q 96, A 4.

⁹⁸ ST, II-I, Q 96, A 4.

l'approche inductive et déductive. Dans ces situations⁹⁹, l'humanité reprend l'acte de création de Dieu.

Selon Murphy, le contenu de la loi compte, car il existe souvent des arguments moraux qui soutiennent notre obéissance à la loi. Thomas d'Aquin donne une réponse plus complexe concernant les motivations de l'obéissance à la loi. Pour lui, la loi positive (humaine) qui peut être déduite des principes généraux de la loi naturelle¹⁰⁰ a une force contraignante à la fois morale et éthique. La loi positive qui peut être déduite par détermination ou spécification¹⁰¹ (c'est-à-dire par une admission respectant une certaine idée naturelle),¹⁰² est neutre du point de vue de la loi naturelle. Elle n'a que la force contraignante d'une loi positive (humaine) basée sur le devoir, principalement moral, de respecter la loi, mais elle n'a aucune dimension éthique. Si la loi s'écarte de la loi de la nature, ce n'est plus une loi mais une perversion de la loi. Par conséquent, elle n'engage pas la conscience, elle ne peut donc pas être acceptée comme loi sur une base éthique.¹⁰³

Ainsi, selon le concept de Thomas d'Aquin, la loi positive (humaine) peut être de trois sortes. Certaines lois ne tirent pas principalement leur force coercitive de leur statut juridique positif mais de leur déductibilité des principes généraux du droit naturel. D'autres lois, même si elles sont neutres du point de vue des principes de la loi naturelle, sont néanmoins formulées sur la base de ceux-ci. Ces lois tirent leur force coercitive de leur statut de droit positif. Cette force d'engagement issue de la positivité factuelle est également une

⁹⁹ ST, II-I, Q 100, A 8, ad 3.

¹⁰⁰ Pour plus de détail sur ce sujet voir Legarre 2012.

¹⁰¹ Pour plus de détail sur ce sujet voir Finnis 2011, 281–290 ; Finnis 1996, 201–203, 212–214 ; Finnis 1998, 266–270.

¹⁰² Une interprétation légèrement différente du « *per modum determinationis* » est produite par Contreras Aguirre. Voir Contreras Aguirre 2014, 367–383, 379–384.

¹⁰³ Sur la structure triadique de la loi voir ST, II-I, Q 95, A 2.

force d'obligation morale. D'un point de vue moral, il faut observer ces règles simplement parce qu'elles sont des lois. Il s'agit simplement d'un critère formel et non substantiel. Le troisième type de droit positif diffère des principes de base du droit naturel. Dans ce scénario, les lois ainsi produites sont contraignantes légalement, mais pas éthiquement. Dans le cas d'un affrontement, nous devons choisir ce qui est éthiquement juste (à savoir ce qui sert le bonheur individuel). La loi qui est contraire à la loi naturelle est loi, et elle a une force juridiquement contraignante, mais elle n'engage pas la conscience. Pour Thomas d'Aquin, ce type de loi n'est pas une loi mais une perversion de la loi.¹⁰⁴ Il n'a pas déclaré sans équivoque que cette mauvaise loi n'avait aucun statut de loi ; il a seulement dit qu'elle n'avait aucune force juridiquement contraignante.

Le système de Thomas d'Aquin maintient également la positivité institutionnelle de la loi, car il reconnaît que de nombreuses lois créées par l'homme ne sont pas idéalistes d'un point de vue éthique. Au stade préinterprétatif (si nous pouvons utiliser ici une analogie moderne), chaque règle établie par une autorité compétente et promulguée peut être considérée à première vue comme une loi. Cependant, si au stade de l'interprétation, il apparaît que la loi *prima facie* est contraire à la loi naturelle, elle perd alors sa force coercitive. Si le résultat de l'étape interprétative est que la loi positive est neutre du point de vue des principes du droit positif, la loi est contraignante sur le plan moral simplement parce qu'elle a été établie par une institution compétente. Cette exigence morale est exprimée dans la phrase de Jésus : rendre à César ce qui est à César.¹⁰⁵ Comme nous l'avons déjà vu, le stade préinterprétatif de la loi est pour le non-positivisme hybride ce que le consensus de l'élite ou de l'autorité élitiste considèrent comme tel. L'autorité élitiste implique une

¹⁰⁴ ST, I-II, Q 95, A 2.

¹⁰⁵ Matthieu, 22, 21.

définition concrète et axiomatique de la loi. Ulpien fait cela quand il déclare, citant Celse, que la loi est l'art du bien et du beau ; comme le fait Thomas d'Aquin quand il définit la loi. Jusqu'ici, le non-positivisme hybride et le positivisme peuvent être similaires. Le premier, cependant, fait un pas en avant avec la prétention de procéder à une évaluation morale.

Comme nous l'avons déjà vu, cela peut être basé sur différents principes : dans le cas des avocats romains, l'outil de mesure était l'éthique stoïcienne, tandis que Thomas d'Aquin utilisait les principes généraux de la loi naturelle comme mesure. Cependant, la raison humaine était au cœur de ces deux théories. Le résultat du non-positivisme hybride est binaire, de telle sorte que le document qui, à première vue, est considéré comme une loi peut, ou non, être révélé comme étant loi – de sorte qu'il peut, ou non, avoir une force coercitive. Dans le même temps, selon la théorie juridique d'Aquin, l'étape interprétative peut avoir trois résultats. Premièrement, il se peut que la loi *prima facie* (que Thomas d'Aquin appelle aussi loi positive ou loi humaine)¹⁰⁶ n'ait pas de force éthique contraignante, car elle est contraire aux principes généraux de la loi naturelle. Dans ce cas, son caractère coercitif découle simplement de la crainte de la punition. Deuxièmement, la loi peut avoir une force contraignante à la fois éthique, morale et juridique, si elle est conforme aux principes généraux de la loi naturelle. Troisièmement, elle peut avoir une force contraignante juridique et éthique, si la loi est neutre du point de vue des principes généraux du droit naturel, mais l'intérêt public nous oblige à la respecter. Ainsi, selon Thomas d'Aquin, il existe une sorte de loi qui est loi simplement parce qu'elle convient à l'autorité élitiste, à condition qu'elle soit neutre par rapport aux normes morales et éthiques concrètes de la loi naturelle.

À mon avis, cela représente une nouvelle qualité et un nouveau type de théorie juridique. Selon les théories

¹⁰⁶ Il l'appelle *lex humana*. Voir par exemple ST, II-I, Q 91, A 3.

dominantes, le droit peut être fondé soit exclusivement sur des faits sociaux, soit sur des faits sociaux et des considérations morales. Le type de loi « neutre » d'Aquin est basé sur des faits sociaux et sur sa neutralité vis-à-vis de certaines normes morales. La preuve de sa séparation par rapport au positivisme et au non-positivisme est que, dans un sens, il est plus distant du non-positivisme que du positivisme. Le droit positiviste équivaut exclusivement au fait social moins les considérations morales. Pour un positiviste, la présence d'un facteur moral n'est pas un fait « réel », mais elle peut être considérée comme juridiquement pertinente quand elle est en présence d'une coutume. Cependant, lorsqu'une source juridique exige le respect d'aspects moraux (par exemple le principe de bonne foi, de moralité, d'équité, etc.), il ne s'agit plus de l'application de la loi mais de l'élaboration de la loi. Cela signifie que la loi « neutre » d'Aquin se définit de manière négative par rapport au positivisme et à la morale (et donc au non-positivisme). D'un autre côté, elle est basée sur des faits sociaux et un certain type de neutralité morale. Donc, en fin de compte, pour le positivisme, le non-positivisme et la « loi neutre » thomiste, je dois savoir quelle est la norme morale. Mais, alors que dans le premier cas, nous devons exclure le contenu moral de la loi, dans le second cas, nous devons impliquer le contenu moral en droit et dans le troisième, nous devons examiner s'il existe un conflit entre le contenu moral et la loi.

Thomas d'Aquin aurait probablement été surpris de voir sa théorie juridique qualifiée de non basée en faits. Dans son œuvre majeure, la *Summa Theologica*, il fait l'hypothèse factuellement valable que les actions d'un individu découlent de la volonté humaine modérée par la raison et que le but de cette raison est le bonheur individuel.¹⁰⁷ Pour Thomas d'Aquin, la loi naturelle n'est pas une simple fiction créée par démonstration, mais un fait universel existant – au sein de

¹⁰⁷ ST, II-I, Q 1, A 1.

l'ordre moral – pour structurer la tendance naturelle humaine à la vertu. Alors, quelle est la différence entre le système thomiste et le positivisme ? Si nous considérons les principes généraux de la loi naturelle comme la « règle de reconnaissance » au sens hartien, tout ce qui y est conforme, ou lui est neutre, est loi ; et tout ce qui y est contraire n'est pas loi (ou du moins n'a aucun pouvoir contraignant). Cela signifie, en fin de compte, que la théorie juridique d'Aquin est positiviste. Les théories de Hart et Thomas d'Aquin sont également similaires, car selon eux les normes qui confèrent une validité finale sont fondées sur un consensus élitiste. Il est vrai que pour Thomas d'Aquin, cet élitisme n'a de pertinence qu'à l'égard des principes généraux secondaires de la loi naturelle parce qu'il considère que les principes généraux primaires sont connus de tous. En revanche, selon lui, les principes de la loi naturelle peuvent être reconnus à travers la raison humaine et leur nature peut être considérée comme plus objective que le consensus élitiste positiviste. Les règles de la raison (logique) sont plus « objectives » que les normes développées par ceux qui traitent du droit comme résultat d'une convention. Bien entendu, tout ce qui précède est valable si la rationalité dépend, dans une certaine mesure, de ces conventions.

Malgré ces différences minimales, le système d'Aquin donne une image totalement différente de l'idéal positiviste : derrière la règle de reconnaissance et la *Grundnorm*, il y a le fait social du consensus unanime du peuple (et surtout des juristes). Mais derrière ce consensus, il peut aussi y avoir des considérations morales. L'absence d'un tel consensus devrait être très préoccupante, car elle résulte normalement de la violence et de la coercition. Les gardes-frontières de l'Allemagne de l'Est qui ont tiré sur les personnes qui escaladaient le mur n'étaient pas responsables au regard du droit pénal pendant de nombreuses années, car dans le système juridique est-allemand, en raison de la coercition et de la peur, le consensus élitiste a jugé « légal » et moral

d'utiliser une arme à feu dans ces situations. Le positivisme (qui se proclame comme le système qui offre, au sein des démocraties, la protection la plus efficace des citoyens contre l'État) n'apparaîtrait pas sous un bon jour s'il pouvait également être une force de légitimation dans les systèmes dictatoriaux.

Il y a aussi une différence fondamentale entre le non-positivisme et le système thomiste. Selon Dworkin, l'esprit humain se fixe des normes morales qui serviront de base à la loi. L'humanité se crée ses propres règles. En revanche, Thomas d'Aquin soutient que la raison humaine déploie ces normes à partir de la promulgation divine, reconnaissant simplement les normes préexistantes. De plus, dans ses derniers travaux, Dworkin estime qu'au stade préinterprétatif, une bonne raison de respecter une norme serait si elle était faite dans le respect de l'égalité de tous devant l'État.¹⁰⁸ Thomas d'Aquin croit également que le principe d'égalité est d'une importance fondamentale mais, dans sa théorie juridique, soutient que la monarchie a les mêmes responsabilités qu'une démocratie vis-à-vis de son peuple. La personne investie de la fonction publique de monarque a la tâche de prendre soin de tout le peuple.

Nous discuterons ici d'une norme juridique concrète pour illustrer ce point. La règle selon laquelle les contrats contraires aux bonnes mœurs sont rendus nuls et non avenus se retrouve dans de nombreux systèmes juridiques continentaux. Cette règle peut être considérée comme une loi par les positivistes, les non-positivistes ainsi que par la « loi neutre » thomiste. La décision judiciaire individuelle dérivée de cette clause générale reste loi du point de vue positiviste à condition qu'elle se fonde sur des précédents clairs et solides, et elle devient « non légale » ou législative, si des considérations morales sont prises en compte. Un exemple pourrait être celui où, à défaut de tout précédent, il a été jugé amoral de stipuler des honoraires

¹⁰⁸ ST, II-I, Q 90, A 3.

d'agence disproportionnés dans un cas où l'objet du mandat aurait été réalisé même sans l'intervention de l'agent.¹⁰⁹ Un autre exemple pourrait être le renversement soudain de centaines d'années de jurisprudence sur la famille en jugeant légale la capacité d'exclure les conjoints et les descendants des successions.¹¹⁰ Un tel jugement est certainement considéré comme législatif par un positiviste, mais peut toujours être considéré comme une application normale de la loi par un non-positiviste en raison de l'interprétation changeante de la loi ou de ce qu'on entend par « bonne morale ». De plus, d'un point de vue éthique, le jugement dirige l'attention sur l'avidité du compagnon ainsi que sur les motivations lubriques du testateur, qui sont des inclinations humaines naturelles.

L'application d'une clause générale ancienne et bien établie à une situation sociale nouvellement apparue ou changeante est l'exemple paradigmatique du non-positivisme. Dans ce cas, le non-positiviste considère une certaine considération morale comme faisant partie de la loi. La « loi neutre » thomiste diffère de ce point de vue, car elle la définit comme une loi indépendamment du fait qu'elle soit fondée ou non sur des considérations morales. Malgré son indifférence morale, le droit positif suffit à lui seul à servir de raison éthique à son observation. En outre, les différentes motivations éthiques des parties concernées (par exemple la cupidité de ceux qui recherchent un profit supplémentaire) peuvent être à la base d'une appréciation juridique différente dans des contrats qui semblent similaires pour des motifs purement objectifs et factuels. Par exemple, dans un contrat de fourniture de bière, la clause « liant » le débiteur du bar pendant dix ans a été jugée valide¹¹¹, tandis que dans un autre cas, la même durée a été considérée comme nulle.¹¹² Pour un positiviste, de tels

¹⁰⁹ N. Gf. 32.276/2001/14.

¹¹⁰ Arrêt n. 519 du 29 octobre 2004, Cour de cassation.

¹¹¹ LG Köln Urteil vom 15. März 2011. Az. 21 O 95/10.

¹¹² BGH Urteil vom 25. April 2001. Az. VIII ZR 135/00.

jugements apparemment contradictoires ne peuvent être considérés comme du droit seulement si d'autres considérations juridiques bien établies expliquent les différents résultats. Le non-positiviste ne peut expliquer les résultats comme juridiquement valables d'une autre manière, si les faits pertinents (ici la période de dix ans) sont moralement indifférents. Pour la « loi neutre » thomiste, les deux jugements peuvent être considérés comme licites et donc contraignants (pour les parties concernées), si les facteurs pertinents sont moralement indifférents. C'est parce qu'une norme juridique ou un jugement engage toujours la conscience individuelle pour des raisons éthiques, si elle ne contredit pas certaines normes morales.

Lors de la fusillade à la frontière est-allemande, les règles de procédure du service concerné¹¹³ permettaient l'utilisation d'armes dans le cas d'évasions illégales, mais la loi stipulait également¹¹⁴ que les armes auraient dû être utilisées de manière non létale et, le cas échéant, les blessés auraient dû recevoir les premiers soins nécessaires. En d'autres termes, les règles pertinentes en elles-mêmes ne fournissaient pas de base légale pour tirer sur des évadés dans le dos et les laisser ensuite saigner à mort, ou leur tirer dans la poitrine – comme cela s'est produit dans certains des cas examinés par la Cour fédérale constitutionnelle d'Allemagne. Ce n'étaient donc pas les réglementations légales elles-mêmes qui excluaient la responsabilité pénale du meurtre.¹¹⁵ Il n'y avait pas de problème au niveau du droit écrit positif : l'action, lorsqu'elle a été commise, était considérée comme un homicide, de sorte que le problème de l'application rétroactive de la loi était en fait un faux problème. D'un point de vue positiviste, il n'y a pas de difficulté spécifique. Le commandement secondaire de

¹¹³ DV-30/10. Organisation und Führung der Grenzsicherung in der Grenzkompanie, 204.

¹¹⁴ Gesetz über die Staatsgrenze der DDR (GrenzG) vom 25. März 1982 (GBl. I S. 197), 27. § (5).

¹¹⁵ Voir BVerfGE 95, 96.

la loi naturelle « Tu ne tueras point » peut-être déduit sans équivoque du principe primaire de « ne pas nuire aux autres », et la loi écrite a répondu à cette attente. Le principal problème était que, grâce aux stimuli extra-légaux du pouvoir de l'État, à une sorte de consensus élitiste, ce n'était plus la loi écrite qui était appliquée et, par conséquent, prendre la vie de personnes franchissant la frontière relevait d'un acte intentionnel. Afin de combler le fossé entre le droit positif et la pratique, ceux qui exerçaient le pouvoir en Allemagne de l'Est ont préféré recourir à des incitations matérielles et à des mesures éthiques. Les gardes-frontières qui ont agi illégalement ou brutalement contre les évadés ont été récompensés, financièrement ou différemment. Avec ces mesures, le modèle d'humanité suggéré était celui où le bon garde-frontière n'était pas différent du garde-frontière dévoyé. En jugeant une telle situation, le positivisme et le non-positivisme sont impuissants, car en suivant strictement la loi ou sa meilleure lecture morale, ils se sont tous deux révélés sans pertinence face aux éléments éthiques. Les gardes-frontières chargés de protéger les frontières avec tous les moyens à leur disposition, ont pour l'essentiel pris en considération leur carrière et leurs compensations financières plutôt que des facteurs éthiques. Dans ces cas, une aide efficace ne peut être apportée que par une théorie juridique qui prend en considération non seulement les exigences formelles, positives et morales, mais aussi les exigences éthiques. Les gardiens n'appuieraient probablement pas sur la gâchette s'ils étaient conscients de la responsabilité éthique individuelle contre les réglementations légales et s'ils savaient que leurs actions seraient légalement évaluées et que l'exigence éthique serait prise en compte.

3. Une théorie du droit fondée sur l'éthique

Le concept de droit de Hart, un ouvrage d'une importance fondamentale, commence par la question suivante : « Qu'est-

ce que le droit ? ». ¹¹⁶ Hart souligne le flou absurde du concept de droit en le comparant à deux autres disciplines, la chimie et la médecine, où aucune vaste littérature n'était consacrée à répondre aux questions « Qu'est-ce que la chimie ? » ou « Qu'est-ce que la médecine ? ». Comme toutes les comparaisons, celle de Hart est faible, car les concepts qu'elle utilise pour cette comparaison sont de nature différente. Si la chimie et la médecine sont des domaines plus ou moins définissables de la connaissance universelle, le droit lui-même n'est pas une discipline mais un concept dont l'étude relève de la jurisprudence. Il n'y a pas de réponses universellement acceptées parmi les chimistes ou les médecins aux questions « qu'est-ce qu'un matériau ? » ou bien « qu'est-ce que la vie ? ». En tant qu'avocats, nous pouvons donner une définition plus rassurante de la jurisprudence que du concept de droit.

Néanmoins, tous les avocats se sentent offensés par la remarque critique bien connue de Kant selon laquelle « les juristes sont toujours sans définition complète de l'idée de droit ». ¹¹⁷ Nous négligeons souvent le fait que, dans un autre ouvrage, Kant a affiné cette affirmation négative en disant que c'est « seulement » le concept de droit qui manque de définition claire. Selon Kant, à cet égard, les juristes sont comparables aux logiciens qui ne sont pas capables de dire ce qu'est la vérité. En fait, Kant avait beaucoup en commun avec Hart. ¹¹⁸

Pourquoi devons-nous nous demander encore et encore : « qu'est-ce que la loi » ? Pourquoi cette question est-elle toujours ouverte et est-il possible qu'une réponse finale n'existe pas ? Pourquoi nous sentons-nous obligés de nous attarder sur la question « qu'est-ce que la loi » ?

À mon avis, la définition du concept de droit, c'est-à-dire la réponse à la question « qu'est-ce que la loi ? », n'est pas un

¹¹⁶ Hart 1978, 1.

¹¹⁷ Kant 1781, 731.

¹¹⁸ Kant 1797, 31–32.

simple problème théorique. Le concept de loi lui-même nous oblige à scruter perpétuellement l'essence de la loi. C'est précisément ce besoin éthique de scruter qui permet d'établir ce qui est loi. Le droit consiste à poser à plusieurs reprises la question « qu'est-ce que la loi ? ». À mon avis, l'obligation de poser cette question est liée à notre besoin éthique de déterminer si une loi est légitime ou non. J'entends par là que lorsqu'une personne fait face à la loi pour la première fois, sa réaction naturelle est de l'examiner du point de vue éthique. En raison de sa nature juridique, le droit doit se justifier auprès de la créature éthique qui lui fait face, à savoir l'humain.

Le contrôle perpétuel de l'essence du droit est lié d'une manière particulière aux catégories de description et de prescription, appelées *sein* (c'est-à-dire « ce qui est ») et *sollen* (c'est-à-dire « ce qui devrait être ») en allemand. *Sein* a lieu dans le présent continu ; cela représente la série sans fin des moments présents. De par sa nature, *sollen* appartient au domaine du futur. Si le *sollen* requis est réalisé, il cesse d'être un pur *sollen*, et dans le même mouvement se transforme en *sein*.

Si l'essence d'un énoncé ou d'une conclusion normative ne se réfère pas à l'avenir, sa normativité elle-même en est douteuse. Considérons le raisonnement suivant :

Soit la consommation de thé est populaire en Angleterre, soit tous les oranges-outans doivent être abattus.

La consommation de thé n'est pas populaire en Angleterre.

Donc, tous les oranges-outans devraient être abattus.

Indépendamment du fait que le contenu et la logique de ce raisonnement sont intenables, dans la prémisse, la proposition « tous les oranges-outans doivent être abattus » semble être une description liée au présent (*sein*), alors que dans la conclusion elle semble être une prescription qui fait référence au futur (*sollen*).

Hume était bien conscient du problème du être et du devra être : « Dans tout système de moralité que j'ai rencontré

jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède pendant quelque temps selon la manière ordinaire de raisonner, et établit l'existence d'un Dieu, ou fait des observations sur les affaires humaines ; quand tout à coup je suis surpris de constater qu'au lieu des échanges habituels de propositions, est et n'est pas, je ne rencontre aucune proposition qui ne soit liée à un devoir ou à une interdiction. Ce changement est imperceptible. »¹¹⁹

Si le contenu de la loi est pertinent d'un point de vue moral ou éthique (ou des deux), nous devons examiner en permanence son essence. La loi fait des affirmations sur ce qui devrait être mais, si nous scrutons la loi, nous arrivons à des propositions au présent sur ce qui devrait être. La loi fait des affirmations sur ce qui devrait être et, si nous l'examinons de plus près, nous arrivons à des propositions au présent sur ce qui devra être. En raison de la manière dont nous acquérons des connaissances, dans un certain sens, nous devons transformer ce que nous devrions être. L'aspect éthique est inhérent à cette transformation nécessaire. Lorsqu'une personne qui examine la loi en détermine le contenu, par l'action personnelle de créer ce qui est, elle obtient une impression éthique du contenu de la loi.

Il est intéressant de noter que cette dualité peut également être détectée dans les origines de la conception actuelle du droit. À l'origine, dans la Rome antique, le *ius* (loi) et la *lex* (législation) étaient des systèmes distincts qui étaient appliqués de différentes manières. Dans leurs formes archaïques, *ius* peut être identifié comme *sein* et *lex* comme *sollen*. *Ius* est une intervention basée sur une position réelle de pouvoir, tandis que *lex* est dans de nombreux cas une intrusion dans le *ius*. *Ius* est légitimé par le consensus généralement unanime d'une communauté basée sur de nombreuses familles. La base de légitimité de la *lex* est un nouveau centre de pouvoir émergent, le pouvoir de l'État ;

¹¹⁹ Hume 2010, 257.

cependant, il lui a fallu des centaines d'années pour transformer son intervention de la potentialité à l'actualité. Le *sein* des anciennes relations de pouvoir était confronté au *sollen* du nouveau centre de pouvoir. Le concept moderne de droit est le résultat de la convergence continue et lente des deux concepts, *ius* et *lex* et des pratiques sociales qui les sous-tendent. En fin de compte, il peut être attribué dans une certaine mesure à la lutte pour le pouvoir entre différentes classes de la société romaine.

Il est très difficile de déterminer la signification originale, la plus ancienne, du terme *ius* utilisé par les Romains pour désigner le phénomène du droit. Cependant, ses significations moins anciennes (ordre juridique, loi de règle absolue, lieu et moment de l'application de la loi) appartiennent au champ sémantique ancien. Par conséquent, il est fort probable qu'à l'origine *ius* signifiait l'exercice du pouvoir sur les personnes et les choses. Ce type de pouvoir a permis une intervention unilatérale dans la sphère d'intérêt d'une autre partie de la société. Si une telle autorité fait défaut, cette intervention constitue un usage illégal de la force. En conséquence, l'ordre juridique le plus ancien doit être compris comme une structure de pouvoir ou, plus précisément, un réseau de relations de pouvoir légitimes entre les citoyens.¹²⁰ Une position de pouvoir est un fait simple mais brutal. Son existence, son *sein*, n'est généralement jamais mise en doute, et sa nature axiomatique élimine la nécessité de justifier davantage son statut impératif. La qualité la plus ancienne du *ius* est donc une norme formelle qui fixe des valeurs sans justification.¹²¹ Dans la société romaine préurbaine, l'exercice unilatéral des droits par le détenteur du pouvoir, conformément aux normes rituelles, était considéré comme la

¹²⁰ Wieacker 1988, 270–271.

¹²¹ Selon Talamanca la validité formelle de l'ancien *ius* trouve son origine dans l'ordre structurel des relations humaines. Voir Talamanca 1989, 235.

manifestation d'un ordre juste et équitable, à moins qu'il ne contredise une autre action rituelle justifiable.¹²²

Le sens original du terme latin *lex* se réfère clairement à l'acte d'une autorité, c'est-à-dire à un ordre. Cette autorité peut être un citoyen (c'est de là que vient le pouvoir normatif d'un contrat ou d'un testament), tandis que d'autres lois sont proposées par la société dans son ensemble (*leges gentilitiae*) ou représentent les commandements des rois de Rome (*leges regiae*) et, en premier lieu, les intentions de l'assemblée populaire du peuple de Rome. Le lien originel entre *ius* et *lex* peut se résumer ainsi : *ius* désignait la qualité « juridique » d'un acte légitimé par une position de pouvoir tandis que le terme *lex* désignait l'une des formes typiques de manifestation de ces actes, ou l'acte lui-même.

La fusion de l'existence du pouvoir (*ius*) et de son devra être ou *sollen* qui se manifeste à travers des normes positives (*lex*) a conduit à la création du droit. La source de la loi a remplacé la loi pure ou « absolue ». Se référant à une analyse écrite par John Chipman Gray,¹²³ Hart lui-même souligne que « les lois sont des sources du droit et ne font pas partie du droit lui-même ». ¹²⁴ L'expression en tant que loi est nécessairement une agression. L'agression de *sollen* contre *sein*. La législation remplace les faits par des faits qui, selon elle, devraient se produire.

Les approches qui accompagnent le progrès historique de la philosophie du droit, à savoir l'approche de la loi naturelle (qui devint plus tard l'approche non positiviste) et l'approche positiviste remontent à la dualité de *sein* et de *sollen*. Selon les non-positivistes, la loi a ses racines dans l'« être », dans le donné et dans les choses qui se produisent habituellement et naturellement.¹²⁵ En revanche, le positivisme n'accepte pas

¹²² Ibid. 272.

¹²³ Gray 1909, 276.

¹²⁴ Hart 1978, 13.

¹²⁵ Gai. 1, 1.

que la loi « créée » corresponde à ce qui devrait être. L'élément de volonté inévitablement présent dans la loi oblige celui qui fait face à celle-ci à opter pour une certaine attitude éthique.

L'un des plus grands exploits de la théorie de Kelsen est qu'elle dissimule la présence ininterrompue de l'élément de volonté en ne conservant l'acte d'agression qu'en relation avec une ultime norme, la *Grundnorm*.¹²⁶ Toutes les autres normes qui semblent être dépourvues de force sont déduites de cette règle fondamentale. Dans sa théorie, la *Grundnorm* est d'une importance cruciale. Par son existence supposée, la loi se détache du fait empirique, du monde de *sein*, en découplant son existence de la véracité de son contenu et en l'ancrant dans le monde formel des normes fondamentales.

Pour Kelsen, les différences entre la morale et la loi peuvent être attribuées aux différences entre les normes fondamentales. La validité de la norme fondamentale liée à la morale repose sur sa nature évidente, sur sa véracité. D'un autre côté, la validité de la norme primaire du droit est subordonnée à la satisfaction de critères formels. Kelsen estime que toute norme (quelles que soient les valeurs qu'elle peut contenir) peut être légale si elle accomplit les formalités appropriées lors de sa mise en place.¹²⁷ À mon avis, le critère qui établit une distinction entre les normes sociales n'est pas la norme primaire, mais l'élément de volonté dans l'établissement de ces normes. La personne à qui s'adresse la norme religieuse, morale et éthique prend cette norme pour acquise (elle l'est) et ne la considère pas comme quelque chose qui devrait être. Si quelqu'un n'accepte pas ces normes, elles n'existent pas pour cette personne. En revanche, la norme juridique contient toujours un élément de volonté (devrait être) envers la personne à qui elle s'adresse. Si quelqu'un ne reconnaît pas une norme légale comme valide, elle reste applicable. C'est l'élément « devrait » qui oblige une personne

¹²⁶ Kelsen 2008, 73–74.

¹²⁷ Ibid. 75–76.

à adopter une posture éthique vis-à-vis du droit. La décision éthique concernant les normes religieuses et éthiques concerne la validité de ces normes d'un point de vue individuel. La décision éthique concernant la loi entraîne certaines attitudes vis-à-vis de la loi, mais n'affecte pas sa validité.

En conséquence de la dualité caractéristique du « est » et du « devrait » de la loi qui oblige l'individu à adopter une position éthique, de nombreux chercheurs ont confondu le droit avec des commandements. Par exemple, selon Austin, un élément clé de la loi est *l'ordre* émis par une personne, et soutenu par une sanction (menace), auquel une autre personne doit obéir.¹²⁸ L'un des principaux accomplissements de Hart est de remettre en question la validité de ce type de définition.¹²⁹ Hart réfute de manière convaincante la théorie du commandement en droit, mais ne dit rien de l'élément « devrait être » en droit et, par conséquent, des défis éthiques fondamentaux que le droit pose.

Hart soulève trois objections principales contre la théorie qui définit le droit comme un commandement général.¹³⁰ Sa première objection porte sur le contenu du droit, la seconde sur le champ d'application du droit et la troisième sur les origines du droit.

Selon Hart, si le droit pénal permet la formulation de règles sous forme de commandes, ce n'est pas le cas des autres champs du droit. Les règles d'attribution du pouvoir en sont un bon exemple. Si nous supposons que le trait distinctif du droit est qu'il nécessite une justification éthique, ce problème est hors de propos. Tant les règles conférant le pouvoir que les ordonnances directement coercitives doivent être justifiées, à la fois en ce qui concerne le destinataire spécifique du pouvoir et les autres parties impliquées. De la même manière,

¹²⁸ Austin 1954 [1832], 13.

¹²⁹ Hart 1978, 14.

¹³⁰ Hart 1978, 26.

il convient de se poser les questions suivantes : « est-il éthique d'exercer le pouvoir qui m'est conféré ? » ; est-il éthique d'obéir aux ordres de la personne ou de l'institution à laquelle le pouvoir a été conféré ?

Hart ignore cet aspect et critique sévèrement les approches¹³¹ qui, pour protéger la validité du concept selon lequel la loi est un commandement, traitent de la même manière les règles conférant le pouvoir et les ordres coercitifs ou refusent le statut de loi aux règles conférant un pouvoir, en faisant valoir qu'il s'agit en réalité de fragments incomplets de règles coercitives qui sont les seules « véritables » règles de droit.¹³²

Dans la plupart des cas, selon les adeptes de la première approche, tant la nullité des transactions juridiques que leur nullité résultant d'une attribution de pouvoir non conforme devraient être considérées comme des sanctions. Ils comblent le fossé entre les normes qui interdisent certains comportements et imposent des sanctions (ordonnances et interdictions), et les règles de pouvoir en considérant la nullité comme une sanction dans ces deux cas.

L'évolution des normes de l'ancienne Rome fournit une contribution intéressante concernant la nullité en tant que sanction. La nature juridique d'une norme romaine (*lex*) ne dépendait pas de la question de savoir si la norme imposait une peine lorsqu'un acte était contraire à ses dispositions, ou lorsqu'un tel acte était déclaré nul par cette norme. Dans la trichotomie établie par la jurisprudence romaine classique, la loi parfaite (*lex perfecta*) interdisait un acte, imposait une sanction s'il était néanmoins accompli et déclarait l'acte nul.¹³³ La *lex minus quam perfecta* n'a pas invalidé la transaction, mais a

¹³¹ Hart 1978, 37.

¹³² Ross 1959, 50. Voir aussi Kelsen 1961, 58–63.

¹³³ Il est révélateur que le sens originel du verbe « rescindere » est utilisé pour exprimer l'effet viciant de la *lex perfecta* sur le *ius* était « coupé » ou « en panne ». Pour plus d'explications, voir Tuzov 2009, 155.

infligé une sanction aux parties qui ont commis l'acte.¹³⁴ La *lex imperfecta* n'a pas annulé l'acte ; elle a simplement interdit la transaction illégale mais ne l'a pas sanctionnée. Ce type de distinction entre les normes n'était utilisé que dans le *ius privatum* qui régissait les relations entre les individus. En d'autres termes, elle n'était pas utilisée dans le domaine que nous appellerions aujourd'hui le droit pénal. Dans la critique hartienne, c'est un exemple évident du concept selon lequel la loi est un commandement. Dans le droit romain, une norme peut ne pas imposer de sanction ou annuler un acte et se qualifier tout de même de loi. Ces critères ne sont que secondaires et peuvent ou peuvent ne pas être tous deux présents. Dans certaines situations, un seul d'entre eux était inclu dans la norme, dans d'autres, les deux étaient absents. Dans la théorie juridique romaine, pour être considérée comme une loi, une norme devait faire respecter son élément inhérent de coercition (*sollen*) et poser un défi éthique pour qu'elle impose une sanction ou qu'elle invalide des actions illégales. D'un point de vue éthique, les ordres coercitifs et les règles conférant du pouvoir peuvent être traités de la même manière, sans avoir à développer excessivement le concept de « sanction ».

Voici un autre exemple du droit romain, cette fois en rapport avec l'attribution de pouvoirs. Les soi-disant *formulae* (documents écrits initiant des procès civils) ont été utilisées à un stade déjà développé du droit romain. Il s'agissait de documents contenant les instructions du *praetor* au juge concernant la procédure et commençant par la nomination du juge : *Quintus iudex esto !* « Que Quintus soit juge ! » Cela peut être compris comme une règle conférant du pouvoir au sens hartien. Évidemment, cela ne peut pas être considéré comme une commande au sens habituel du mot. Cette phrase ne suggérait pas à Quintus d'obéir à un ordre. Cependant, lui et les parties concernées doivent avoir remarqué l'élément

¹³⁴ Savigny 1840, 549.

coercitif « que [...] soit » dans la phrase. Son statut avait changé et, à partir de ce moment, il devait agir en tant que juge dans l'affaire en question et cela l'obligeait à adopter une position éthique à l'égard de cette situation.

La deuxième objection soulevée par Hart concerne le fait que les lois contraignent également le législateur. Dans sa critique, il a comparé à juste titre le second point de vue à un type particulier de football dont les règles négligent toutes les actions à l'exception des mouvements visant à marquer un but, arguant que la condition préalable de l'existence d'une règle est son lien direct avec la dotation des buts. De l'avis de Hart, cela signifierait la mort du jeu.

Contrairement à Hart, Ulpien a fait une distinction claire entre le législateur et le sujet de la loi. Il exempte le souverain (le législateur) de la force normative des lois.¹³⁵ Mais il est allé encore plus loin. Selon lui, le respect par le souverain de ses propres règles et de celles établies par ses prédécesseurs est dû à son juste sens de l'éthique et non à la force coercitive des commandements en question. En fait, la condition préalable d'une loi n'est pas la présence d'un commandement mais la nécessité pour les sujets de prendre une position éthique par rapport à celle-ci.

La troisième objection de Hart concerne les origines du droit. Il admet que, dans de nombreux cas, le droit est attribuable à une intervention intentionnelle (commande) qui a eu lieu à un certain moment ; cependant, il existe de nombreuses autres « lois » dont l'origine ne dépend absolument pas de ce type d'intrusion individuelle. Ces normes comprennent, entre autres, les lois qui reposent sur la coutume. Hart semble oublier que la reconnaissance légale d'une coutume est toujours un acte qui prend place à un certain temps et lieu. Si la légalité de la coutume est remise en question, la loi donnera une réponse (commande) à un moment et à un endroit donné. Le « est » de la coutume

¹³⁵ Ulp. D. 1, 3, 31.

devient immédiatement un « devrait » dans le domaine du droit. La décision individuelle qui prend place à un moment et à un lieu donné confirmera la légalité de la coutume ou révoquera son statut juridique et sa force coercitive.

Si nous nions la nature juridique des lois romaines sur la base des trois objections de Hart, nous serions comme un historien de l'art qui exclut les pyramides égyptiennes des monuments importants de l'histoire de l'architecture parce qu'elles ont été construites avec le travail des esclaves.

4. *Résumé provisoire*

Supposons que dans un système juridique où, selon la décision de la Cour suprême, le mariage homosexuel est légal depuis longtemps, l'autorité constitutionnelle, en parfaite conformité avec toutes les formalités juridiques, modifie la constitution avec la disposition suivante : le mariage est une relation entre l'homme et la femme, et la clause d'égalité de protection doit être interprétée conformément à cette définition du mariage. La question est de savoir si un tel amendement constitutionnel peut être considéré comme une loi ou non. Dans un premier temps, il peut sembler que la seule interprétation de cette norme de statut constitutionnel soit que, par exemple, le mariage entre deux hommes n'est pas légal. À ce stade, quelqu'un qui est, selon toutes ses caractéristiques biologiques et génétiques, un homme, dit se sentir femme et, qu'à son avis, dans le nouvel amendement constitutionnel « femme » se réfère à l'identité féminine et non au sexe biologique. Sur cette base, la personne qui s'identifie comme femme peut épouser un homme. L'affaire est portée devant la Cour suprême. Comment le tribunal réglera-t-il l'affaire avec un effet *erga omnes*, et pourquoi ? Quelle que soit la décision qu'elle prendra, la Cour suprême déterminera-t-elle simplement la loi ou créera-t-elle la loi ? Même ce simple exemple montre clairement que le contenu du droit est

toujours sujet à interprétation, que des considérations morales y jouent un rôle ou non. Toutes les langues et tous les faits peuvent être interprétés de plus d'une manière, il n'y a donc pas de positivisme juridique sans compromis. Il n'y a pas de positivisme juridique.

Étonnamment, il en va de même pour le non-positivisme. Du point de vue du non-positivisme, la *New York Domestic Relations Law* de 1995 qui interdisait le mariage entre personnes de même sexe était inconstitutionnelle (non légale) et la décision du tribunal de 2006 était erronée. Cela mérite une réflexion plus approfondie. Pour les adeptes du non-positivisme, un tel jugement est difficile à appréhender. Même si, à leur avis, l'arrêt n'engendre pas de véritables obligations morales, ce n'était guère une consolation pour les couples homosexuels qui voulaient se marier dans l'État de New York. Les autorités compétentes n'enregistrèrent toujours pas leur mariage. Même si l'on soutient le non-positivisme, on ne peut pas s'attendre à ce que les fonctionnaires ne tiennent pas compte de la décision du tribunal, car cela rendrait le contenu de la loi imprévisible et la coexistence sociale deviendrait chaotique – dans la même logique, le *Marriage Equality Act* de 2011 qui contrecarre la norme antérieure pourrait être ignorée par les fonctionnaires qui ne partageraient pas personnellement les valeurs représentées par cette loi.

Autrement dit, le non-positivisme n'est viable que si une interprétation commune de la norme est acceptée par le consensus d'une élite. Si ce consensus change, l'élite en question peut affirmer que l'interprétation précédente était erronée et que le seul contenu correct et immuable de la norme est expliqué par une nouvelle interprétation. Puisque, finalement, dans la vie réelle, les considérations morales n'ont de sens que dans le contexte des faits sociaux, nous arrivons à la même conclusion que dans le cas du positivisme : l'explication des principes moraux ne conduit qu'à des résultats relatifs. En d'autres termes, le non-positivisme est relatif.

Selon Dworkin, la loi donne la meilleure explication morale aux décisions politiques passées. Comment pouvons-nous être sûrs qu'une certaine interprétation juridique représente la meilleure explication morale et peut donc être considérée comme une loi ? Pour Dworkin, il existe des critères objectifs qui identifient la meilleure explication morale possible. Par exemple, elle doit garantir que chaque personne soit traitée avec la même attention.¹³⁶ Qui est en mesure de dire comment cette exigence peut être remplie dans une situation particulière ? Est-il possible qu'un tribunal soit en mesure de trouver la seule réponse correcte (au sens dworkinien) à un certain problème juridique ? Et comment garantir qu'il en soit ainsi ?

La loi est un véritable phénomène de « mécanique quantique ». Le « principe d'incertitude » en droit semble signifier qu'il n'est pas possible de dire avec certitude ce qu'est la loi et, en même temps, de déterminer ce qu'elle devrait être. Il est possible de faire des déclarations soit sur ce qu'est la loi, soit sur ce qu'elle devrait être, mais pas sur les deux à la fois.

Serait-il plus juste de décider des questions juridiques (par exemple, savoir si le mariage homosexuel est légal) à pile ou face ? À long terme, cela garantirait l'exactitude de la moitié de nos décisions et la manière dont il est décidé si une personne est autorisée ou non à se marier serait tout à fait claire pour tout le monde. Est-ce que la transparence totale du processus d'application de la loi et la probabilité de 50 % d'arriver à une décision correcte compenseraient-elles l'incertitude du résultat ?

Cependant, la relativité du positivisme et du non-positivisme ne devrait pas suggérer que l'« éliminativisme » serait la bonne approche. Cela signifierait que le contenu de la loi est une question indifférente ; il suffirait de pouvoir prévoir les décisions de certaines institutions. En fait, dans les affaires

¹³⁶ Dworkin 2011, 2.

vraiment intéressantes et complexes, il n'est pas possible de prédire comment le tribunal décidera.

Cela ne doit pas être compris comme une sorte de scepticisme juridique. À mon avis, la loi et le contenu de la loi sont en soi et pour soi importants. Gardant ce principe à l'esprit, faisons une dernière expérience de pensée. Pour cela, la question initiale doit être modifiée, car nous avons vu que nous ne sommes pas en mesure de donner une réponse adéquate à la question «qu'est-ce que la loi?» (que nous suivions le positivisme ou le non-positivisme). Nous devrions plutôt nous poser la question suivante : qu'est-ce qu'était la loi ? La réponse est sans ambiguïté dans chaque cas si nous connaissons les faits passés (le mariage homosexuel était-il légal ou non), car l'application de la loi conduit à un résultat binaire et tous les litiges juridiques devaient être réglés d'une manière ou d'une autre. Dans la grande majorité des cas, la réponse à cette question nous permet de définir nos droits et obligations présents et futurs, comme le font les approches positivistes et non positivistes. C'est une approche intéressante, car nous pouvons être parfaitement sûrs du contenu de la loi. Cela est vrai même si ce contenu est contraire à nos intérêts ou à nos valeurs – car si cela est autorisé par la loi, nous pouvons attaquer la loi qui ne nous convient pas, comme l'ont fait Hernandez et d'autres homosexuels. Ils avaient une idée absolument claire de ce qu'était la loi et c'était la raison même pour laquelle ils ont intenté une action en justice. Ils ont déclaré que la norme interdisant le mariage homosexuel était inconstitutionnel parce qu'ils voulaient changer la loi.

On pourrait objecter que les législateurs font des lois pour les affaires futures. Cependant, les législateurs eux-mêmes veulent¹³⁷ que la loi qu'ils aient produite dans le passé soit considérée comme loi applicable, quelles que soient les

¹³⁷ Justinien a interdit les commentaires sur le *Digeste*. Voir Maridakis 1956, 369–375.

normes que certaines personnes (pour une raison quelconque) pourraient considérer comme une loi à l'avenir. Nous avons donc une bonne nouvelle : la loi est bien vivante. Nous avons de bonnes raisons de la suivre et elle peut servir de véritable source pour nos droits et obligations, car, en se fondant sur notre position éthique, nous pouvons l'attaquer en disant qu'elle est non-loi. Par cette action, nous reconnaissons sa nature juridique, car nous ne nous retournerions pas contre elle si nous pensions qu'elle était quelque chose de différent. Il est possible de déterminer si nous avons raison ou non. Si nous nous trompons, le contenu existant de l'« ancienne » loi serait reconfirmé. D'un autre côté, si le tribunal nous donne raison, cela ne signifie pas que la loi était ce que nous avons déclaré, mais cela ne signifie pas non plus que la loi précédente avait changé. C'est simplement que dans le passé, une autre loi était loi. En raison de ce changement, la nouvelle loi devient immédiatement une loi au passé. Cela nous permettra de nous battre à nouveau pour un autre contenu légal suivant nos engagements éthiques. La loi nous oblige à adopter une position éthique à son égard : nous devons décider de la respecter ou d'essayer de la changer. Et, dans ce dernier cas, nous devons utiliser uniquement des instruments moralement et juridiquement acceptables ou nous devons agir de manière plus agressive.

Nous n'avons besoin d'aucune considération morale ou éthique pour déterminer le contenu de la « loi du passé », car la connaissance des faits suffit. L'approche du « droit du passé » n'équivaut pas au positivisme juridique, car elle admet que le droit « passé » énoncé peut être une source de droits et d'obligations morales authentiques. En adoptant la théorie de la « loi du passé », nous ne perdons pas la valeur de la discussion sur une théorie juridique pertinente. Nous pouvons maintenant voir plus clairement : la question pertinente n'est pas de savoir ce qu'est la loi ou ce qu'elle était, mais ce qu'elle devrait être. Nous devons accepter la loi telle qu'elle est, car dans ce cas, notre effort éthique pour la

changer (si pour une raison quelconque nous ne sommes pas d'accord avec celle-ci) semblera plus viable.

Partie III : Tests de résistance

1. Particularité éthique

Les changements du génome humain, des capacités cognitives et d'espérance de vie vont inévitablement nécessiter une redéfinition de la dignité humaine. Il est également concevable que ces changements auraient différents degrés d'impact sur divers groupes de personnes, en fonction de facteurs géographiques et économiques, ce qui exigerait l'introduction de plusieurs types de « dignités ». L'inviolabilité de la dignité humaine découle du caractère unique de chaque individu et de l'égalité entre tous les êtres humains. Si cette singularité disparaît, la notion de dignité devient fragile. Dans une communauté où les gens sont dotés de caractéristiques génétiques, cognitives et biologiques différentes, le principe directeur de Dworkin selon lequel les États doivent traiter leurs citoyens comme des égaux peut devenir inapplicable. La dignité des personnes aux caractéristiques fondamentalement différentes différera, ainsi que leur environnement social et environnemental ; en d'autres termes, leur liberté au sein de leur communauté sera différente. Illustrons cela avec une étude de cas. Les participants ont des caractéristiques naturelles identiques, mais ils diffèrent par un trait essentiel : l'étendue de la liberté à laquelle ils ont accès, l'un est libre et l'autre est un esclave. Cette situation montrera que même si le caractère fondamental des êtres humains est une caractéristique

commune, des conditions de vie cruellement injustes peuvent être créées utilisant l'ordre naturel comme prétexte.

Dans le passé, le suicide d'un esclave n'était pas simplement un acte existentiel et moral mais aussi un acte avec des conséquences financières – le maître et les créanciers de l'esclave en étaient les victimes. Ce conflit entre la liberté naturelle d'action et l'intérêt économique lié au *peculium* (avoirs, terres ou argent, que le maître permettait à son esclave de détenir comme sien) a été discuté par Ulpien dans son commentaire écrit sur l'édit du *praetor* : « Si un esclave se blesse, les dommages qui en résultent ne peuvent être déduits du *peculium* de l'esclave, et il en va de même pour un esclave se tuant puisque les esclaves ont par nature le droit de sévir contre leur propre corps. Cependant, si un esclave se faisait du mal et que son maître le soignait, l'esclave devait au maître les frais du soin, même si le maître servait principalement ses propres intérêts en soignant l'esclave. »¹³⁸

Si des dégâts étaient causés par l'acte d'automutilation d'un esclave, le maître devait en payer le coût et n'était pas autorisé à déduire cette somme du *peculium* de l'esclave. À première vue, cette réglementation est surprenante, car une éventuelle déduction aurait pu décourager les esclaves de s'automutiler. Selon le bref argument d'Ulpien, la déduction des dommages-intérêts était interdite parce que les esclaves avaient par nature le droit de se faire du mal. Cette opinion contient deux affirmations difficiles à justifier sur des bases strictement dogmatiques. D'une part, des doutes peuvent légitimement surgir sur la raison pour laquelle les dommages causés par l'acte d'automutilation de l'esclave ne donnent pas lieu à une obligation de remboursement juridiquement exécutoire. En outre, dans le cas du maître soignant son esclave, il est difficile d'expliquer d'un point de vue dogmatique, pourquoi Ulpien

¹³⁸ Ulp. D. 15, 1, 9, 7. En prenant en compte les circonstances cérémoniales de cet édit d'Ulpien et l'audience ciblée, ce texte n'est pas traduit ici verbatim pour des soucis de compréhension. La paraphrase anglaise a été produite par l'auteur puis traduit en français.

viole le principe fondamental selon lequel, en règle générale, tous les propriétaires doivent payer eux-mêmes les frais relatifs à leur propre propriété. Ainsi, la tolérance naturelle de l'automutilation doit d'abord être prise en compte, puis une raison suffisante doit être trouvée au fait que le droit positif ne pouvait pas passer outre la tendance naturelle d'autodestruction, même si elle se retrouvait dans un certain nombre d'autres affaires.

Deux concepts-clés des motifs du jugement sont « droit par nature » (*naturaliter licet*) et « faire rage » (*saevire*).¹³⁹ Analysons ces deux expressions plus en détail. Selon diverses sources, le verbe *saevire* désigne les actes qui peuvent également être accomplis par les animaux comme des actes graves, instinctifs, passionnés.¹⁴⁰

Une autre expression importante dans le texte d'Ulpien est *naturaliter* (« naturellement » ou « par nature »), qui, selon certains, se réfère à la loi naturelle.¹⁴¹ Ce point de vue se justifie si l'on considère que les animaux sont également capables de se suicider et de s'automutiler, ce qui avait déjà été observé dans les temps anciens.¹⁴² Ulpien a classé sous la loi naturelle toute norme qui s'appliquait à tous les êtres dotés d'une âme.¹⁴³ Mais, à mon avis, l'interprétation apparemment évidente selon laquelle l'expression « *naturaliter* » fait simplement référence à la rage en tant que caractéristique commune des humains et des animaux n'est pas justifiée. En effet, il est très difficile d'expliquer sur cette base pourquoi, dans un autre fragment d'Ulpien, un vendeur et un acheteur

¹³⁹ Selon Heumann et Seckel, *saevire* veut dire “wüten”, ce qui veut dire “faire rage”. Voir Heumann–Seckel 1891, 475.

¹⁴⁰ Cf. Virgile : *Aeneïs* 7, 17. Spartianus : *Vita Caracallae Getaeque* 5, 4–5.

¹⁴¹ Comme on a pu le voir précédemment, Belloci a également mentionné l'importance de la loi naturelle, mais il n'a pas précisé la signification de celle-ci en détail. Voir Belloci 1997, 261.

¹⁴² Pour plus de détails voir Ramsden–Wilson 2014, 224.

¹⁴³ Ulp. D. 1, 1, 1, 4.

se duperait naturellement, puisque les animaux n'effectuent pas de telles transactions.

La philosophie stoïcienne rend également difficile l'explication de la rage instinctive simplement comme une « inclination naturelle » sur la base de la loi naturelle. Les philosophes stoïciens considéraient les passions comme des facteurs essentiellement négatifs contraires à tout ce que la raison naturelle dicte, et qui perturbaient la tranquillité d'esprit et la vie heureuse. Sénèque, par exemple, considérerait la colère comme étrangère à la nature humaine réelle et raisonnable et la considérerait comme une chose répréhensible et pécheresse qui n'avait pas de place dans une âme humaine qui aspire à la paix.¹⁴⁴ Dans le même temps, le stoïcisme a inséparablement lié la raison à la passion en affirmant que les passions ne peuvent se manifester dans le comportement humain que par des erreurs de jugement. De plus, les philosophes stoïciens soutenaient que, dans une situation idéale, diverses passions humaines pouvaient être maîtrisées et surmontées à l'aide de la raison. Cependant, ils étaient conscients qu'en fait, peu de gens pouvaient avoir une telle maîtrise de soi.¹⁴⁵ Ils considéraient que c'était le privilège des sages, mais ils en faisaient également une exigence pour les hommes d'État. Ammien Marcellin, par exemple, dans sa nécrologie de Constantin le Grand¹⁴⁶ a évalué la maîtrise de la méchanceté, de la colère ou de la tendance à la cruauté comme une victoire morale (c'est-à-dire une victoire éthique selon nos concepts).¹⁴⁷ Sénèque a également recommandé l'introspection quotidienne dans l'intérêt du développement du caractère :¹⁴⁸ « si vous vous connaissez et vous écoutez vous-même – c'est-à-dire que vous êtes rationnels – vous pouvez vous préparer au siège des passions, car vous savez

¹⁴⁴ Sénèque : *De ira* 1, 3, 7 ; 1, 6, 4–5.

¹⁴⁵ Voir page 22, note 1.

¹⁴⁶ Ammien Marcellin : *Res gestae* 21, 16, 14.

¹⁴⁷ Voir Brandt 1999, 67.

¹⁴⁸ Sénèque : *De ira* 3, 36, 1–4.

dans quel genre de situations vous avez tendance à vous emballer.» Selon Epictète, il fallait rester sur ses gardes comme si l'on était son propre ennemi. Le libre arbitre de chacun permet de surmonter ses passions, c'est-à-dire d'agir de manière éthique. Si nous ne faisons pas ce que l'on est censé faire, nous sommes coupables, car nous avons la liberté de faire le bien.¹⁴⁹

Du point de vue de l'appréciation juridique, ce qui induit la rage n'est pas accessoire. L'opinion de Cicéron est que les actes d'injustice provenant d'une passion soudaine devraient être punis avec plus d'indulgence que ceux qui sont le résultat d'une planification maligne et délibérée.¹⁵⁰ Comme nous l'avons vu précédemment, la rage « spontanée » induite par la colère est une caractéristique partagée par les humains et les animaux. La rage causée par l'attraction sensuelle pour la cruauté, est cependant spécifique aux humains. Parce que, dans cette situation, plus l'introspection est impliquée, plus l'acte devient répréhensible. En conséquence, Sénèque a classé ces deux types de rage en deux catégories distinctes et a jugé la rage provenant de l'attraction sensuelle plus strictement que celle motivée par la colère ordinaire. Il pensait que ceux qui vivaient la première s'arrachaient du lien juridique unifiant l'humanité,¹⁵¹ et, par conséquent, agissaient illégalement. Par conséquent, nous pouvons dire que ceux qui agissent cruellement simplement par colère restent possiblement dans le domaine de la légalité. Tout cela n'explique cependant pas le caractère « naturellement » admis de l'acte. Parce que dans le présent exemple, l'acte d'automutilation obtient un feu vert. La loi, au lieu de punir l'irrationnel et donc (du point de vue stoïcien) un accès de colère contre nature (même s'il cause un préjudice matériel au

¹⁴⁹ Zöller 2003, 60–61.

¹⁵⁰ Voir Cicéron : *De officiis* 1, 27.

¹⁵¹ Sénèque : *De beneficiis* 7, 19, 8.

maître) lui permet de rester impuni.¹⁵² La littérature du droit romain doit encore une explication acceptable à cela.

L'un des décrets impériaux publiés un peu plus tôt que les fragments discutés ci-dessus interdisait aux propriétaires d'esclaves de causer des dommages physiques à leurs esclaves, tandis que les esclaves avaient le droit, par nature, de s'automutiler.¹⁵³ Ce décret de l'empereur Antonin le Pieux (138–161 AC) impliquant la cruauté envers les esclaves constituait un problème majeur dans l'Empire romain à cette époque, car chaque personne vivant dans des régions sous domination romaine y était soumise. La *constitutio* voulait décourager de tels excès en punissant les propriétaires d'esclaves qui avaient tué à tort leurs propres esclaves de la même manière que s'ils avaient tué l'esclave de quelqu'un d'autre : c'est-à-dire en payant le prix le plus élevé du marché aux esclaves de l'année précédente.¹⁵⁴ Ainsi, le maître n'était pas autorisé à faire ce que l'esclave avait le droit de faire par nature. Cela n'a de sens que si les deux types de réglementation peuvent être harmonisés, s'ils servent le même objectif législatif.

À mon avis, l'expression «ayant droit par nature» (*naturaliter licet*) citée ci-dessus fait référence au fait que l'explosion de colère individuelle de l'esclave en l'espèce pourrait aboutir à une issue positive sur le plan social. Si les propriétaires d'esclaves avaient été autorisés à déduire les coûts résultant de l'acte d'automutilation du *peculium* de l'esclave, ils n'auraient pas eu intérêt à fournir des conditions et un traitement humains aux esclaves pour empêcher une tentative de suicide. Ainsi, le «droit» individuel et naturel de l'esclave à l'automutilation favorisait la stabilité sociale.

¹⁵² Les actes passionnels moralement répréhensibles étaient sanctionnés de manière plus indulgente par le droit romain, ou on était entièrement excusés comme dans cette affaire. Voir Watson 1991, 246–247.

¹⁵³ Gai. D. 1, 6, 1, 2.

¹⁵⁴ Gai. D. 1, 6, 1, 2 et Gai. D. 9, 2, 2pr.

À d'autres endroits, le *Digeste* contient des normes similaires favorisant la stabilité sociale. Une règle, par exemple, permettait à l'acheteur de réclamer des dommages et intérêts contre le vendeur si les esclaves s'enfuyaient – mais pas si les esclaves se faisaient du mal.¹⁵⁵ La raison de cette distinction pouvait résider dans le fait que l'évasion constituait une menace pour l'ensemble de la société esclavagiste. Si les esclaves se causaient un préjudice « uniquement » à eux-mêmes, seuls les intérêts du nouveau propriétaire en souffraient, ce qui pourrait améliorer considérablement le bien-être des autres esclaves.

D'autres sources soutiennent également le point de vue selon lequel les propriétaires d'esclaves étaient sanctionnés si leurs esclaves se faisaient du mal à la suite d'abus par leur maître. Personne n'était autorisé à traiter les esclaves cruellement et la torture des esclaves sans raison légitime était interdite.¹⁵⁶ Selon l'un des *rescripta*¹⁵⁷ de l'empereur Antonin le Pieux, l'esclave en tant qu'être humain ne pouvait se voir refuser le droit à la protection contre les abus de la part d'un maître et l'octroi de ce droit était également dans l'intérêt du propriétaire de l'esclave. Dans son commentaire de cette réglementation impériale, Ulpien fait allusion aux droits des esclaves même s'ils n'étaient pas considérés comme des personnes morales. En outre, lorsque le proconsul s'est tourné vers Antonin le Pieux avec ce problème juridique, l'empereur l'a chargé de vendre les esclaves à un autre propriétaire si leurs plaintes se révélaient vraies et d'empêcher leur retour au propriétaire sadique. Cette forte intervention législative en droit de la propriété se justifiait pour deux raisons. D'une part, l'État protégeait les intérêts des propriétaires d'esclaves de manière paternaliste, car lorsqu'ils étaient dominés par la colère ou la convoitise, les propriétaires n'étaient pas en mesure de reconnaître ce qui leur était

¹⁵⁵ Paul. D. 33, 8, 9, 2.

¹⁵⁶ Gai. D. 1, 6, 1.

¹⁵⁷ Ulp. D. 1, 6, 2.

vraiment bénéfique. D'autre part, l'intervention de l'État s'efforçait également à servir le bien commun. Pour la promotion du bien-être social, il était plus utile de « réattribuer » des esclaves, difficiles à remplacer, à des propriétaires qui les appréciaient davantage. Naturellement, la transaction était effectuée au prix du marché mais, si l'esclave était ainsi placé chez un propriétaire avec une meilleure appréciation que le précédent maître maltraitant, alors le bien public en tant qu'agrégat de biens personnels était promu, la valeur inhérente au caractère humain et le libre arbitre de l'esclave pouvaient mieux se manifester. Cette idée radicalement moderne – que le bien public dépend de la répartition de la propriété des biens aux propriétaires qui les apprécient le plus – est énoncée d'une manière très claire dans les *Institutes* de Justinien. Ils stipulaient que les esclaves devaient être vendus¹⁵⁸ si le propriétaire les traitait mal, car il était dans l'intérêt de l'État que la propriété ne soit pas mal utilisée.¹⁵⁹

Deux phénomènes économiques fondamentaux coexistent de manière fructueuse dans cette réglementation : le prix du marché et l'intervention de l'État. Les prix du marché¹⁶⁰ représentent les intérêts privés, tandis que la restriction de la propriété (c'est-à-dire que les biens ne doivent pas être maltraités) est de l'intérêt public.

Il y a un autre fragment célèbre d'Ulpien où, à mon avis, il a utilisé l'expression *naturaliter licet* dans le même sens – bien que le fragment ait été (mal) interprété plusieurs fois après sa mort.¹⁶¹ Dans ce texte particulier, le juriste romain a exprimé son opinion quelque peu surprenante selon laquelle, lors

¹⁵⁸ Le prix d'achat était bien entendu reçu par le propriétaire précédent.

¹⁵⁹ Inst. 1, 8.

¹⁶⁰ Sur le rôle du prix du marché voir Friedman 1953, 304–305.

¹⁶¹ Cela est fortement dû au fait que Saint Paul a interdit ces actes, cf. 1 Thess. 4, 6. Medina 1581, 202. Pour plus de détails voir Decock 2013, 538–540.

d'une transaction économique, l'acheteur et le vendeur peuvent mutuellement se tromper.¹⁶²

À mon avis, le verbe « tricher » (*circumvenire*) ici se réfère uniquement au fait que l'acheteur peut payer moins et que le vendeur peut demander plus pour des marchandises qu'il n'est disposé à payer ou à accepter à ce prix (leur prix de réserve). Dans le même temps, la fraude explicite¹⁶³ (la tromperie d'autrui) était interdite. Seul le prix pouvait faire l'objet de la manipulation décrite ci-dessus, les autres circonstances de la transaction ne devaient pas être affectées. Quel était donc le but de cette concession apparemment immorale ?

La raison sous-jacente doit être la révélation que tant le vendeur que l'acheteur sont prisonniers de leurs propres intérêts : une tendance naturelle à la possessivité les incite à diminuer ou à augmenter le prix. C'est ainsi que se forme le prix le plus optimal socialement et c'est ainsi que la valeur provenant des différentes évaluations des biens peut être répartie aussi uniformément que possible dans la société. Cette idée moderne et utilitaire était clairement dans l'esprit de Cicéron lorsqu'il a affirmé que Scaevola avait eu tort de payer un prix plus élevé pour un bien immobilier que ce que le vendeur avait demandé avec la justification que cela valait plus pour lui. Les citoyens idéaux prennent en considération leurs intérêts propres et ceux de l'État parce que la prospérité d'un État équivaut à toutes les propriétés privées de ses citoyens.¹⁶⁴ De l'avis de Cicéron, l'acte de Scaevola de payer plus que demandé n'était pas un acte utile, car il était injuste pour des personnes de subir un préjudice matériel dans une transaction, même si c'était la conséquence de leur acte délibéré. À long terme, c'est l'État qui souffre si les bénéfices de la vente de biens ne sont pas répartis équitablement entre les acteurs du marché, provoquant une augmentation des

¹⁶² Ulp.-Pomp. D. 4, 4, 16, 4.

¹⁶³ Zimmermann 1996, 256. Sinon Liibtow 1948, 499 ; Carcaterra 1970, 143.

¹⁶⁴ Cicéron : *De officiis* 3, 62–63.

inégalités de richesse dans la société. Les passions contradictoires manifestées dans la négociation des prix, dues à l'intérêt personnel, s'inscrivent dans un contexte plus large, l'ordre harmonique, le noble objectif de stabilité dans l'Empire romain. Tout cela s'exprime dans l'expression *naturaliter licet* (fondé par nature).

Selon Ulpien, la rage était autorisée par nature, car elle contribuait finalement au bien public, qui était l'une des plus grandes valeurs du point de vue des juristes romains classiques. Comme pour les autres passions, la rage a toujours une origine cognitive, car elle provient de la perception du monde qui nous entoure. Notre rage est toujours dirigée vers des conditions données lorsque nous sentons qu'une injustice ou un mal nous a été fait.¹⁶⁵ Le tort causé au propriétaire de l'esclave – l'acte d'automutilation de l'esclave – était généralement la conséquence du traitement cruel et des conditions que l'esclave devait endurer.

Dans un cadre rationnel, même les passions peuvent conduire à un résultat souhaité et rationnel. Dans le cas donné, les inclinations sadiques du propriétaire d'esclaves et l'acte autodestructeur qui en résultait ont contribué ensemble à la stabilité à long terme de la société esclavagiste. C'est pourquoi cet élan de passion a été autorisé, car il s'intègre harmonieusement dans l'ordre général de la société et promeut le bien public. La colère, qui est essentiellement un type de passion négative¹⁶⁶, a finalement servi un but positif parce qu'elle a forcé les propriétaires d'esclaves à bien traiter leurs esclaves, contribuant ainsi à la durabilité de l'organisation sociale romaine au sens large. L'interdiction de l'indemnisation des dommages et l'infraction de la règle générale des propriétaires palliant les dommages causés à leur propriété étaient établis pour le bien public.

¹⁶⁵ Nussbaum 1994, 370.

¹⁶⁶ LS 65A-B.

C'est aussi dans le cadre du bien public et de la stabilité de la société esclavagiste que l'esclave devait au maître les frais de guérison, même s'il était dans l'intérêt de ce dernier de guérir l'esclave. Les principes de droit civil étaient moins importants en l'espèce que l'endettement factuel et naturel découlant de l'acte de guérison et la motivation matérielle du propriétaire. De toute évidence, tout cela était également bénéfique pour les créanciers de l'esclave, car l'esclave pouvait à nouveau travailler. Comme Cicéron l'avait déjà établi¹⁶⁷, en cas de conflit d'intérêts ou de principes, c'est toujours la solution qui sert le mieux les intérêts de la société qui doit être défendue.

La morale de la discussion ci-dessus est que si un acte peut être moralement mauvais à un niveau individuel, il peut être utile au niveau social. Ainsi, les normes morales ou juridiques ne sont pas nécessairement indicatives pour un comportement éthiquement correct.

2. *Redistribution*

La propriété est un sujet intéressant pour un examen plus approfondi. C'est l'une des institutions les plus importantes aussi bien d'un point de vue individuel que social. Ainsi, selon Thomas d'Aquin, la loi ne se concentre pas sur l'objet de la propriété, mais sur la création de son support immanent. Il veut dire par là que dans les communautés construites sur des conditions naturellement données et possédant ainsi des modèles objectifs, le système de propriété doit également suivre des normes objectives prédéfinies. Les restrictions de la propriété privée et publique ne sont pas des limites externes à la propriété, mais en sont une partie essentielle. Dans le concept thomiste, l'acquisition est le pouvoir potentiel de l'humanité sur les biens naturels donnés par le Créateur. La qualité du processus suggérée par le terme « acquisition » lui-même fait référence au fait que pour qu'une chose devienne

¹⁶⁷ Cicéron : *De officiis* 1, 160.

et demeure la propriété de quelqu'un, elle doit subir un processus constant de révision en harmonie avec l'état actuel du bien public. Alors, à la lumière de cette idée, quelle devrait être l'approche de la (re)distribution des biens, si l'on veut prendre en compte la liberté de joie individuelle, la contrainte de justification morale, les relations sociales abstraites (formelles) et l'ordre constitutionnel concret ?

Dans ce qui suit, la théorie de la propriété d'Aquin sera présentée comme une solution possible, avec l'économie néoclassique et l'économie comportementale, et quelques-unes des écoles de pensée contemporaines, y compris les travaux de Rawls, Weingast et Hadfield.

Par souci de clarté, utilisons le modèle d'une société divisée en trois acteurs : le groupe des riches, le groupe des pauvres et l'État. Dans un cas idéal, cette société devrait être régie par la justice sociale que Thomas d'Aquin appelle *iustitia legalis*.¹⁶⁸ Dans ce modèle primitif, la justice sociale est mise en œuvre via la redistribution des biens. Au cours de ce processus de redistribution, certains biens sont pris aux riches et donnés aux pauvres. Ce processus est mené par l'État.

Il apparaît clairement que la question la plus importante en rapport avec le fonctionnement de ce système est de savoir combien il faut prendre aux riches. Il s'agit d'une question cruciale, car cette déduction constituerait la base matérielle de l'allocation à verser aux pauvres et couvrirait également les dépenses de fonctionnement de l'État. Lors de la détermination du degré de déduction, le point de départ doit être le surplus des riches. Selon l'idée de justice distributive (*iustitia distributiva*), ce surplus devrait être réparti entre les pauvres par l'État de manière à améliorer leur éthique.

Ainsi, la première étape doit être la définition du surplus. De l'avis d'Aquin, la mesure la plus sûre pour cela est la conscience des riches.¹⁶⁹ Avant de condamner cette approche

¹⁶⁸ ST, II-II, Q 58. A 6.

¹⁶⁹ Horváth 1929, 17.

pour son sentimentalisme, considérons que l'économie néoclassique a choisi un point de départ tout aussi faible et inexistant qui est l'*homo oeconomicus*¹⁷⁰, l'individu rationnel maximisant l'utilité. L'économie comportementale était un peu plus proche de la réalité lorsqu'elle a fondé son paradigme sur l'*homo myopicus*¹⁷¹, l'individu contraint par des faiblesses cognitives. Il est clair, cependant, que cette personne myope n'est pas un individu réel, mais une moyenne construite à partir de population statistique. Ainsi, tout comme l'économie néoclassique, l'économie comportementale a également eu des difficultés dans sa tentative de définir le bien public comme un agrégat de biens-être individuels. La raison en est que leur conception du bien public s'est construite sur des abstractions statistiquement vérifiées et non sur des individus concrets. L'économie politique de Mill ne prenait pas non plus en considération l'individu humain réel dans son ensemble, seulement la caractéristique de la convoitise.¹⁷² En conséquence, les économistes néoclassiques avaient une idée très approximative du bien public, tandis que les économistes comportementaux se sont rapprochés de la réalité, mais ne l'ont pas non plus atteinte. Contrairement à l'approche de l'économie néoclassique et comportementale, le modèle thomiste a fondé sa théorie sur la conscience individuelle au lieu de l'idéal abstrait ou de la généralisation statistique. Son postulat de départ était que nous sommes tous guidés dans la bonne direction par la conscience. Ce présupposé est néanmoins problématique, car la conscience des individus n'est pas transparente. Un potentiel modèle économique basé sur la conscience serait également déformé en raison de l'inaccessibilité des jugements éthiques individuels.

Thomas d'Aquin considérerait la soumission du surplus comme une obligation imposée par le droit naturel et positif. Cette obligation vient en partie du fait que les humains ont

¹⁷⁰ Sur l'*homo oeconomicus* voir page 20, note 1.

¹⁷¹ Sur l'*homo myopicus* voir page 20, note 2.

¹⁷² Mill 1874, 5, 38.

été créés à l'image et à la ressemblance de Dieu¹⁷³, ce qui est l'intellect dont ils ont été dotés. C'est en vertu de cette caractéristique qu'un individu peut revendiquer le pouvoir sur des biens terrestres. Ce pouvoir n'est cependant pas la propriété au sens strict du droit (*dominium actuale*), c'est seulement le droit d'utiliser les biens terrestres (*dominium radicale* ou *ius utendi*).

Le droit d'utilisation (*ius utendi*) est limité dans trois directions différentes. D'en haut, comme Dieu le donne ; horizontalement, car les semblables doivent être pris en considération lors de l'exercice de ce droit ; et d'en bas, puisque toutes les autres créatures doivent être prises en compte lors de l'utilisation de nos biens.¹⁷⁴ Avec ces restrictions, le *ius utendi* devient un droit fondamental au niveau potentiel et instrumental. Potentiel parce que tout le monde a une vie et une intégrité physique, mais la propriété n'est pas quelque chose auquel tout être humain a accès. D'autre part, même s'il ne s'agit que d'un instrument, c'est un outil indispensable pour trouver un sens à la vie et pour s'y épanouir. Ce droit fait partie intégrante de la vie humaine individuelle, même si l'on ne possède aucune propriété. La manière dont les individus répondent aux défis liés à la propriété, tels que le bon usage des biens de la terre, le renoncement (partiel) aux biens, le désir de biens et la résignation au manque de biens, les définit comme des êtres rationnels.

D'un autre côté, Thomas d'Aquin demande aux riches de renoncer à leur surplus parce qu'il est en partie généré en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Des antécédents familiaux aisés, une victoire à la loterie ou des compétences exceptionnelles (même si elles ont été perfectionnées par l'individu) ne sont pas le résultat d'efforts

¹⁷³ Cahill considérerait la ressemblance de l'Homme à Dieu comme un synonyme de la dignité humaine. Voir Cahill 1980, 279.

¹⁷⁴ Horváth 1929, 55.

personnels dont on pourrait se vanter. Nous n'avons aucun droit de propriété sur le surplus qui soit impeccablement éthique et, parce que notre existence elle-même est indépendante de nos efforts, nous devons indéniablement et nécessairement aux autres notre vie et nos biens. C'est ce que Rawls a appelé la loterie de la naissance,¹⁷⁵ et il s'est référé aux inégalités naturelles et sociales de la naissance pour rejeter tous les modèles de redistribution¹⁷⁶ non fondés sur le principe de différence au sens rawlsien. Fondamentalement, seules les transactions optimum de Pareto qui profitent même aux membres les moins aisés de la société sont autorisées.

Après avoir décrit la situation des riches dans le modèle d'Aquin, je veux maintenant examiner son contraire : la situation des pauvres. Les pauvres n'ont aucun droit de propriété personnel sur le surplus, ils ne peuvent le revendiquer qu'en tant que membres de la communauté pour seul but permis de les aider à se rapprocher de la perfection morale. Cela signifie que l'ensemble du système, la *iustitia legalis* (justice sociale) est soutenu par deux piliers, à savoir les vertus importantes que les riches et les pauvres devraient exercer. Les riches devraient montrer leur soutien aux autres, tandis que les pauvres devraient maîtriser leurs demandes. L'exercice de ces vertus aide chaque personne (quel que soit son statut social) à vivre une vie vertueuse et heureuse. Le comportement éthique et l'exercice des vertus appropriées dépend toujours de la situation et des circonstances spécifiques. En général, cependant, selon la théorie de la propriété d'Aquin, la liberté d'action des acteurs de la société est limitée par la justice sociale.

Tant l'approche rawlsienne que le système thomiste garantissent certains droits essentiels (libertés fondamentales¹⁷⁷ dans la terminologie rawlsienne) à chaque

¹⁷⁵ Voir Rawls 2001, 74–75.

¹⁷⁶ Voir Nozick 1974, 216 ; Arneson 2001, 73–90, particulièrement 76.

¹⁷⁷ Rawls 2001, 42.

personne, et les deux approches reconnaissent le droit à la propriété personnelle le plus élémentaire.¹⁷⁸ Un autre trait commun entre ces deux approches est l'idée qu'une ingérence de l'État dans les droits de l'individu peut être légitime si elle aboutit à des relations de distribution plus équitables.¹⁷⁹ Cela signifie que si, à l'origine, les biens n'étaient pas attribués selon la justice distributive, l'État est autorisé à intervenir. Cependant, leurs idées sur les aspects éthiques du système de distribution diffèrent considérablement. Pour Thomas d'Aquin, une répartition inégale des biens ne peut être acceptée que si, pour modérer les inégalités, les riches exercent la vertu de solidarité envers leurs voisins et si les pauvres exercent la vertu de tempérance. En revanche, le modèle rawlsien, qui ne permet une répartition inégale des biens que celle qui contribue à l'amélioration de la situation des groupes les moins aisés de la société, ne prend pas en compte l'attitude éthique subjective des parties concernées. Elle introduirait une redistribution fondamentalement arbitraire par l'État et limiterait la marge de manœuvre des classes supérieures, potentiellement entreprenantes, de la société. Le système rawlsien ne contient aucun élément de motivation éthique que ce soit pour les pauvres ou les riches ; il se concentre sur l'ingérence de l'État.

Dans le système thomiste, chaque personne peut bénéficier des biens en fonction de sa contribution à la réalisation d'objectifs éternels et naturels. Ces objectifs sont la préservation et le développement de notre espèce.¹⁸⁰ Thomas d'Aquin et Rawls pensent tous deux que les différences naturelles entre les individus ne sont pas entièrement dues à des mérites personnels. Cependant, Thomas d'Aquin n'amortit pas l'activité éthique des personnalités publiques autant que Rawls qui pense que leur principale motivation est

¹⁷⁸ Sur Rawls voir Freeman 2007, 50.

¹⁷⁹ Rawls 2001, 72.

¹⁸⁰ Horváth 1929, 49.

exclusivement l'intérêt personnel. Thomas d'Aquin invite les riches à faire preuve de vertu comme la compassion et à contribuer à la justice sociale, il n'attribue à l'État qu'un rôle d'intermédiaire. Les deux approches diffèrent également par leur point de départ : Rawls a développé le concept de *position originale*¹⁸¹ d'où les individus font des choix cachés par un *voile d'ignorance*.¹⁸² En revanche, le point de départ d'Aquin est la réalité naturelle et sociale existante qui nous entoure.

Étant donné que le système thomiste est basé sur la conscience individuelle, nous pourrions conclure qu'il s'agit d'un concept naïf car, malgré la voix intérieure de la conscience, nos intérêts personnels égoïstes l'emportent souvent dans nos relations humaines. Pour compenser cette faiblesse humaine évidente, Thomas d'Aquin détermine de manière objective l'étendue de l'impôt : il doit toujours servir le bien public (*bonum commune omnium*). Cela signifie que du point de vue de l'État qui impose le prélèvement, le montant est limité par le bien public : seuls sont légaux les impôts qui sont nécessaires pour que l'État procède à une redistribution équitable des biens pour l'intérêt public. Un autre aspect important de la théorie thomiste est que l'État ne fait que reconnaître et protéger la loi : il ne la crée pas ; la loi est plus ancienne que l'État. Les individus ont le droit de bénéficier de biens matériels selon les capacités avec lesquelles ils sont nés et l'État ne joue aucun rôle dans la définition de ces capacités. La seule fonction de l'État est de reconnaître les différences et de faire en sorte que tous obtiennent leur dû (*suum cuique tribuere*)¹⁸³ via le système central de redistribution, basé sur la *instituta distributiva*.

Si nous poursuivons l'examen du schéma de redistribution thomiste, émerge, de manière surprenante, le concept d'un

¹⁸¹ Rawls 2001, 14–15.

¹⁸² Ibid. 15, 18.

¹⁸³ Ulp. D. 1, 1, 10, 1 ; Inst. 1, 1, 3, 4 ; Platon : *De re publica* 4, 433a et 433e ; Cicéron : *De natura deorum* 3, 38 ; Cicéron : *De finibus bonorum et malorum* 5, 67.

État de laisser-faire¹⁸⁴ qui minimise son ingérence dans les processus économiques. L'État n'a à sa disposition que le surplus, et ce dernier doit être dépensé dans un but précis, c'est-à-dire qu'il doit servir l'intérêt de l'humanité. L'État ne doit pas définir la direction des actions humaines, il ne discerne que les droits naturels et les obligations correspondantes. Il doit créer un équilibre social dans lequel il est dans l'intérêt de tous les membres de la communauté de maintenir l'ordre social existant et le bien public¹⁸⁵ parce que ce système est le mieux adapté pour permettre de poursuivre les intérêts de chacun.

Fait intéressant, le système thomiste tend également à abolir les frontières entre les pays. Par bien public, Thomas d'Aquin signifie la prospérité de toute l'humanité, pas seulement celle d'un certain pays. Le *bonum commune omnium* (bien public) n'est pas le même que le *salus rei publicae* (bien-être de l'État) des anciens Romains.¹⁸⁶ Thomas d'Aquin a placé la barre haute en exigeant de l'État qu'il promeuve les intérêts de ses citoyens et, dans le même mouvement, de toute l'humanité.

Cette approche est confirmée de manière intéressante et inattendue par les arguments de Gillian Hadfield et Barry R. Weingast. Les auteurs américains partagent l'opinion que les origines du droit sont plus anciennes que la formation de l'État, ou, en d'autres termes, le droit peut exister en dehors du cadre de l'État si les membres de la communauté tirent davantage profit du maintien de la « loi » qu'il ne leur en coûte. Dans ce modèle de droit basé sur la théorie des choix rationnels, le droit est fondamentalement le système de sanctions qui garantit l'équilibre de la communauté, dont les

¹⁸⁴ Le terme laisser-faire doit être compris dans le sens de l'État conçu par Adam Smith (même s'il n'a lui-même pas utilisé cette expression) qui intervient dans le processus économique avec prudence et prenant en compte le bien public. Cf. Smith 1904, 4, 44.

¹⁸⁵ Horváth 1929, 39.

¹⁸⁶ Cicéron : *De legibus* 3, 8.

membres peuvent s'appuyer sur un système normatif relativement simple et facilement accessible (*logique commune*) pour punir les délinquants de manière décentralisée (c'est-à-dire sans oppression de l'État) avec l'aide d'un acteur institutionnalisé (*gérance faisant autorité*).¹⁸⁷ En l'absence de forces de l'ordre, ce système juridique n'existe que jusqu'à ce que l'exécution des sanctions soit dans l'intérêt des membres de la communauté malgré les coûts qu'elle entraîne, c'est-à-dire jusqu'à ce que les avantages estimés tirés du maintien de la loi l'emportent sur ses coûts. Cependant, selon Thomas d'Aquin, les droits et les obligations sont des parties intrinsèques de l'existence humaine plutôt que d'être créés par l'intérêt personnel. Le point faible du modèle de Hadfield et Weingast est qu'il ne semble viable que dans les communautés suffisamment homogènes qui suivent des règles de conduite assez simples, dans des situations historiques particulières comme en Islande médiévale ou en Californie pendant la ruée vers l'or.¹⁸⁸ De plus, ce système repose sur des décideurs rationnels, il est difficile d'intégrer les enfants, les personnes âgées ou les personnes malades ; en d'autres termes, les personnes qui ne sont pas en mesure d'exprimer leurs intérêts en raison de leur âge ou de leur état de santé. Bien entendu, ce modèle peut être adapté à ces situations en soulignant que le système juridique est créé et maintenu par des personnes « actives » et que les intérêts de ces personnes juridiquement incapables seraient articulés par une personne active.¹⁸⁹ Cependant, cela entraînerait l'inclusion immédiate de deux éléments étrangers à ce système qui sont si forts qu'ils feraient éclater le modèle mathématiquement clos. D'une part, la période de socialisation de la personne active serait reconnue, c'est-à-dire le fait que l'éducation et les études dans cette période de socialisation laissent leur empreinte sur l'évolution

¹⁸⁷ Hadfield–Weingast 2010.

¹⁸⁸ Hadfield–Weingast 2013, 4.

¹⁸⁹ C'est similaire au rôle du “*pater familias*” (chef de famille) dans la loi romaine qui “représente les membres de la famille”.

future des intérêts dans la période active (bien qu'il soit imprévisible comment les décisions rationnelles du parent influenceront l'enfant qui n'a pas pleinement développé sa propre pensée rationnelle). D'autre part, le modèle devrait également prendre en compte les relations humaines, par exemple l'amour d'un parent pour son enfant ou le respect d'un enfant pour ses parents. Ces émotions sont inhérentes à la nature humaine et, selon Thomas d'Aquin, sont gouvernées non seulement par la justice (c'est-à-dire la réciprocité), mais aussi par l'amour.¹⁹⁰ En théorie, le modèle de Hadfield et Weingast n'exclut pas que les choix des personnes actives et l'exécution des peines soient liés non seulement à des intérêts matériels personnels, mais aussi à la socialisation et à d'autres émotions. En effet, les auteurs eux-mêmes admettent cette possibilité dans le domaine des choix de valeur subjective qui dépendent des conditions personnelles des parties (dans leur exemple : les clients) et qui nécessitent un coût qui peut paraître déraisonnable aux autres. De plus, ils estiment que ce système privé (*logique idiosyncratique*) peut être la source d'une diversité à valeur ajoutée dans l'économie. Cependant, à mon avis, à ce stade, le concept d'« intérêt personnel » est étendu pour inclure presque toute la réalité de la nature humaine et, par conséquent, devient illimité et insaisissable.

3. Intérêt personnel contre altruisme

Nous avons maintenant besoin d'un système schématique, mais suggestif, en « double hélice » pour analyser le phénomène du droit. Les deux hélices seront la nécessité (*necessitas*) et la liberté d'action personnelle (*libertas*). La structure révèle les préférences personnelles adaptables et fait un lien entre les possibilités objectives (*necessitas*) et nos ambitions et désirs subjectifs (*libertas*). Ce système à double hélice basé sur la nécessité et la liberté (au moins apparente)

¹⁹⁰ Cfr. ST, II-II, Q 57. A 4.

est l'«ADN de la loi». Ce «matériel génétique» a pu reproduire le «miracle de la normativité» (c'est-à-dire le besoin humain de remplacer un «est» par un «devrait être») pendant de longues périodes de l'histoire de l'humanité. Il va sans dire que nous chercherions en vain une licorne¹⁹¹ ou une sirène, car de telles créatures n'existent pas dans le monde réel. Cependant, il est également vrai que l'imagination d'un individu est capable de reconfigurer de manière créative (au moins en partie) le monde qui nous entoure pour répondre à ses besoins personnels – dont la plupart peuvent être attribués à des modèles basés sur la nécessité causale que nous éprouvons.

Prenons un exemple pratique, le cas de la nécessité (*casus supremae necessitatis*).

A côté de la maison de A, sur la parcelle de B, il y a une grange et, de l'autre côté de cette parcelle est adjacente la maison de C. La maison de A prend feu et on craint que les flammes prennent d'assaut la grange inflammable de B et se répandront dans la maison de C. Afin de sauver sa vie et ses biens, C détruit la grange de B pour empêcher la propagation du feu. Dans cet exemple, toutes les caractéristiques clés du cas de nécessité sont présentes : un danger imminent, la prévention de la menace en détruisant la propriété appartenant à une autre personne et la nécessité inévitable qui relie ces deux éléments. La «véritable caractéristique de la nécessité [...] consiste en la concentration impérative des faits qui nous contraignent à choisir entre sacrifier notre intérêt mis en péril et détruire le contre-intérêt menaçant».¹⁹² La nécessité peut être clairement distinguée de la légitime défense et de l'autoassistance. Alors que «la légitime défense et l'autoassistance font référence au combat de personnes qui, respectivement, tentent de se défendre ou de faire valoir leurs intérêts contre d'autres personnes, en cas de nécessité, les

¹⁹¹ Pour un exemple similaire voir Gai. 3, 97a. Voir Ferretti 2008, 76.

¹⁹² Kolosváry 1907, 13.

individus luttent contre les circonstances et les conséquences d'une situation donnée ». ¹⁹³

L'acte de nécessité ne peut être classé selon la dichotomie, apparemment exclusive, d'actes humains licites et illégaux ; il représente une troisième catégorie, complémentaire. Premièrement, l'acte accompli par nécessité ne peut être considéré comme licite qu'au détriment de l'autre partie qui devrait renoncer à une demande de dédommagement de la propriété. ¹⁹⁴ Cela n'est pas souhaitable. Alternativement, nous devrions retirer le comportement fautif des circonstances factuelles dans lesquelles la partie lésée peut réclamer des dommages et intérêts. En outre, de tels actes ne doivent pas être considérés comme l'exercice d'un droit qui est automatiquement conféré en cas d'urgence, car il faudrait abolir le droit à la légitime défense qui, dans certains cas, aboutirait à des résultats grotesques. Ce droit permet uniquement aux individus de se défendre immédiatement contre des attaques imminentes, inévitables et illégales.

D'un autre côté, les actes humains accomplis par nécessité peuvent difficilement être qualifiés d'actes illicites, car très souvent ils sont commis sous la contrainte (danger objectif) et, par conséquent, manquent presque totalement de l'élément de faute, dont la présence est requise pour catégoriser un acte comme un crime. Selon Merkel, « seule une loi délirante condamnerait des actions que chacun jugerait raisonnables, justes ou peut-être même moralement nécessaires ». ¹⁹⁵

Par conséquent, les actes commis par nécessité doivent être considérés comme des phénomènes sui generis qui ne sont ni licites ni illicites mais découlent des intérêts personnels dans la zone grise entre le droit privé et le droit pénal. Premièrement, la loi devrait garantir l'impunité de ceux qui

¹⁹³ Ibid. 14.

¹⁹⁴ Selon Jhering, les législateurs romains exemptaient de dédommagement les dégâts faits en cas de nécessité, voir Jhering 1867, 44.

¹⁹⁵ Cité par Kolosváry 1907, 26.

commettent de tels actes¹⁹⁶ ; deuxièmement, ceux qui blessent autrui ne devraient pas être généralement exonérés de la responsabilité des dommages qui leur incombent en vertu du droit privé ; et troisièmement, la situation de l'autre partie, qui utilise la légitime défense contre la partie agissant par nécessité, doit également être traitée.

Après tout, une situation de nécessité n'est rien d'autre que le combat entre la liberté humaine et le besoin fondé sur notre choix « éthique » égoïste de donner l'avantage à notre propre intérêt sur celui des autres. C'est ainsi que les situations de nécessité s'inscrivent dans le système de droit à double hélice décrit ci-dessus, à savoir dans la « spirale génétique » formée par les chaînes de *necessitas* et de *libertas* – dont la connexion est définie par des préférences individuelles, éthiques ou contraires à l'éthique.

Je vais maintenant examiner de plus près l'affaire de « bénéfice antérieur », un exemple d'altruisme. Ce principe est un concept féroce ment contesté¹⁹⁷ du droit américain des contrats.¹⁹⁸ L'essence du concept est résumée au paragraphe 86 du *Restatement of Contracts*¹⁹⁹, un traité sur la pratique juridique américaine. Selon cet article, une promesse faite en reconnaissance d'un avantage déjà reçu par le promettant du bénéficiaire de la promesse est contraignante.

Clarifions cela avec une affaire évoquée précédemment.²⁰⁰ McGowin devait sa vie (l'une des choses les plus précieuses au monde) à Webb et, évidemment, aucune compensation matérielle ne peut se comparer à la valeur qu'il a récupérée. McGowin devait sa survie à Webb et était donc moralement

¹⁹⁶ Selon les remarques de Jhering, un système légal plus avancé utiliserait moins la punition. Voir Jhering 1867, 67.

¹⁹⁷ Certains auteurs trouvent ce concept superflus. Voir Powers 2002, 46.

¹⁹⁸ Ce concept est originaire du système judiciaire anglais par rapport à l'évolution des États-Unis. Voir Teeven 1998, 641.

¹⁹⁹ § 86 Promises pour Benefit Received.

²⁰⁰ Webb v. McGowin 27 Ala.App. 82, 168 So. 196. Un autre exemple Mills v. Wyman 20 Mass. (3 Pick.) 207. Voir Watson 1997, 1751.

obligé de récompenser le bénéfice reçu. Il accepta cette obligation morale et promit²⁰¹ de payer régulièrement à son sauveur une certaine somme d'argent. Il a tenu sa promesse jusqu'à sa mort plus de huit ans plus tard.²⁰²

Pour comprendre pourquoi cette affaire est un joyau du point de vue de la théorie juridique, nous devons l'analyser en lien avec le concept de « considération » de la *common law* anglaise.²⁰³ Selon cette doctrine, la considération est une promesse de quelque chose de valeur donnée par un promettant en échange de quelque chose de valeur donné par le bénéficiaire de cette promesse. La considération est une condition préalable aux contrats juridiquement contraignants.

L'aspect juridique le plus complexe de l'arrêt Webb c. McGowin est la nature de la promesse faite par McGowin : s'agit-il seulement d'un acte personnel généreux ou doit-elle être considérée comme une obligation juridique ? Dans de nombreuses affaires antérieures, les tribunaux ont estimé que l'obligation morale était insuffisante pour constituer la base d'un contrat valide. Cependant, Webb c. McGowin est différent des autres affaires parce que le promettant était non seulement moralement obligé de payer le bénéficiaire, mais il a également reçu un avantage matériel, et ensemble ces deux conditions ont fourni une considération appropriée pour une obligation contractuelle juridique. Cela est vrai malgré le fait qu'à l'origine McGowin (le promettant) n'avait aucune obligation, car il n'avait aucune chance de discuter avec Webb de son acte d'abnégation en détournant la direction du bloc tombant qui aurait pu le tuer. McGowin a obtenu un avantage matériel non sollicité ; c'est de là que vient le terme de ce phénomène juridique (*antecedent benefit* ou bénéfice antérieur).

²⁰¹ Atiyah pense que la promesse en soi ne crée aucune obligation morale. Voir Atiyah 1981, 3–4.

²⁰² Alors que dans cette situation le montant de la compensation peut être spécifié, les promesses gratuites manquent de considérations. Voir Posner 1997, 605.

²⁰³ Voir Fried 1981, 14 ; Nagel 1979, 47.

Le principe du bénéfice antérieur fait face à plusieurs défis dans le droit américain. Premièrement, il doit maintenir la confiance dans le respect et la mise en œuvre des promesses qui appartiennent aux fondements les plus importants de toute forme de société humaine et, deuxièmement, il doit distinguer les promesses socialement bénéfiques des promesses nuisibles.

Les deux concepts illustrés par les exemples ci-dessus, à savoir le cas de nécessité en droit privé et le bénéfice antérieur sont liés à des situations extrêmes. Ces deux concepts se situent dans une zone frontalière entre le droit et le non-droit qui n'est pas facilement accessible à la Raison.²⁰⁴ Comme nous l'avons vu dans le cas de la nécessité, de tels actes ne peuvent être qualifiés de licites ou d'illicites. Il en va de même pour le concept de bénéfice antérieur qui semble échapper à une telle classification, car toute tentative d'un système juridique de nous obliger à nous comporter de manière altruiste et à sacrifier notre propre vie ou notre intégrité physique pour les autres serait futile et sans valeur.²⁰⁵ L'idée de réclamer une compensation matérielle à la partie qui a bénéficié de cet acte altruiste semble aussi des plus irréalistes.²⁰⁶

Derrière ces deux situations apparaissent deux passions humaines différentes, l'égoïsme et l'altruisme. La situation de la nécessité nous autorise à libérer notre égoïsme et à intervenir de manière destructrice dans la sphère d'influence d'autrui, tandis que les bénéfices antérieurs nous permettent de mettre en pratique le principe d'amour pour son prochain. Cependant, la loi donne une réponse lorsqu'elle entre en contact avec ces anciennes prédispositions humaines. Elle modère les deux penchants en faisant appel à une troisième

²⁰⁴ La relation entre la loi et quelque chose qu'elle ne supporte pas n'est pas claire. Cfr. Honoré 1996, 232.

²⁰⁵ Rudzinski 1966, 111–119.

²⁰⁶ Une zone séparée où les aspects *moreaux* prévalent peut faire sens. Voir Shavell 2002, 227.

tendance, plus sinistre, l'avidité : elle oblige la personne qui agit par nécessité à payer des dommages et intérêts et elle réveille l'avidité du bienfaiteur originellement désintéressé.

Mon dernier point concerne la question de la priorité en droit entre ces deux comportements humains instinctifs, l'égoïsme et l'amour. Pour arriver à une conclusion, j'examinerai une affaire créée à cet effet. La maison de mon voisin est en ruine ; son effondrement est imminent et cela causerait également de graves dégâts à ma maison.²⁰⁷ Selon le privilège de la nécessité, je suis autorisé à détruire la maison de mon voisin pour l'empêcher de tomber sur ma propriété. D'un autre côté, le principe du bénéfice antérieur suggérerait que je devrais soutenir les murs de sa maison (par exemple avec des poteaux). Que conseille la loi ? Quand dois-je me comporter de manière éthique : soit j'agis de manière égoïste, détruis la maison de mon voisin et paie des dommages-intérêts, soit j'enfreins, sans qu'on me le demande, l'autonomie de mon voisin et engage des frais dont j'attends qu'il me rembourse plus tard ?²⁰⁸

La réponse est simple. S'il existe des alternatives, c'est-à-dire si les chaînes de la nécessité (*necessitas*) laissent une certaine place à la liberté humaine, le privilège de la nécessité ne s'applique pas. Un cas de nécessité signifierait qu'il n'y a pas d'alternative à la destruction, c'est-à-dire que la situation n'offre aucune excuse pour échapper à la loi d'airain de la nécessité. Si le peu de temps qui me restait me permet de soutenir les murs, c'est le seul acte légal que je puisse accomplir, obéissant à l'ancien commandement de l'amour. S'il y a un choix entre la destruction égoïste et la construction altruiste, la loi choisira cette dernière. Entre les deux éternels ennemis communs, l'égoïsme et l'amour, la loi optera

²⁰⁷ J'ai fabriqué cette affaire fictionnelle sur la base de Ulp. D. 3, 5, 9, 1. Pour de la littérature plus récente sur ce sujet voir Seiler 1968, 51 ; Talamanca 1971, 232 ; Stoljar 1984, 6 ; Zimmermann 1996, 433 ; Bar 2006, 258 ; Koch 2011, 41 ; Heinz 2013, 275.

²⁰⁸ Cf. Dawson 1961, 1127.

finalement pour l'amour, fournissant des conseils sur la conduite éthique.

Remarques finales

La question du libre arbitre, condition *sine qua non* de toute conduite éthique, est l'un des plus grands défis auxquels le droit doit faire face. Le neuroscientifique Benjamin Libet était l'un de ces intellectuels qui ont nié son existence,²⁰⁹ et soutenu cette idée avec des résultats expérimentaux. Dans l'une de ses expériences, il a demandé aux participants de rapporter le moment où ils sentaient qu'ils avaient décidé de lever la main. Il a également surveillé l'activité du cortex moteur et, sur la base de la stimulation des muscles, a également enregistré le moment exact où un participant a levé la main. Il a constaté que le cortex moteur avait commencé à exécuter la tâche avant que le sujet ne décide de bouger sa main. Le mouvement, la levée de la main, n'était pas conscient ; une intention consciente s'est formée après que l'action ait déjà commencé. L'envie d'agir avait été développée par « quelque chose » dans le corps avant qu'il n'y ait eu de décision consciente. Bien que les expériences de Libet soient largement critiquées, elles sont révélatrices de l'approche des sciences naturelles modernes (et de la loi de la nature) du concept de libre arbitre. En remettant en cause l'existence du libre arbitre, tout le concept de droit est contesté : s'il n'y a pas de libre arbitre, nul ne peut être tenu responsable de ses décisions. Le concept de responsabilité devient un simple pléonasme signifiant être soumis aux lois de la physique, de la biologie et de la chimie. Chacun fait ce qu'il doit faire ; nous ne pouvons avoir qu'un rôle passif dans nos propres actions.²¹⁰

²⁰⁹ Libet et al. 1983, 623–642.

²¹⁰ La même chose s'applique pour l'expérience de Dieu. Voir Vorgrimler 2006, 257.

Dans une affaire célèbre, le 4 mars 1898 Magnaud, un juge acquitta Louise Ménard (pour avoir volé du pain dans une boulangerie) des accusations portées contre elle. La femme devait subvenir aux besoins de son enfant de deux ans pour lequel elle ne recevait aucune aide. Elle était sans travail depuis un moment et malgré ses efforts, elle ne trouvait pas d'emploi. Au moment de son acte, elle n'avait pas d'argent et elle et son enfant mouraient de faim.²¹¹ Selon le tribunal, la faim prive tout être humain de la libre faculté de volonté et diminue considérablement la capacité de faire la distinction entre les concepts de bien et de mal.

S'il n'y a pas de libre arbitre, nous ne pouvons influencer ni les lois naturelles, ni les lois humaines. La pratique de la loi et des juridictions humaines ne sont ici qu'une illusion. Bien que nous n'ayons aucun contrôle sur nous-mêmes, nous pouvons ignorer ce fait et, comprenant que nous sommes tous soumis à la loi naturelle de causalité, nous pouvons accepter la souffrance. Reconnaître l'immuable et s'y soumettre est un acte miséricordieux. Avoir pitié de quelqu'un signifie que même si nous ne sommes pas en mesure de soulager la souffrance de notre prochain, nous avons de la compassion pour lui. Dans notre monde physiquement déterminé, la forme la plus élevée de liberté peut être atteinte par l'exercice de la miséricorde. Nous ne pourrions dépasser les limites de notre propre causalité que si nous prenons les limites de la causalité des autres, et si nous assumons leur souffrance – dans la mesure même du sacrifice de soi total.

Pour Kant, la morale présuppose la liberté ; cependant, nous ne pouvons être libres qu'en acceptant la nécessité.²¹² Selon Kant, pour trouver la loi morale, il faut le libre arbitre, c'est-à-dire une volonté dont les origines ne sont pas soumises à la loi de la nature, à savoir la loi de causalité. Cela signifie que pour être libre, nos actions doivent être guidées par une

²¹¹ Leyret 1908, 12–13. Voir aussi Jakab 2010, 91–92.

²¹² Kant 2011, 14.

volonté indépendante de nos désirs, inclinations, idées et objectifs. Si la loi qui repose sur notre volonté s'annihile, la volonté qui anime nos actions n'est pas exempte de causes dans l'ordre de causalité et n'est donc pas du libre arbitre. Supposons, dit Kant, que quelqu'un ait entre les mains un acompte dont le propriétaire est décédé (et que personne ne puisse prouver qu'un dépôt ait été effectué). La personne décide de nier l'existence du dépôt et de le conserver. Est-il possible de fonder une loi morale universelle sur cette action ? La réponse est évidemment non, car si tout le monde niait qu'un dépôt ait été effectué, il n'y en aurait plus aucun, car personne ne ferait confiance à autrui pour mettre quoi que ce soit en lieu sûr.²¹³

Fondamentalement, Kant s'est rendu compte que la vraie et pleine liberté peut être trouvée en dehors du monde de la loi de la nature ; cependant, il n'a pas su reconnaître le chemin qui nous est ouvert à tous et qui mène à la forme de liberté la plus élevée possible. Il pensait que nous pouvons atteindre la liberté si nous disposons de tout ce qui appartient au monde de la causalité ou, en d'autres termes, si nous allons au-delà de la causalité. En revanche, selon le concept de miséricorde, la seule voie possible vers la libération et le salut consiste à se soumettre autant que possible à la causalité. Ces deux approches sont très similaires. Cependant, il existe une différence fondamentale. Le système de Kant se concentre particulièrement sur la raison et, par conséquent, sa méthode a un soupçon d'autosalut, tandis que le chemin de la miséricorde ne veut pas faire appel à l'intellect et il est inséparable de mes voisins – les gens qui souffrent près de moi. Ceux qui se soumettent à la loi de causalité en acceptant leur propre souffrance ou en faisant preuve de compassion envers les autres peuvent être libres. Le droit ne peut d'exister que s'il fait preuve de respect pour la souffrance d'autrui, que

²¹³ Ibid. 38.

s'il reconnaît et endure son existence, c'est-à-dire le fait d'être lié par l'ordre de causalité.

La miséricorde peut être une pente dangereuse. Comment pouvons-nous savoir comment appliquer la loi de la miséricorde et qu'est-ce qu'un acte miséricordieux dans une situation précise ? Comment le bon samaritain peut-il savoir que l'homme qui a été battu, volé et gisant dans un état misérable sur le bord de la route a besoin de miséricorde ? Il est possible que ce soit la façon dont cet homme préfère passer ses journées – être battu, volé et allongé sur le bord de la route. Cela pourrait même lui déplaire si quelqu'un s'approchait de lui pour panser ses blessures. Comment pouvons-nous être sûrs de ce que les autres veulent et quelles actions peuvent être considérées comme miséricordieuses ? Il semble que la miséricorde tombe dans le puits sans fond du relativisme et nous ne sommes pas en mesure d'y prendre appui.

Il s'agit d'une situation difficile qui est abordée par un concept juridique qui existait également en droit romain et qui persiste dans de nombreux systèmes juridiques continentaux modernes. C'est ce qu'on appelle le « *negotiorum gestio* », la gestion des affaires d'autrui sans mandat. Fondamentalement, ce concept établit des règles qui déterminent dans quels cas les parties concernées peuvent présenter une réclamation l'une contre l'autre et quel type de réclamation elles peuvent faire. Sans y être sollicitées, les parties peuvent agir au nom et au profit de l'autre. Bien que personne n'ait demandé au Bon Samaritain de s'occuper du voyageur qui avait été attaqué, il l'a fait. Le voyageur peut, bien entendu, réclamer les objets de valeur que le Samaritain a gardés et conservés pour lui-même. En revanche, le Samaritain pourrait-il réclamer le remboursement des dépenses qu'il a engagées pour prendre soin du voyageur ? Laquelle de ces positions faut-il prendre en considération pour décider si l'action est utile ou appropriée ? Suffit-il pour être légitime que quelqu'un qui intervient dans les affaires d'une autre personne de sa propre initiative soit

convaincu que l'action profitera à celle-ci ? Ou doit-on résoudre cette question sur la base d'un critère neutre et objectif (par exemple l'augmentation de la valeur marchande résultant de l'action) ? Ou doit-on laisser le principal intéressé (*dominus negotii*) être le seul arbitre de l'utilité d'une intervention ?

Dans l'illustration précédente où j'empêchai une maison voisine de s'effondrer, il était clair que je devais faire des efforts importants (et donc engager des coûts) afin de sauver une maison de plus grande valeur. Pour ce motif, j'ai demandé au propriétaire de la maison en ruine de me dédommager de mes frais. Cependant, le propriétaire a rejeté la demande en arguant qu'il avait abandonné la maison intentionnellement, car il n'en avait plus besoin et voulait éviter les frais d'entretien. Quel intérêt a la priorité sur l'autre selon la loi ? Le droit romain classique a établi une sorte de norme idéale, fictive, disant que toutes les dépenses qu'un père de famille bon et diligent (*bonus et diligens pater familias*) aurait encourues devraient être remboursées.²¹⁴

La loi fournit un outil extraordinaire pour insuffler la miséricorde dans son propre système : la fiction. Dans le monde du droit (créé par les humains), nous pouvons utiliser le droit comme un outil pour prétendre que nous sommes capables de défier les lois d'airain de la physique, de contrôler la causalité et de comprendre autrui.

Prenons un exemple absurde. Rien n'empêche un législateur d'adopter une loi selon laquelle les pommes tombent vers le haut. Cette disposition peut même imposer une amende de dix mille dollars à ceux qui la refusent. À partir du moment où la loi est promulguée, le système juridique doit fonctionner prenant en compte que les pommes tombent vers le haut et que l'ensemble des institutions responsables de l'application de la loi (et de nombreuses personnes) agira et réfléchira en conséquence. Bien que des résolutions similaires

²¹⁴ Pomp. D. 3, 5, 10.

(basées sur une fiction) ne soient pas courantes dans le droit humain, un nombre étonnamment élevé d'exemples peut y être trouvé. Dans ce contexte, la fiction signifie que, bien que le juge sache qu'un énoncé de faits est faux, il le considère comme vrai. Par exemple, selon le droit romain, les droits du fœtus (y compris l'héritage) devaient être protégés. Tout le monde était conscient du fait que l'enfant était encore dans le ventre de sa mère. Cependant, en vertu de la loi, le fœtus était supposé (fictivement) né et avoir reçu une personnalité juridique limitée et conditionnelle avec certains droits. Une autre fiction juridique importante présente dans notre vie quotidienne est la fiction de la personne morale. De nos jours, la présence d'entités juridiques imprègne presque chaque instant de notre vie. Il est très probable qu'en lisant ce livre, nous portons les produits des principaux fabricants de l'industrie de la mode. Dans de nombreux cas, les aliments et les boissons que nous consommons sont produits par des personnes morales. Les entreprises, associations et cabinets font partie intégrante de notre vie et ce sont toutes des personnes morales. Cependant, ces entités juridiques n'existent pas. Leur existence n'est qu'une fiction que nous créons avec l'aide de la loi humaine.

La fiction du droit nous aide à embrasser ce qui est immuable et, de cette manière, à le changer un peu. Le droit peut donc être un outil pour dépasser – pour sortir (ou du moins sembler quitter) – le système fermé de loi naturelle et pour se rapprocher de nos voisins. La loi dans son propre système peut traiter un fœtus à naître comme un enfant né, peut créer des entités juridiques à partir de rien et peut aider à aborder le Vous invisible du point de vue du Moi. Néanmoins, l'idée selon laquelle nous pouvons nous sauver comme le baron Munchausen n'est qu'une illusion. Cependant, cela peut nous aider à reconnaître la vérité dans les pensées de Simone Weil : la nécessité est le voile de Dieu, le règne inconscient de la causalité, et la condition préalable de la liberté humaine est

l'ignorance.²¹⁵ Et, à la toute fin, la fiction devient la sœur jumelle de l'ignorance si elle s'applique à travers l'amour.

Le droit n'applique pas seulement la fiction, c'est une fiction en soi. Comme tous les phénomènes de société, son existence est due à un accord pour le créer et le maintenir. En conséquence, les fictions juridiques sont des fictions dans une fiction. Cette spirale théoriquement sans fin de concepts artificiels et de l'illusion de liberté sont évidemment interdépendants, et les premiers renforcent la seconde.

La fiction du droit est un avertissement pour les positivistes que les faits ne se résument finalement pas uniquement à une fiction. L'approche non positiviste fusionne la fiction de la morale à la fiction du droit. En raison de la nature fictive du droit, la controverse entre ces approches ne concerne que des définitions, et cela est vrai même si nous pouvons avoir des raisons morales, c'est-à-dire fictives, de s'y conformer. Cependant, les émotions, les passions et les désirs qui nous submergent face à la loi sont réels. Notre théorie de décisions fondée en éthique, liée à la loi appréhende le réel. Nos décisions éthiques liées à la loi nous permettent d'appréhender le réel.

²¹⁵ Weil 2003, 140.

Bibliographie

- Alexy, Robert (2002) : *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Oxford : Oxford University Press.
- Arjoon, Surendra (2000) : Virtue Theory as a Dynamic Theory of Business. *Journal of Business Ethics* 28(2), 159–178.
- Arkes, Hal R. – Blumer, Catherine (1985): The Psychology of Sunk Cost. *Organisational Behavior & Human Decision Process* 35(1), 124–140.
- Arneson, Richard J. (2001): Luck and Equality. *Proceedings of the Aristotelian Society* 75, 51–90.
- Atiyah, Patrick S. (1981) : *Promises, Morals, and Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Austin, John (1954) [1832] : *The Province of Jurisprudence Determined*. London : John Murray.
- Bar, Christian von (2006) : *Benevolent Intervention in Another's Affairs. I*. München: Sellier.
- Bar-Gill, Oren (2012) : *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*. Oxford : Oxford University Press.
- Bayes, Thomas (1764) : An Essay Toward Solving a Problem in the Doctrine of Chances. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London* 53, 370–418.
- Becker, Gary S. (1962): Irrational Behavior and Economic Theory. *Journal of Political Economic* 70(1), 1–13.
- Becker, Gary S. (1976): *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago : University of Chicago Press.
- Bellocchi, Nicola (1997): Il tentato suicidio del servo. *SDHI* 63, 259–268.
- Brandt, Axel (1999) : *Moralische Werte in den Res Gestae des Ammianus Marcellinus*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Cahill, Lisa Sowle (1980): Toward a Christian Theory of Human Rights. *Journal of Religious Ethics* 8(2), 277–301.
- Carcattera, Antonio (1970): *Dolus bonus/dolus malus. Eseggesi di D. 4,3,1,2–3*. Napoli: Jovene.
- Coase, Ronald H. (1960): The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics* 3(1), 1–44.
- Contreras Aguirre, Sebastian (2014) : El poder humano en el establecimiento del derecho positivo según Pedro de Aragón. Un

- estudio sobre la “derivatio per modum determinationis”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 36, 367–383.
- Cserne Péter (2015): *Közgazdaságtan és jogfilozófia*. Budapest : Gondolat.
- Dawson, John P. (1961) : *Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler*. *Harvard Law Review* 74(5), 1073–1129.
- Dawson, John P. (1966) : Rewards for the Rescue of Human Life? In Ratcliffe, James M. (dir.): *The Good Samaritan and the Law*. Garden City, NY: Anchor Books.
- Decock, Vim (2013): *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650)*. Leiden: Brill.
- Dworkin, Ronald (2006): *Justice in Robes*. Cambridge, MA : Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (2011): *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA : Harvard University Press.
- Dyzenhaus, David (2007): The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle. In Ripstein, Arthur (dir.): *Ronald Dworkin*. Cambridge, UK : Cambridge University Press, 56–81.
- Epstein, Richard A. (2006) : Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections. *University of Chicago Law Review* 73(1), 111–132.
- Ferretti, Paolo (2008) : *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concetto nel pensiero giurisprudenziale classico*. Milano: Giuffrè.
- Finnis, John (1996): The Truth in Legal Positivism. In George, Roger P. (dir.) : *The Autonomy of Law*. Oxford : Clarendon Press, 195–214.
- Finnis, John (1998): *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford : Oxford University Press.
- Finnis, John (2011): *Natural Law and Natural Rights*. Oxford : Oxford University Press.
- Freeman, Samuel (2007): *Rawls*. London : Routledge.
- Fried, Charles (1981): *Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, MA : Harvard University Press.
- Friedman, Milton (1953) : Lerner on the Economic of Control. In Friedman, Milton: *Essays in Positive Economics*. Chicago : University of Chicago Press.
- Fuller, Lon L. (1969): *The Morality of Law*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Gardner, John (2001): Legal Positivism: 5^{1/2} Myths. *American Journal of Jurisprudence* 46(1), 199–227.
- Girgis, Sherif – George, Robert P. – Anderson, Ryan T. (2010) : What is Marriage? *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34(1), 245–287.
- Gray, John Chipman (1909) : *The Nature and Sources of Law*. New York: Columbia University Press.
- Hadfield, Gillian K. – Weingast, Barry R. (2010): What is Law? A Coordination Model of the Characteristics of Legal Order. *Journal of Legal Analysis* 4. Voir <http://ssrn.com/abstract=1707083>

- Hadfield, Gillian K. – Weingast, Barry R. (2013): Law without the State. Legal Attributes and the Coordination of Decentralized Collective Punishment. *Journal of Law and Courts* 1(1), 3–34.
- Hart, Herbert L. A. (1978/1994) : *The Concept of Law*. Oxford : Clarendon Press.
- Hedemann, Justus Wilhelm (1933): *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr.
- Hedemann, Justus Wilhelm – Lehmann, Heinrich – Siebert, Wolfgang (1942): *Volksgesetzbuch*. München–Berlin : C. H. Beck.
- Heinz, Janina (2013): *Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag. Eine Untersuchung des Anwendungsbereichs unter Heranziehung der Principles of European Law*. Baden-Baden : Nomos.
- Heumann, Hermann Gottlieb – Seckel, Emil (1891): *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Graz : Akademische Druck- u. Verlagsanstalt.
- Honoré, Antony M. (1966) : Law, Morals and Rescue. In Ratcliffe, James M. (dir.): *The Good Samaritan and the Law*. Garden City, NY: Anchor Books.
- Horváth, Alexander (1929): *Eigentumsrecht nach dem hl. Thomas von Aquin. Ulr*. Graz : Moser's Verlag.
- Hume, David (2010) : *A Treatise of Human Nature*. Lawrence, KS : Digireads.com Publishing.
- Jakab András (2010): Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud? *Jogesetek Magyarázata* 1(1), 83–93.
- Jhering, Rudolf von (1867) : *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Giessen: Verlag von Emil Roth.
- Kahneman, Daniel – Slovic, Paul – Tversky, Amos (dir.) (1982): *Judgment under Uncertainty*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Kahneman, Daniel – Knetsch, Jack L. – Thaler, Richard H. (1990) : Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy* 98(6), 1325–1348.
- Kant, Immanuel (1781): *Kritik der reinen Vernunft*. Riga : Johann Friedrich Hartknoch.
- Kant, Immanuel (1797): *Die Metaphysik der Sitten*. Königsberg: Friedrich Nicolovius.
- Kant, Immanuel (2011): *Kritik der praktischen Vernunft*. Köln: Anaconda.
- Kelsen, Hans (1920): *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts*. Tübingen: Mohr.
- Kelsen, Hans (1934): *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke.
- Kelsen, Hans (1961): *General Theory of Law and State*. New York: Russel & Russel.
- Kelsen, Hans (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz.
- Kelsen, Hans (2008): *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Tübingen: Mohr.

- Kennedy, Duncan (1998): *A Critique of Adjudication (Fin de siècle)*. Cambridge, MA – London : Harvard University Press.
- Koch, Sören (2011): *Unaufgeforderte Hilfeleistung in Notsituationen. Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Studie zu den zivilrechtlichen Aspekten der Nothilfe mit besonderer Berücksichtigung des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag*. Frankfurt: Peter Lang.
- Kolosváry Bálint (1907): *Magánjogi végszükség*. Budapest : Országos Központi Községi Nyomda.
- Könczöl Miklós (2015a): *Dikologia. Törvénytársági retorika és jogi érvelés Aristoteléssnél*. Budapest : Gondolat.
- Könczöl Miklós (2015 b): *Platón a jogi retorikáról*. Budapest : Gondolat.
- Legarre, Santiago (2012): Derivation of Positive from Natural Law Revisited. *American Journal of Jurisprudence* 57, 103–110.
- Leyret Henrik (1908): *Magnaúd a jó bíró*. („Le bon juge“.) Trad. Sándor Aladár. Budapest : Grill.
- Libet, Benjamin – Gleason, Curtis A. – Wright, Elwood W. – Pearl, Dennis K. (1983): Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential). *Brain* 106(3), 623–642.
- Liibtow, Ulrich von (1948): De iustitia et iure. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 66(1), 458–565.
- Long, Anthony A. – Sedler, David N. (1987): *The Hellenistic Philosophers 1*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Maridakis, Georg S. (1956): Justinians Verbot der Gesetzeskommentierung. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 73(1), 369–375.
- Matthews, Nathan (1921): The Valuation of Property in the Roman Law. *Harvard Law Review* 34(3), 229–259.
- Melé, Domènec (2009): Integrating Personalism into Virtue-Based Business Ethics. *Journal of Business Ethics* 88(1), 227–244.
- Mill, John Stuart (1874): *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*. 2^e éd. London : Longmans, Green, Reader, and Dyer.
- Murphy, Liam B. (2014): *What Makes Law. An Introduction to the Philosophy of Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Nagel, Thomas (1979): Sexual Perversion. In Nagel, Thomas: *Mortal Questions*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Nozick, Robert (1993): *The Nature of Rationality*. Princeton, NJ : Princeton University Press.
- Nussbaum, Martha C. (1994): *The Therapy of Desire: Theory and Practice in Hellenistic Ethics*. Princeton, NJ : Princeton University Press.
- O’Boyle, Edward J. (2007): Requiem for Homo Economicus. *Journal of Markets and Morality* 10(2), 321–337.

- Olechowski, Thomas (2009): Kelsens Rechtslehre im Überblick. In Ehs, Tamara (dir.): *Hans Kelsen: Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Baden-Baden – Wien: Nomos.
- Persky, Joseph (1995): Retrospectives. The Ethology of Homo Economicus. *The Journal of Economic Perspectives* 9(2), 221–231.
- Posner, Eric A. (1997): Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review* 1997, 567–609.
- Posner, Richard A. (1973) : *Economic Analysis of Law*. Boston : Little Brown and Co.
- Powers, Jean Fleming (2002) : Rethinking Moral Obligation as a Basis for Contract Recovery. *Maine Law Review* 54(1), 1–46.
- Ramsden, Edmund – Wilson, Duncan (2014) : The Suicidal Animal: Science and the Nature of Self-Destruction. *Past and Present* 224(I), 201–242.
- Rawls, John (2001): *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge, MA – London : Harvard University Press.
- Raz, Joseph (1979) : The Rule of Law and Its Virtue. In Raz, Joseph : *The Authority of Law. Essays of Law and Morality*. Oxford : Clarendon Press.
- Richards, Earl Jeffrey (2008): Justice in the Summa of St. Thomas Aquinas in Late Medieval Marian Devotional Writings and in the Works of Christine de Pizan. In Dor, Juliette – Henneau, Marie-Élisabeth (dir.) : *Christine de Pizan : Une femme de science, une femme de lettres*. Paris : Honoré Champion, 95–113.
- Ross, Alf (1959/2004) : *On Law and Justice*. Clark, NJ : Lawbook Exchange.
- Rudzinski, Aleksander W. (1966): The Duty to Rescue: A Comparative Analysis. In Ratcliffe, James M. (dir.): *The Good Samaritan and the Law*. Garden City, NY: Anchor Books.
- Rundle, Kirsten (2012): *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*. Oxford : Hart Publishing.
- Savigny, Carl Friedrich von (1840) : *System des heutigen römischen Rechts. IV*. Berlin : Veit.
- Scruton, Roger (1995): Totalitarizmus és joguralom. In Takács Péter (dir.): *Joguralom és jogállam*. Budapest : ELTE ÁJK.
- Seiler, Hans Hermann (1968) : *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*. Köln–Graz : Böhlau.
- Shavell, Steven (2002): Law versus Morality as Regulators of Conduct. *American Law and Economics Review* 4(2), 227–257.
- Smith, Adam (1904): *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. 5^e éd. London : Methuen.
- Stavropoulos, Nicos (2014): ‘Legal Interpretivism’. In Zalta, Edward N. (dir.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition). Voir <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist> (01/02/2017)

- Stoljar, Samuel J. (1984) : 'Negotiorum gestio'. In Caemmerer, Ernst von – Schlechtriem, Peter (dir.): *International Encyclopedia of Comparative Law*, X. Tübingen: Mohr.
- Talamanca, Mario (1971) : La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum (rev. H. H. Seiler: Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht). *Labes* 17(2), 217–244.
- Talamanca, Mario (1989) : *Lineamenti di Storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè.
- Teeven, Kevin M. (1998): Origins and Scope of the American Moral Obligation Principle. *Cleveland State Law Review* 46(4), 585–642.
- Tuzov, Daniil (2009): La nullità per legem nell'esperienza romana. Un'ipotesi in materia di leges perfectae. *Revue internationale des droits de l'antiquité* 56, 155–192.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel (1982) : Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science* 185(4157), 1124–1131
- Vorgrimler, Herbert (2006): *Új teológiai szótár*. Budapest : Göncöl.
- Wade, John W. (1966) : Restitution for Benefits Conferred Without Request. *Vanderbilt Law Review* 19(4), 1183–1214.
- Waldron, Jeremy (2013) : Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach. *NYU School of Law Public Law Research Paper* No. 13-32.
- Walsch, Vivian (2003): Sen after Putnam. *Review of Political Economy* 15(3), 315–394.
- Watson, Alan (1991) : *Studies in Roman Private Law*. London : Hambledon.
- Watson, Geoffrey R. (1997) : In the Tribunal of Conscience: Mills v. Wyman Reconsidered. *Tulan Law Review* 71, 1749–1806.
- Wegerich, Christine (2004): *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Weil, Simone (2003) : *Jegyzetfüzet*. Trad. Bárdos László, Jelenits István. Budapest : Új Mandátum.
- Weinberger, Ota (1973): *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Trad. Peter Heath. Dordrecht: Reidel.
- Wieacker, Franz (1988): *Römische Rechtsgeschichte*. I. München: C. H. Beck.
- Zimmermann, Reinhard (1996): *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford : Oxford University Press.
- Zöllner, Rainer (2003): *Die Vorstellung in der Morallehre Senecas*. München–Leipzig : Saur.

STRUCTURES ÉDITORIALES DU GROUPE L'HARMATTAN

L'HARMATTAN ITALIE
Via degli Artisti, 15
10124 Torino
harmattan.italia@gmail.com

L'HARMATTAN HONGRIE
Kossuth l. u. 14-16.
1053 Budapest
harmattan@harmattan.hu

L'HARMATTAN SÉNÉGAL
10 VDN en face Mermoz
BP 45034 Dakar-Fann
senharmattan@gmail.com

L'HARMATTAN CONGO
219, avenue Nelson Mandela
BP 2874 Brazzaville
harmattan.congo@yahoo.fr

L'HARMATTAN CAMEROUN
TSINGA/FECAFOOT
BP 11486 Yaoundé
inkoukam@gmail.com

L'HARMATTAN MALI
ACI 2000 - Immeuble Mgr Jean Marie Cisse
Bureau 10
BP 145 Bamako-Mali
mali@harmattan.fr

L'HARMATTAN BURKINA FASO
Achille Somé – tengnule@hotmail.fr

L'HARMATTAN GUINÉE
Almamy, rue KA 028 OKB Agency
BP 3470 Conakry
harmattanguinee@yahoo.fr

L'HARMATTAN TOGO
Djidjole – Lomé
Maison Amela
face EPP BATOME
ddamela@aol.com

L'HARMATTAN RDC
185, avenue Nyangwe
Commune de Lingwala – Kinshasa
matangilamusadila@yahoo.fr

L'HARMATTAN CÔTE D'IVOIRE
Résidence Karl – Cité des Arts
Abidjan-Cocody
03 BP 1588 Abidjan
espace_harmattan.ci@hotmail.fr

NOS LIBRAIRIES EN FRANCE

LIBRAIRIE INTERNATIONALE
16, rue des Écoles
75005 Paris
librairie.internationale@harmattan.fr
01 40 46 79 11
www.librairieharmattan.com

LIBRAIRIE DES SAVOIRS
21, rue des Écoles
75005 Paris
librairie.sh@harmattan.fr
01 46 34 13 71
www.librairieharmattansh.com

LIBRAIRIE LE LUCERNAIRE
53, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
librairie@lucernaire.fr
01 42 22 67 13

