

Article tiré de l'ouvrage « Sciences et éthique », Actes du quatorzième colloque d'éthique économique, organisé par le Centre de Recherches en Ethique de l'Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 28 et 29 juin 2007. Publié dans la collection « Ethique et déontologie », Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence-Éditeur, 2008.

L'éthique consubstantielle au droit

par

Christian ATIAS

Professeur de Droit privé

Boulton Senior Fellow McGill University

- 1 - Le Doyen Gérard Cornu
- 2 - « La disgrâce de la morale »
- 3 - La diversité éthique
- 4 - Affinités entre droit et morale
- 5 - Morale et démocratie
- 6 - Le désengagement moral de la loi
- 7 - Caractéristiques du désengagement moral
- 8 - L'intime relation du droit et de la morale
- 9 - L'éthique du dépaysement
- 10 - Bien éthique et bien moral

I – Droit et morale dans les règles générales

- 11 - Ethique et mœurs

A - Une parenté relative

- 12 - Morale et proclamations légales
 - 1) - Les liens du droit et de la morale
- 13 - Lois morales
 - 2) - Les limites du droit
- 14 - Des limites à ne pas dépasser
- 15 - Droit et loi

B - Une association vulnérable

- 16 - L'exemplarité du droit et de la morale
 - 1) - La place de la transgression
- 17 - La transgression au cœur du droit et de la morale
- 18 - La transgression-échec du droit et de la morale
- 19 - La nécessité du jugement
 - 2) - Ordre social, ordre juridique et ordre moral
- 20 - Des ordres imbriqués
- 21 - Des ordres spontanés
- 22 - Des ordres dépendants
- 23 - Une dépendance indirecte et complexe
- 24 - Règles et ordre

II - Droit et morale dans les espèces réelles

- 25 - De l'éthique des mœurs à l'éthique du dépaysement
- 26 - L'exigence éthique

A - Un déficit d'être

- 27 - La présence de l'être au monde
 - 1) - La liberté de l'être
- 28 - Liberté
- 29 - Obligation et sanction
- 30 - Influence des symboles
 - 2) - La responsabilité de l'être
- 31 - Responsabilité
- 32 - La place des circonstances concrètes

B - Un déficit de question

- 33 - La primauté de la généralité
- 34 - Réponses sans questions
- 35 - L'honnêteté du juriste et du moraliste

1 - Le Doyen Gérard Cornu était, pour beaucoup d'entre nous, le maître ; il est décédé le 11 mai 2007. C'était le maître qui guide ses apprentis et les tire à sa suite vers le haut, le maître qui soutient, assiste et enseigne, le maître qui montre. Il était le maître des mots et du droit, l'artiste de la parole et de l'écrit, l'artisan de la pensée scrupuleuse et de son expression. La présente intervention est dédiée à ce juriste de grande humanité, qui fut exceptionnel par son autorité, son talent, sa culture et par l'ampleur de son œuvre doctrinale et législative. L'histoire lui rendra hommage.

Son œuvre dévoilait un « *art du droit en quête de sagesse* »¹. C'est pourquoi, la réflexion sur l'éthique et le droit peut puiser à pleines brassées dans ses écrits.

2 - « Il y a..., dans la disgrâce de la morale (du mot et de la chose), un aveuglement de mode stupéfiant »². Nulle société ne peut faire l'économie de l'exigence morale. A dire le vrai, une autre morale, pas nécessairement plus tolérante, se dissimule derrière cette complaisante condamnation de la morale.

3 - Le mouvement est parti de la pluralité et de l'incertitude éthiques. Chez les uns, naquit une sorte de nostalgie du temps où la France pouvait être dépeinte comme la nation d'une seule morale. Chez les autres, se développa l'enthousiasme suscité par l'étrange conviction que la France allait devenir un pays moralement neutre et, à tout prendre, libéré de toute référence morale.

Le droit avait longtemps été présenté comme le toit protecteur d'un édifice dont la morale fournissait les colonnes. Il la mettait à l'abri des intempéries agressives et destructrices ; mais il s'appuyait sur elle.

La connivence était volontiers dénoncée entre la morale bourgeoise du XIX^e siècle et les dispositions du Code Napoléon sur la famille notamment. Par une confusion fréquente,

¹ G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, P.U.F., 1998.

² G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, Montchrestien 13^e éd., 2007, p. 25.

les articles du Code consacrés aux puissances maritale et paternelle notamment étaient présentés comme plus normatifs qu'ils n'avaient jamais été. Leur caractère purement descriptif était oublié.

4 - Les relations entre droit et morale, certaines affinités mêmes, étaient aisées à souligner. D'une part, « le droit reconnaît la morale comme un bien »³, lorsqu'il fait, de la bonne foi, du bon père de famille, par exemple, des références dans l'appréciation judiciaire. Priver d'effet de droit la convention contraire aux bonnes mœurs, c'est bien s'appuyer sur la morale. D'autre part, « il y a de la sève morale dans le droit »⁴. Les choix législatifs, les positions judiciaires ne font évidemment pas abstraction des exigences morales.

5 - Tout était simple lorsqu'il paraissait possible de raisonner sur des modèles moraux unifiés et stables. Alors, l'association du droit et de la morale, pour relative qu'elle fût, n'était pas utilitaire et délibérée. Elle était historique. C'est d'ailleurs pourquoi les dispositions légales prenaient souvent un tour descriptif et jouaient de la double signification bien connue du présent de l'indicatif.

Lorsque la démocratie a atteint le domaine moral, les doutes ont surgi. La pluralité des morales et l'impossibilité d'une préférence étatique pour l'une ou pour l'autre sont devenues les maîtres-mots de la morale politique.

6 - Affaiblie, éclatée, la morale ne pouvait plus guère étayer le droit. Les colonnes chancelantes du temple paraissaient un point d'appui bien fragile.

Le Doyen Carbonnier développait alors la théorie du désengagement législatif⁵. Les lois nouvelles devaient avoir leurs fondements et leurs assises en elles-mêmes ; elles ne devaient plus compter, sur des morales concurrentes, sur des morales précaires, pour se justifier. Le désengagement moral du droit servait de fondement à une nouvelle forme de législation.

Désengagée, la loi devait être pluraliste. Le pluralisme législatif entendait proposer, mettre à disposition plusieurs modèles moraux entre lesquels les Français étaient invités à faire leur choix, sans être d'ailleurs liés par leur première décision. Le pluralisme législatif offre des modèles différents à choisir selon ses convictions, mais aussi selon le mode de vie adopté à chaque période de la vie de chacun.

7 - Désengagement moral et pluralisme législatif présentent plusieurs caractéristiques. En premier lieu, ils véhiculent évidemment une morale ; le droit d'après 1970 n'est pas plus amoral que ses prédécesseurs. D'abord, il continue à sanctionner ou à condamner certains comportements. Ensuite, il impose des obligations dont le fondement est d'ordre moral. En 1974, le mari, supposé fournir le plus souvent les ressources familiales, ne peut divorcer en faisant subir à son épouse une trop profonde dégradation de ses conditions de vie ; une sorte d'égalité doit survivre au divorce. En second lieu, la nouvelle morale n'est

³ G. Cornu, *op. cit.*, note 10, p. 23.

⁴ G. Cornu, *op. cit.*, n. 24, p. 24.

⁵ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 107, 127, 180, 241, 252.

probablement pas moins intolérante que celles dont la domination antérieure avait été jugée inacceptable.

Simplement, le pluralisme législatif ne peut s'avouer moral parce que « la disgrâce de la morale » est considérée comme un impératif catégorique, un irréversible progrès de civilisation. Pourtant, il est bien la morale des puissants, de ceux qui sont en position de choisir leur mode de vie et leur modèle législatif. Il sacrifie les plus faibles, ceux qui subissent, par exemple, les enfants dans le divorce. Inviter les époux à user de la liberté fondamentale de « refaire leur vie », c'est aussi bien souvent les convaincre qu'ils peuvent « recomposer » une nouvelle famille où leurs enfants auront l'obligation de se sentir « en famille ».

8 - Le cas de ces enfants devrait faire réfléchir sur l'intime relation qui unit le droit et la morale. Elle ne peut certainement pas être examinée dans la généralité et dans l'abstraction. Morale et droit sont sans doute tombés ensemble dans ce piège, celui des codes et des proclamations, celui des règles et des principes, qui est celui de la facilité et de l'hypocrisie.

La primauté, voire l'exclusivité, prêtées à la règle, pourraient bien dissimuler l'intimité profonde du droit et de la morale. Elle se révèle dans la réalité du cas, de l'espèce, c'est-à-dire dans le cheminement propre aux préoccupations juridiques et morales.

9 - En d'autres termes, morale et droit sont menacées du même détournement que la vérité. Devenue adéquation au réel, ou exactitude, celle-ci est amputée de la nature qui aime à se cacher et qui s'offre au dévoilement. Devenus règles ou lois, morale et droit dégénèrent ; ils sont privés aussi de la nature qui aime à se cacher et qui s'offre au dépaysement⁶.

« L'éthique a corrompu la signification fondamentale de ce mot » bien⁷ qui ne peut se réduire à la conformité aux préceptes. Le bien ne se mesure pas aux habitudes, aux coutumes ou aux mœurs ; il est ce qui rend apte par son aptitude même⁸. L'homme de bien – ou peut-être l'homme du bien – est celui qui est prêt à aller au bien, éventuellement contre les habitudes communes. Il est au commencement de l'accomplissement de son être dans la direction de « l'idée la plus haute ».

10 - Le bien éthique est ce potentiel, cette puissance, que droit et morale dénaturent trop aisément en règles, mais qui a besoin d'être dépaycé, extrait de ces règles pour se retrouver dans le monde réel, celui des circonstances concrètes, pour s'y découvrir, pour s'y dévoiler. Derrière les règles générales et abstraites, morales ou juridiques, il y a une exigence morale ou juridique qui ne prend son sens que dans les espèces réelles, dans les cas, dans le monde.

⁶ J. Beaufret, *Parménide, Le poème*, Paris, 1955, 1996, p. 11.

⁷ M. Heidegger, *De l'essence de la vérité. Approche de l'allégorie de la caverne et du Théétète de Platon*, V. Klostermann GmbH, Francfort, 1988, Texte établi par H. Mörchen, traduction A. Boutot, Paris, Gallimard, 2001, p. 128.

⁸ M. Heidegger, *Platon : Le Sophiste*, V. Klostermann GmbH, Francfort, 1992, Paris, Gallimard, 2001, I. Schüssler éditeur, traduction J.-F. Courtine, P. David, D. Pradelle, Ph. Quesne, p. 128.

I - Droit et morale dans les règles générales

11 - Comme l'éthique se constitue à partir de la coutume et des mœurs, le droit se définit à partir des règles, qu'elles soient légales, prétoriennes ou coutumières. C'est notre tradition ; elle semble plus que dominante, irrésistible. Elle conduit, dans la comparaison ou la confrontation du droit et de la morale, à raisonner sur leurs contenus respectifs. Leurs exigences propres sont mises en regard pour aboutir au constat que « le droit demeure moins exigeant que la morale, même lorsqu'il couvre un devoir moral »⁹. La parenté du droit de la morale est ainsi reconnue, avec leur association ; la première est relative et la seconde vulnérable.

A - Une parenté relative

12 - Le droit est imprégné de morale au singulier ou, plus probablement, de morales au pluriel ; il est moral.

Il n'est pas que cela. Il n'est pas, ne doit pas être la morale. C'est notamment pourquoi, il faut se défier des proclamations légales ; dans l'œuvre législative, « le ton déclamatoire ne sonne pas juste »¹⁰. Les liens entre morale et droit ne peuvent être trop étroits, car le droit conserve l'indépendance que commandent ses limites propres.

13 - Les liens entre droit et morale sont si évidents que certaines règles du premier sont formulées en termes moraux. La coïncidence semble parfaite lorsque la loi prive de tout effet de droit les conventions contraires aux bonnes mœurs (art. 6 et 1133 C. civ.), lorsqu'elle rappelle aux enfants le respect dû à leurs père et mère (art. 371 C. civ.), lorsqu'elle dit la valeur de la parole donnée (art. 1134, al. 1, C. civ.). Elle le demeure lorsque sont consacrés les droits de l'homme ou lorsque la loi déclare assurer la primauté de la personne, interdire toute atteinte à sa dignité et garantir le respect de l'être humain (art. 16 C. civ.).

14 - Les limites du droit risquent d'être dépassées notamment lorsque ses règles coïncident avec les règles morales. Il faut alors rappeler que les impératifs de conscience, les états d'âme lui sont très généralement étrangers¹¹. Il faut le rappeler parce que le droit a partie liée avec l'État qui ne peut s'immiscer dans les questions de conscience, et parce qu'il est assorti de contraintes puissantes. Nul ne se plaindra de voir l'État maintenu dans les limites de ce qu'il sait, peut et doit faire. « Le droit n'est pas sublime. Nous nous contenterions bien qu'il veuille demeurer modeste, prudent, mesuré, avisé, raisonnable »¹².

15 - De quel droit s'agit-il ici ? Les menaces opportunément dénoncées viennent de ses composantes étatiques, législatives, réglementaires, prétoriennes. Ce sont celles qu'une politique correctement fondée et conduite pourrait contenir ; mais tout le droit n'est pas là.

L'ordre qu'il compose est beaucoup plus complexe. L'histoire, la culture, l'économie y ont leur place. Par elles, le droit peut aller au-delà de ses limites apparemment rationnelles ;

⁹ G. Cornu, *op. cit.*, n. 25, p. 24.

¹⁰ G. Cornu, *op. cit.*, « Note », p. 24.

¹¹ G. Cornu, *op. cit.*, n. 23, p. 23 et n. 25, p. 24.

¹² G. Cornu, *op. cit.*, n. 25, p. 24.

il n'est pas exclu qu'à la rencontre de ses sources multiples, il ne s'avilisse ou confine, au contraire, « au sublime ». Son association avec la morale est ainsi incertaine, vulnérable.

B - Une association vulnérable

16 - Droit et morale ont en commun une inévitable exemplarité. La neutralité leur est interdite. Toute position juridique ou morale est prise au risque de devenir un exemple, un modèle.

Les éventuelles divergences de contenu entre morale et droit n'en sont que plus pernicieuses. Des enseignements incohérents sont inopérants dans le meilleur des cas ; dans le pire, leurs effets sont imprévisibles. La formulation générale en préceptes ou en règles accroît l'exemplarité de la morale et du droit. Elle n'est possible et n'opère que parce que la transgression est constamment présente. C'est en l'intégrant que se composent les ordres sociaux sous leurs tonalités juridiques et morales.

17 - La transgression est au cœur du droit et de la morale. Là où elle est absente, impossible, la morale et le droit se taisent. Les « règles-obstacles »¹³ n'en fournissent pas vraiment l'infirmité, car leur efficacité est relative.

L'interdiction, faite aux piétons, de courir sur les trottoirs à une vitesse impossible à atteindre n'est ni morale, ni juridique.

18 - La transgression n'est un échec que pour les pouvoirs. Elle ne l'est ni pour la morale, ni pour le droit. La qualité d'une règle ne peut dépendre seulement de l'observance qu'elle impose et obtient. Dans un pays accoutumé aux violences policières, qui proposerait d'abroger la disposition légale les interdisant ?

La transgression est la raison d'être de la règle qui la définit et la sanctionne. Le moraliste et le juriste savent qu'elle ne peut éliminer l'action qu'elle réprime et réprime. Ils savent que, pour réduire le nombre des viols, l'éducation et l'éclairage des rues sont plus efficaces que le blâme ou les pénalités. Ils ne peuvent ignorer que nous vivons dans un monde sublunaire.

19 - Ils savent aussi que toutes les actions immorales ou illégales ne peuvent être confondues en un même opprobre. Même la condamnation de l'homicide ne peut être absolue. Le bon chrétien ne pêche pas s'il tue le tyran sanguinaire, à condition de ne pas le manquer. La légitime défense fonde l'appréciation morale et juridique. Ce qui se révèle alors, c'est la nécessité du jugement. La transgression appelle la règle qui lui est propre parce qu'elle intègre toutes les circonstances, la précision de la menace, l'urgence, la proportion de la réaction...

20 - Cette règle spéciale que doit constituer chaque jugement compose l'ordre social, avec l'ensemble des conditions matérielles, temporelles, économiques dans lesquelles les actions individuelles se déroulent, avec aussi les traditions et idéologies. L'ordre juridique et l'ordre

¹³ G. Cornu, *op. cit.*, note 9, p. 22.

moral en sont des composantes importantes. Ces trois ordres imbriqués, difficiles à dissocier pour les besoins de l'analyse, ont en commun de ne pouvoir être maîtrisés.

21 - L'ordre juridique et l'ordre moral ne sont l'exécution d'aucun projet, d'aucun dessein. Ils se forment spontanément.

Nul ne peut décider que les automobilistes seront prudents ou que les époux seront fidèles. La morale peut ici œuvrer plus directement, plus ouvertement que le droit. Le respect de l'engagement est une exigence morale dont l'influence peut être importante si elle est ancrée dans les esprits et dans les consciences. Ce n'est pas une règle juridique ; elle serait très probablement inefficace ; elle ne guide qu'assez indirectement et bien peu précisément la façon de statuer sur les conflits entre les parties. Ce sont les éléments de l'appréciation de l'inexécution des conventions et de la détermination de ses conséquences, qui sont proprement juridiques ; ils contribuent à la découverte des règles spéciales que constituent les jugements de chaque transgression.

22 - L'ordre juridique et l'ordre moral dépendent indirectement de multiples prises de position législatives, réglementaires, judiciaires. Ils en subissent l'influence sans précision, ni rationalité. Il est probable que, dans un pays où les juges estiment pouvoir refaire les contrats, les réécrire, les interpréter librement, les citoyens ne sont guère enclins à s'en faire une loi ; ce n'est qu'un exemple.

23 - Cette dépendance est indirecte et complexe. Dans une société dont la morale communément suivie est rigoureuse, un droit beaucoup plus souple peut saper progressivement les bases de la morale commune ; il peut « officialiser une nouvelle morale »¹⁴. Tant que ce ne sera pas le cas, il n'affectera peut-être pas les comportements sociaux.

A l'inverse, dans une société dont la morale communément suivie s'accommode d'égoïsme et d'irresponsabilité, un droit plus rigoureux ne parviendra probablement pas à faire pénétrer dans les comportements des règles porteuses d'informations utilisables.

24 - Ces constats qui marquent les limites du juridique rappellent aussi que les règles générales sont seulement une petite partie de la morale et du droit. Elles ne prennent sens et portée que dans la réalité, dans leur mise en œuvre effective, dans les circonstances concrètes qui caractérisent les actions et fondent les jugements.

Sous l'obligation d'exécuter les engagements conventionnels, il y a tant de contrats exécutés ou non, tant de débiteurs absous, de créanciers déçus, voire ruinés, tant de débiteurs condamnés vainement ou non,...

C'est en passant d'une éthique des mœurs à une éthique du dépaysement qu'il est possible de faire place, en droit et en morale, aux espèces réelles.

¹⁴ M. Villey, « Une loi pour officialiser une nouvelle morale », *Le Monde*, 1974.

II - Droit et morale dans les espèces réelles

25 - L'éthique du dépaysement¹⁵, du désabritement est en instruction, en investigation permanente. L'ἀηθεια ne répond pas à une nécessité intellectuelle, à un besoin critique ; pas plus que le droit, la morale n'est un jeu de l'esprit. L'un comme l'autre, et c'est ce qui les unit substantiellement, sont tendus entre deux pôles, celui des enseignements abstraits et celui des circonstances concrètes ; pour l'un, comme pour l'autre, une décision est à prendre dans un cas, dans une espèce.

26 - Les lois, les règles indiquent une direction ; mais elles ne peuvent être simplement « appliquées » aux hommes réels placés dans une situation réelle. Pour le droit, comme pour la morale, ce qui est essentiel, c'est une certaine exigence. Elle est propre à l'être au monde. Elle appelle de vraies questions. Le droit et la morale souffrent ensemble d'un déficit d'être qui est indissociable d'un déficit de question. Ils ne peuvent être compensés partiellement au moins que par une exigence permanente.

A - Un déficit d'être

27 - Droit et morale sont les armes imparfaites qui permettent de surmonter les limites liées à la finitude de l'être. Ces armes ne peuvent remplir leur office qu'en demeurant attentives à la présence de l'être au monde. Cette présence oscille, dans l'action, entre deux tendances ; apparemment opposées, elles sont indissociables et ne peuvent se comprendre l'une sans l'autre. Droit et morale s'inscrivent nécessairement entre liberté et responsabilité.

28 - La liberté est la première donnée essentielle. Elle l'est pour le droit et pour la morale. Elle l'est parce que, sans elle, les préoccupations juridiques et morales seraient inutiles. Elle l'est aussi parce que droit et morale doivent compter et composer avec elle.

Une erreur particulièrement répandue provient de la confusion souvent commise entre la description contenue dans la règle et ses effets. L'indissolubilité du mariage décrit l'unité conjugale, la fidélité, la constance, les engagements tenus ; elle n'évite ni les conflits, ni les séparations, ni les trahisons. L'abandonner, ce n'est pas seulement ouvrir des possibilités aux époux en désaccord ou en conflit, et choisir un certain mode de règlement de ceux-ci ; c'est aussi, inévitablement, affaiblir l'image du couple conjugal et parental. Un tel choix ne peut être fait à l'aveugle ou dans l'hypocrisie.

29 - La liberté propre à l'être humain interdit de voir, dans la contrainte, dans l'obligation et dans la sanction, une fin en soi. C'est pourquoi l'opposition entre droit et morale, traditionnellement fondée sur le recours réservé au premier à la contrainte extérieure, est excessive.

Non seulement les obligations morales ne sont pas dépourvues de sanctions¹⁶, mais « le respect volontaire du droit demeure, sans doute, si l'on peut dire, la règle »¹⁷. Surtout, le

¹⁵ J. Beaufret, *Parménide, Le poème*, Paris, 1955, 1996, p. 11.

¹⁶ G. Cornu, *op. cit.*, n. 19, p. 21.

¹⁷ G. Cornu, *op. cit.*, n. 22, p. 22.

droit n'est jamais aussi fort que lorsqu'il n'a pas besoin de la contrainte et de la sanction : « les sujets de droit adhèrent volontiers à ce qu'ils aperçoivent de juste et de bon dans la règle de droit¹⁸ ».

30 - La liberté propre à l'être humain impose aussi de tenir compte de sa sensibilité aux guides que lui fournissent les traditions, les expériences qu'elles consignent, et surtout les symboles nés de l'histoire des sociétés. Impuissants à imposer, droit et morale emportent avec eux de multiples signes incitatifs ou dissuasifs. Par ces dépôts inévitables qu'elles laissent derrière elles, les règles juridiques et morales agissent puissamment sur les comportements. Ceux, par exemple, qui se sont battus pour la consécration de l'égalité entre hommes et femmes, le savaient. Les mêmes et d'autres ont curieusement cru pouvoir l'oublier lorsqu'ils ont renoncé de bon cœur aux symboles de l'unité conjugale.

31 - La liberté de l'être ne va pas sans responsabilité. Elle est aussi bien morale que juridique. La réalité répond toujours à nos choix ; comment pourrions-nous prétendre ne pas répondre de leurs conséquences ? Il a fallu « un aveuglement de mode stupéfiant »¹⁹, pour que nos maîtres-penseurs puissent feindre de croire que la libération sexuelle pourrait être seulement une libération sans frais. La responsabilité est morale et juridique. Le propre du droit est de rendre à chacun le sien, en répartissant la charge patrimoniale des dommages. C'est l'une de ses fonctions.

32 - Pour la remplir, comme pour remplir toutes les autres, il doit faire place au fait, faire leur place, toute leur place, aux circonstances concrètes, à la réalité humaine sans laquelle il ne serait qu'une discipline sèche et raide. C'est pourquoi il ne peut faire l'impasse sur les questions que pose spécifiquement chaque espèce.

C'est le second déficit qu'il ne peut subir sans dommage. Sur ce point encore, morale et droit connaissent le même sort.

B - Un déficit de question

33 - L'importance donnée, en morale et en droit, à la règle, à l'abstraction et à la généralité, s'explique aisément. Elle a pour elle une autorité particulière, une permanence et une égalité apparentes. Elle facilite aussi l'enseignement et la description. Ses inconvénients ne devraient pas pour autant être négligés. Formulés en règles, le droit et la morale semblent tenir prêtes à l'avance les réponses aux questions que posent les espèces réelles concrètes.

Elles commencent par découper, dans la réalité, deux domaines étanches, celui du droit et celui du fait, celui de ce qui devrait être et celui de ce qui est, celui de ce qui s'impose et celui de ce qui est négligeable, indifférent, dénué de pertinence.

La distinction est pernicieuse. *Ex facto, jus oritur*, parce que, du fait, naissent l'obligation et l'occasion d'extraire les règles de ce qu'elles ont de local, de contingent, d'inessentiel, c'est-à-dire de les dépayser. « Dès le début de mon existence, mon être m'est

¹⁸ G. Cornu, *op. cit.*, n. 22, p. 22.

¹⁹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 25.

donné comme un devoir »²⁰ ; il est moral et juridique tout à la fois, même si sa signification et sa portée diffèrent dans les deux ordres. Heidegger le dit en des termes plus profonds et nuancés : irréductiblement, « l' « essence » de cet étant tient dans son (avoir) à-être »²¹.

34 - La morale et le droit ne peuvent être réduits à un catalogue de réponses qui seraient antérieures aux questions suscitées par les espèces réelles, par les circonstances concrètes dans lesquelles elles se sont déroulées. Les réponses ne peuvent précéder les questions qu'en les éliminant, en les dénaturant ; une réponse n'est pas une pétition de principe.

L'exigence proprement juridique et morale, c'est précisément celle de maintenir les questions ouvertes dans toute leur richesse et leur complexité, de ne pas les « refouler »²². Seule la décision émanant du détenteur d'un pouvoir peut refermer la question ; elle ne doit s'y résoudre que pour des raisons d'utilité pratique, de nécessité sociale. Avant de statuer, de trancher, le juriste et le moraliste doivent laisser leur chance à toutes les considérations susceptibles de guider la détermination de la règle spécialement élaborée pour cette espèce là.

Il n'y a rien de moins moral, rien de moins juridique que le raisonnement par simple assimilation d'une espèce à l'autre, par catégories de cas ; ni l'analogie, ni la règle du précédent, ni la qualification ne se fondent sur la pure et simple imitation ou répétition. L'exigence proprement juridique et morale est présente dans la quête consciente des raisons de distinguer. Il ne faudrait pas avoir à dire que le droit est là beaucoup plus que dans les proclamations platoniques et complaisantes.

35 - L'exigence proprement juridique et morale, l'honnêteté du juriste et du moraliste tiennent à leur commune préoccupation de retrouver le chemin susceptible de conduire au juste et au bien, au milieu des embûches, des fausses pistes et des impasses que la complexité des espèces multiplie. Les règles les guident sans les conduire à coup sûr, parce qu'elles sont nombreuses et trop générales. Le chemin qui mène du cas à la règle et de la règle au cas doit être parcouru avec vigilance et constance. C'est là l'exigence éthique essentielle ; elle est commune au droit et à la morale.

C'est très précisément l'exigence prudentielle. Nul juriste, nul moraliste ne peut en faire l'économie. « L'homme du jugement, qui n'est qu'un autre nom de l'homme de la prudence, ne se décharge pas sur un Savoir transcendant du devoir de juger, c'est-à-dire de comprendre. Avoir du jugement, ce n'est pas subsumer le particulier sous l'universel, le sensible sous l'intelligible ; c'est, sensible et singulier soi-même, pénétrer d'une raison plus « raisonnable » que « rationnelle » le sensible et le singulier ; c'est, vivant dans un monde imprécis, ne pas chercher à lui imposer la justice trop radicale des nombres ; mortel, ne pas juger les choses mortelles à l'aune de l'immortel ; homme, avoir des pensées humaines »²³.

²⁰ W. Biemel, *Le Concept de Monde chez Heidegger*, Louvain et Paris, Nauwelaerts et Vrin, 1950, p. 7.

²¹ M. Heidegger, *Etre et temps*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1976, Paris, Gallimard, 1986, traduction Fr. Vezin, d'après les travaux de R. Boehm et A. de Waelhens, p. 73.

²² M. Meyer, *Questionnement et historicité*, Paris, P.U.F., 2000, p. 38, 134-135, 141, 163, 207-208, 223-224.

²³ P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris, P.U.F., 1963, 1997, p. 152.