

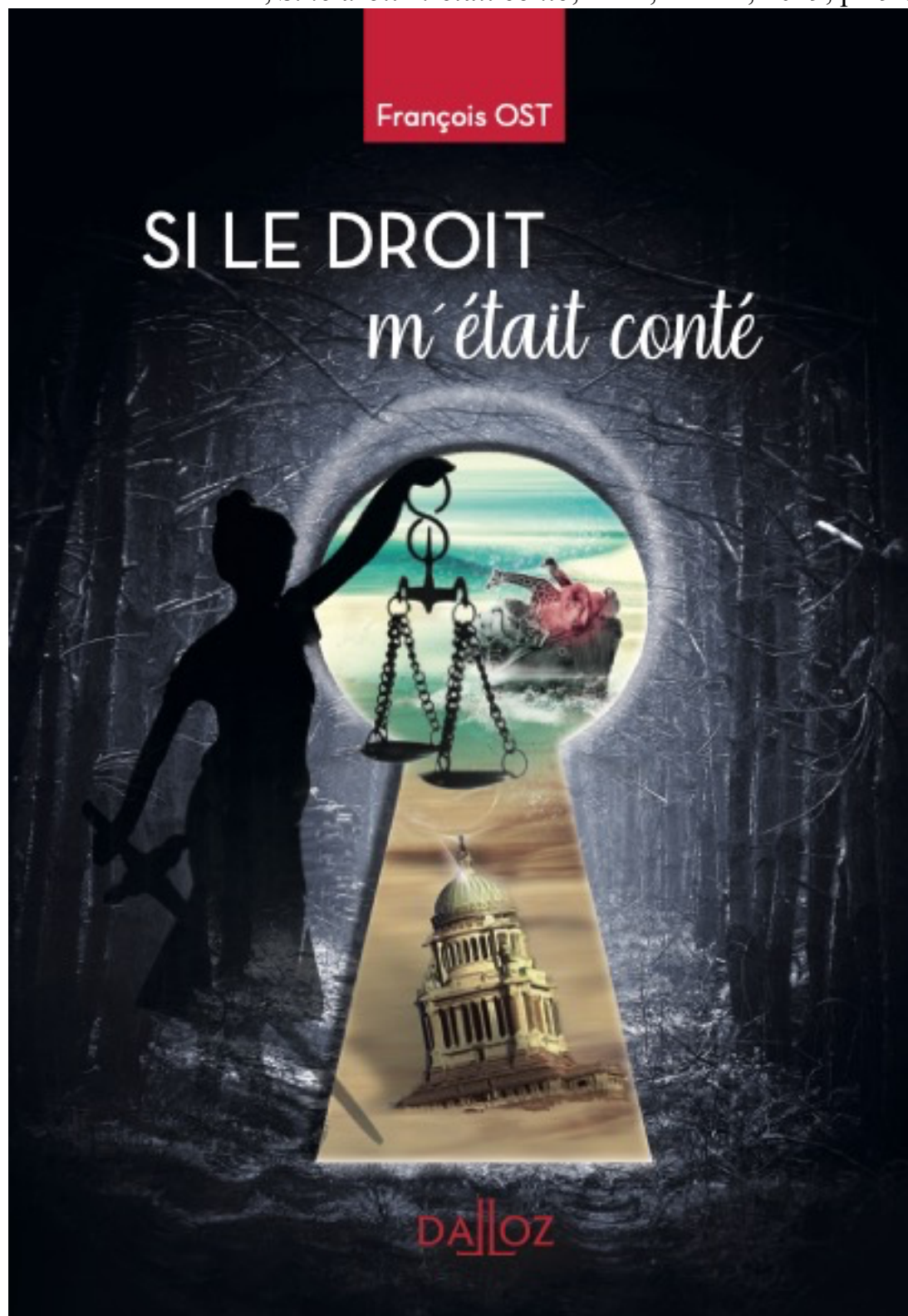
Les Matins philo, séance 2

François OST

Thème : le débat qui oppose le droit naturel au droit positif

A. Le conte : *Un droit pour l'arche de Noé ?*

Extrait de F. OST, *Si le droit m'était conté*, Paris, Dalloz, 2019, p.19-31.



Au début, il avait fallu parer au plus pressé ; des places pour chacun avaient été aménagées : les poissons dans les soutes, noyées comme des ballasts ; les oiseaux dans la mâture, les insectes dans l'entrepont, et les mammifères à l'air libre, sur le pont. Ces derniers posaient le plus de problèmes : déjà les chacals lorgnaient avec gourmandise du côté des gazelles.

Il ne faudrait pas quelques jours, Noé en était persuadé, pour que la croisière de survie se transforme en désastre. Mais de quelle autorité jouissait-il pour imposer un peu d'ordre sur ce navire dont le Très-Haut lui avait confié la barre ? Les humains ne venaient-ils pas de se signaler par leur incapacité à vivre ensemble, paisibles et en bonne intelligence ? Et maintenant, cette arche providentielle n'était-elle pas l'occasion d'innover enfin en matière de gouvernance, comme un ultime laboratoire de survie ?

Réunissant par nations son singulier équipage, le patriarche leur tint à peu près ce langage : « mes amis, le ciel aujourd'hui nous épargne, mais il nous faut maintenant organiser notre vie sur le bateau ; pour en délibérer, je propose que vous élisiez un représentant de chacun des quatre genres que la nature a distingué ». Cette consigne parut sage, et voilà que les députations se mettent en place. Sur le pont, parmi les mammifères, l'affaire fut aisée : il suffit que le lion secouât sa flamboyante crinière pour que, d'un accord tacite, tous lui accordassent leur suffrage. Nul n'aurait songé lui disputer la primauté. Au sein du peuple aquatique, ce fut le dauphin qui recueillit le plus grand nombre de voix – son esprit et sa proximité avec les hommes étaient unanimement reconnus. Dans l'entrepont, les insectes confièrent le mandat à l'abeille dont l'organisation rigoureuse des ruches et la conformité sans faille à la règle étaient légendaires. Parmi la nation ailée, ce fut, en dépit de ses protestations d'incompétence, la blanche colombe qui recueillit la palme.

Réunissant en assemblée son petit monde, Noé ouvrit les assises de ce qu'il fut convenu d'appeler désormais le *Conseil de l'arche*. Sans détour, il expose le point : « par la grâce divine, de tous les êtres vivants, nous seuls avons échappé à la destruction ; mais demain, si nous n'y prenons garde, nos maigres réserves s'épuiseront, or, nul ne sait le temps que dureront cette pluie et notre séjour sur l'arche. A nous, revient le devoir de garantir la perpétuité de nos espèces respectives, alors que menacent tant l'entre-dévorement que la reproduction incontrôlée. Il s'impose donc, mes amis, de nous fixer les règles indispensables à notre survie. Sur quels principes, dites-moi, pourrions-nous nous accorder ? ».

-« Bien parlé », vrombit l'abeille, « il est temps d'introduire ici un peu de discipline ; tout va à vau l'eau sur ce bateau ; j'en ai vu qui se goinfrent dans les réserves à grain, d'autres qui forniquent sans vergogne, et personne ne semble se

préoccuper de la navigation ; mes mandants exigent des règles précises et contraignantes ; qu'en chaque instant de sa vie chacun sache où est son devoir ».

- « Billevesées », rugit le lion. « Depuis que le premier soleil s'est levé, le monde vivant s'est passé de règle et s'en est toujours bien porté. La loi naturelle nous sert de guide et nous garantit, par mes crocs, la liberté qui est notre bien le plus précieux. Une averse prolongée devrait-elle nous détourner de cette loi immémoriale ? Ce serait folie de nous écarter de cet ordre pour satisfaire aux caprices de je ne sais quels passagers des entreponts ! ».

- « Sans doute », convint le dauphin, auquel, dans l'entre-temps on avait confié la direction des débats, « mais, reconnaissez, honorable collègue, que votre liberté est celle du loup dans la bergerie. L'ordre naturel dont vous vous réclamez est celui de la jungle, où tous les coups sont permis. Ce n'est pas l'absence de la loi que vous prisez, mais la vôtre, la loi du plus fort. Je doute que la plupart des autres membres de votre confrérie puissent y souscrire. Et puis, vous même, qui dit qu'un jour vous n'aurez pas besoin d'un plus petit que vous ?

- *Dura lex sed lex*, grogna le roi paresseux, qui se piquait volontiers de latin. Le monde est ainsi, et nous n'avons que faire de vos utopies niveleuses. Ce n'est pas encore aujourd'hui, par mes crocs, qu'un phacochère m'imposera sa loi !

- « Mes amis, mes amis », susurra la blanche colombe, qui voletait, affairée, de l'un à l'autre, « l'heure n'est plus à ces disputes ; la paix soit avec chacun d'entre vous, et que sur les flots règne la concorde. Point besoin de lois, mais d'amour ; que chacun prenne soin de son voisin, se sacrifie pour lui au besoin, et tout ira pour le mieux dans la cité nouvelle que nous destine le Créateur ».

- « Viens me redire cela à l'oreille, ma jolie », ricana le lion, l'œil mauvais. Puis, se tournant vers Noé : « et d'ailleurs, cette affaire ne nous concerne pas. Ce sont les turpitudes des hommes qui ont provoqué ce déluge ; alors, débrouillez vous avec votre dieu, inventez toutes les règles que vous voulez, mais fichez nous la paix. Laissez faire l'évolution vitale, laissez passer la sélection naturelle qui, parmi nous, élit les meilleurs et garantit ainsi, mieux que tous vos artifices, le triomphe de la vie. »

Noé allait répondre lorsque se produisit un incident d'audience ; un huissier venait déposer des pétitions adressées au Conseil ; le dauphin, en sa qualité de président, en donna lecture. La première émanait des loups ; ceux-ci faisaient savoir qu'en tant que peuple organisé, ils n'avaient que faire d'une constitution générale ; depuis des temps immémoriaux ils suivaient la loi du clan discutée en rocher du conseil. La seconde était adressée par les requins auxquels s'étaient joints d'autres habitants des grands fonds ; en tant qu'animaux marins, ils réclamaient ni plus ni moins que le droit de sécession - le présent déluge leur était aubaine plutôt que menace, et ils réclamaient leur libération immédiate.

Après avoir décrété une suspension d'audience, le dauphin déclara que le Conseil prenait acte de ces pétitions mais n'entendait pas y donner suite. Que certains clans se soumettent à leur règle propre ne posait pas de problème particulier dans la mesure cependant où celle-ci n'entraînait pas en conflit avec la loi

générale – une constitution commune qui s'avérait aujourd'hui nécessaire, dès lors que l'enjeu était celui de la survie de tous et non de quelques uns. Sans doute, ces coutumes particulières suffisaient-elles aux temps ordinaires, mais l'urgence actuelle réclamait de l'imagination législative. Quant au prétendu droit de sécession, il ne pouvait en être question : l'ordre naturel formait un tout, disait l'ambassadeur marin, plutôt embarrassé de l'égoïsme des siens, et ensemble tous se sauveraient, ou bien, tous, périraient. « Nous sommes tous embarqués sur le même navire, nous n'en avons qu'un seul, et de notre détermination dépend notre survie. Je demande donc aux honorables membres du Conseil d'avancer des propositions ».

Une fois encore, ce fut le lion qui réclama la parole. « Si vous tenez absolument à légiférer, eh bien, par mes crocs, je vous propose de consacrer solennellement la propriété, qui est l'âme de toute législation, l'alpha et l'oméga de toute constitution bien ordonnée. Bannissons la tragédie des communs dont tout le monde aura fait la triste expérience : laissez à tous le libre accès à un territoire, il se transforme bientôt en désert ; cessez de surveiller vos proies, il ne vous en restera plus une avant la prochaine lune. Imposez plutôt la propriété comme droit absolu d'user et de jouir de son bien, et vous ferez l'économie de toutes les autres lois ».

- « Mon collègue est habile raisonneur » l'interrompît le dauphin, « et je ne doute pas que la fable qu'il nous rapporte recueille un large écho, mais je crains que sa proposition ne soit qu'une variante de la loi de la jungle qu'il nous a déjà proposée. Par ailleurs, la tragédie change de camp aujourd'hui : c'est celle des anti-communs, si j'ose dire : ces ressources stérilisées parce que non partagées. C'est de partage dont nous avons besoin, et non d'accaparement ; que chacun, assuré de sa part, ménage celle des autres, voilà le commandement nouveau qu'imposent les circonstances. Du reste, l'ordre naturel dont mon honorable confrère se réclame si souvent, ne manque pas d'exemples édifiants de solidarité animale et d'ingénieux partages de ressources ».

C'est le moment que choisit l'abeille pour intervenir : « Je suis au regret de vous dire », vrombit l'obstinée butineuse, « que je n'entends rien à vos sophismes académiques. Tout se passe comme si vous discutiez dans le confort d'un salon, alors que, sur cette arche, nous jouons nos ailes et nos écailles. Personne sur ce bateau ne semble prendre la mesure de la gravité de la situation. Je réclame, quant à moi, des mesures immédiates et drastiques, et les sanctions les plus sévères à l'égard de ceux qui y contreviendraient. Tout, du réveil au coucher, doit être réglementé – la nature est réglée comme une horloge, et le plus petit dérèglement pour tous serait funeste. Tout doit être mis en commun, et la conduite de chacun subordonnée au bien-être de tous ».

Une fois encore ce fut le dauphin qui entama la discussion : « vous êtes bien avisée, chère consoeur, de nous rappeler le cadre de notre discussion. Et il vous honore de vous soucier de l'intérêt général ; mais précisément, je vous le demande, qui définira « le bien-être de tous » dont vous vous réclamez ? Nos

débats ne montrent-ils pas que nous en avons, les uns et les autres, des conceptions bien différentes ? L'expérience atteste que des lois contraignantes suscitent défiance et révolte plutôt que l'adhésion. Leur application, et bientôt leur définition, seront confiées à quelques dirigeants qui se croiront éclairés, et bientôt la dictature s'installera. Par ailleurs, que gagnerions-nous à tout régler dans le détail ? On n'en fait jamais assez à ce régime, et, promulguée d'une heure, la loi sera déjà promise à changements. Il est beaucoup plus avisé, ce me semble, de nous en tenir à quelques grands principes, laissant les contentieux aux juges, et les détails aux administrations.

- « Je n'ai pas l'éloquence du président » fit alors l'abeille dont le vrombissement était devenu sifflant, « mais j'aimerais rappeler que, sur ce bateau, nous représentons les masses. De nous tous, nous, les passagers de l'entrepont, sommes les plus nombreux – il serait dangereux de ne pas nous écouter ».

- « Argument irrecevable » fit le dauphin, soudain très ferme. « En participant à ce Conseil et en prenant part à cette discussion, tous nous avons convenu de jouer le jeu du dialogue sans contrainte, et de nous soumettre à la loi de l'argument le meilleur. La menace ne fait pas partie des coups autorisés. Personne n'ignore que les insectes sont la majorité sur terre, et il n'est sans doute pas judicieux d'ignorer l'opinion de la majorité. Mais celle-ci ne vous donne aucun titre à imposer comme telle votre loi ; c'est du débat et de la confrontation des opinions que surgit la loi légitime que nous cherchons ». Puis, se tournant vers Noé, resté plutôt silencieux, il l'invite à opiner à son tour.

- « On a fort bien parlé ici, et en sens divers », fit le patriarche, « et je me garderais bien de complexifier encore la discussion. Je me contenterai de suggérer que nous adoptions des lois souples, du droit doux, fait de recommandations assorties d'avantages, d'incitations, de dissuasions, de coups de pouce qui devraient suffire à ce que généralement et progressivement nous adoptions les comportements souhaitables » ; puis il ajouta, pas trop sûr de son fait : « ainsi satisfiera-t-on à la fois ceux qui souhaitent une réglementation et ceux qui n'en veulent pas ».

- « Merci à notre capitaine de tenter la synthèse », enchaîna le dauphin, toujours aussi diplomate, « mais je doute que, dans les circonstances actuelles, nous puissions nous satisfaire du droit doux. Mieux vaut sans doute quelques principes fermes : des règles peu nombreuses, mais impératives ; nous réserverons le droit doux pour l'application ultérieure.

Mes amis, poursuit-il, il nous faut décider, maintenant que chacun s'est exprimé. Certains recommandent de s'en tenir à la loi naturelle, d'autres se réclament du droit positif. Derrière la loi naturelle, se fait entendre tantôt le règne de la force, tantôt l'exigence de l'amour ; et en fait de droit positif, certains visent un droit détaillé et rigoureux, tantôt que d'autres, on vient de l'entendre, se contenteraient de recommandations et de récompenses, - la carotte ou le bâton, en somme. Toutes ces propositions ont du bon, et, à l'heure de la synthèse, il serait dommage d'en négliger l'une ou l'autre. L'honorable représentant du pont se

réclame de la liberté – que serions nous en effet, nous les vivants, sans la liberté ? L'infatigable travailleuse des ruches lui oppose la précieuse égalité. Mais faut-il vraiment les opposer : qu'est ce que la liberté sans l'égalité, sinon hégémonie et domination ? Et qu'est l'égalité sans la liberté, sinon contrainte et répétition ? Et puis s'ajoute aussi la voix de la nation ailée qui nous attire vers les hauteurs de la fraternité ; ici encore, pourquoi choisir et exclure ? - sans liberté ni égalité, la fraternité est tout simplement inconcevable, mais quand elle y ajoute son inspiration généreuse, elle leur confère une force bien supérieure à la peur de la sanction.

Mes amis, pour être durables, nos lois doivent s'appuyer sur la force, mais aussi s'inspirer de la fraternité. Notre arche n'est ni une prison qui marche au fouet, ni un paradis où l'on communie dans l'amour. Des soutes à la mature, les lois que nous devons adopter nous égaliserons, malgré nos différences qui demeurent ; à tous, au fort comme au faible, elles accorderont une égale protection. Mais elles se garderont bien d'empiéter plus qu'il ne faut sur nos libertés, sous peine de nier nos précieuses différences. Gardons-nous par ailleurs d'enchaîner l'avenir au delà du raisonnable. Notre administration pourvoira aux détails au fur et à mesure que le besoin s'en présentera ; quant aux tribunaux que nous établirons, ils régleront les conflits en tenant la balance égale entre les règles générales que nous aurons adoptées et la singularité des cas qui ne manqueront pas de se présenter ».

Ce discours fit forte impression sur l'assemblée, chacun se sentant soudain grandi, et de Solon ou Lycurgue partageant l'auguste mission... Aussi s'accordait-on aisément sur les principes suivants :

- il sera interdit, durant le séjour sur l'arche, de consommer quelque autre produit que ceux contenus dans les réserves du bateau ;
- l'on s'abstiendra, durant la même période, de tout rapport sexuel non protégé ;
- on confiera au *Conseil* le soin d'adopter toute autre règle générale en cas de nécessité ; une *Administration de l'arche* sera mise en place pour veiller à l'application des présentes lois, tandis qu'un *Tribunal de l'arche* disposera de la compétence exclusive du règlement des litiges qui se présenteront.

Telle fut la loi adoptée au premier jour. Le lendemain, on confia la direction de l'Administration à la fourmi dont le sens de l'organisation était légendaire, et la présidence du tribunal au hibou, réputé pour sa sagesse. Les jours passèrent, la pluie, ininterrompue, continuait de tomber, et, comme on pouvait s'y attendre, incidents et querelles ne manquèrent pas de se présenter.

Au chapitre des incidents, le livre de bord de l'arche relate la plainte adressée par un certain nombre de passagers au statut incertain, qui ne se satisfaisaient pas de la catégorie dans laquelle on les avait rangés, ni du régime alimentaire correspondant : ainsi les crocodiles, hôtes des marigots autant que de leurs berges, les tortues de mer qui pondent sur les plages, ou encore les poissons volants. On leur fit savoir que leur demande était bien enregistrée, qu'une *commission des classifications* était mise en place et qu'une réponse leur serait adressée sous peu.

Plus embarrassante était la protestation adressée par les escargots : ces gastéropodes au sexe incertain, ou plutôt variable, n'entendaient pas qu'on les considérât d'ores et déjà comme mâle et femelle ; ils jugeaient insupportable cette intrusion administrative de l'état civil dans leur vie privée, et se disaient victimes d'une intolérable atteinte à leur liberté de choix d'une orientation sexuelle. Complètement dépassée par cette demande d'un genre nouveau, si l'on peut dire ainsi, la fourmi se contenta de suggérer qu'une demande soit introduite auprès de son confrère le hibou.

Il fallut également rassurer le mâle de la mante religieuse qui, forcé à une cohabitation rapprochée et permanente avec sa femelle, craignait pour sa vie même; on lui répondit que, tant qu'il s'abstiendrait de tout accouplement, comme l'ordonnait du reste la loi de l'arche, il ne risquait rien.

Plus sérieux fut ce qu'on appellera dans la suite le « complot des cochons ». Il arriva en effet un moment où, à la faveur de la lassitude et l'angoisse causées par cet interminable périple, des vellétés de révolte se manifestèrent parmi l'équipage. Les chiens, chargés d'une enquête discrète, identifièrent rapidement l'âme damnée du complot : un gros verrat qui n'avait pas son pareil pour jeter la suspicion sur Noé et les « traîtres » du Conseil. Ils se goinfraient en secret, suggérait-il, tandis que tous les autres étaient maintenus au régime sec ; bientôt, c'était certain, ils se débarrasseraient de l'équipage pour assurer leur survie. Il était plus que temps de renverser ce régime tyrannique et de lui confier la barre à lui, le cochon, qui partageait la condition des parias et saurait les mener à bon port. Déjà le verrat se laissait appeler « guide suprême » par les siens, tandis qu'il se faisait attribuer double ration au moment des repas, et qu'une garde rapprochée de singes et de moutons le suivait dans tous ces mouvements. Heureusement, la mutinerie fut déjouée avant de s'étendre à l'entrepont et la mature, et le cochon mis aux fers jusqu'à la fin de la traversée.

De son côté, le Tribunal du hibou ne chômait pas non plus. Le premier cas qui se présentât fut une « plainte contre X » déposée par la cane, dans le nid de laquelle un œuf étranger avait été déposé. Bien que les soupçons se soient immédiatement portés vers le coucou, qui affectait la plus parfaite indifférence, on refusa de le condamner sur de simples soupçons ; pas question non plus d'établir un régime sécuritaire de surveillance sur un navire qui entendait rester « arche de droit ».

Incontestable, en revanche, fut le crime des bonobos : les formes arrondies de la jeune guenon ne laissaient en effet aucun doute sur son état ; de toute évidence, elle et son compagnon avaient enfreint le deuxième commandement de l'arche. En vain, le couple plaida-t-il la contrainte irrésistible ; le juge cependant, plus amusé que vraiment indigné, leur accorda la suspension du prononcé de la condamnation, de sorte que leur casier judiciaire, lui au moins, demeurerait vierge.

On fut moins indulgent à l'égard du renard – le rusé goupil crut pouvoir améliorer son ordinaire en mettant la poule du bord à son menu. Bien que son

forfait échouât de peu, le fripon au poil roux écopa de la peine maximale ; aussi bien, avait-il prémédité le crime, en usant de mille stratagèmes. Le corbeau, chargé du ministère public, invoqua, de surcroît, les circonstances aggravantes : renard avait pénétré de nuit, et par effraction, dans l'enclos des volailles. Pire encore : il privait l'équipage des œufs précieux de la pondeuse.

Un autre dossier défraya la chronique par son parfum de scandale ; les échos en bruissaient du gaillard d'avant à la dunette arrière : la femme de Noé, invoquant son statut, avait exigé et obtenu, en violation de tous les règlements, des rations de faveur. En dépit des discrètes pressions qui s'exercèrent sur lui, le hibou demeura inflexible, et condamna la femme du patriarche aux travaux d'intérêt général prévus par la règle du bord. La femme de Noé se doit d'être irréprochable, souligna-t-il dans les attendus de sa décision ; et dans une arche de droit, les règles s'appliquent aussi à ceux qui les ont faites.

On épargnera au lecteur la chronique des dossiers dont le tribunal eut à connaître au cours de ces semaines : violences conjugales, conflits de voisinage, prêts à taux usuraire, trafics de tickets de rationnement et marché noir ... rien que de très ordinaire, en somme.

Un événement de taille requit cependant une réunion urgente du Conseil : les appels de détresse lancés par une cohorte de naufragés, issus de lointaines contrées, et qui n'avaient pu rejoindre l'arche avant la montée des eaux. Oubliés lors du décompte d'entrée, au bord de l'épuisement, ils nageaient avec l'énergie du désespoir et réclamaient l'asile sur l'arche. Ce fut, il faut le dire, un grand émoi et un profond embarras parmi les passagers. « Nous n'allons tout de même pas accueillir toute la misère du monde », glapirent les autruches, tirant la tête un instant hors du sable. « Déjà que nos maigres provisions suffisent à peine à nous nourrir... ». Elles disaient tout haut ce que bien d'autres pensaient tout bas. Mais il se trouva d'autres animaux, sur tous les ponts, pour rappeler que l'asile est un droit sacré et l'hospitalité une noble tradition animale. Et déjà ceux-là lançaient des échelles de coupée par dessus le bordage.

Les esprits s'échauffèrent, tandis que les rescapés étaient parqués sur le gaillard d'avant, exposés à tous les vents ; on allait en venir aux pattes lorsque l'affaire fut mise aux voix. Alors que la majorité allait prendre le parti des autruches, la chienne du bord, un berger allemand, fit valoir qu'eux tous n'étaient rien d'autre que des réfugiés, et qu'il y aurait grande honte à refuser à ces infortunés une faveur dont ils avaient eux-mêmes bénéficié. Ainsi le droit d'asile vint compléter la constitution de l'arche, et l'on fit un peu de place aux nouveaux arrivants.

Jusqu'au jour où la pluie cessa ; les eaux refluèrent, et la blanche colombe ramena un rameau vert, signe de la décrue. L'arche s'était échouée au sommet du mont Ararat, et Noé décréta la fin de l'expédition. Les animaux furent autorisés à quitter le bord, dans l'ordre, et sans précipitation. L'interdit d'entre-dévorement demeurait cependant en vigueur le temps que chacun ait regagné son habitat naturel.



... Appuyé au bastingage, Noé devisait avec le dauphin qui s'était attardé. Un superbe arc-en-ciel s'élevait au-dessus de l'horizon. « Mission accomplie », disait l'animal marin, « et voilà que tout rentre dans l'ordre. Nous, les animaux, allons rejoindre nos savanes et nos forêts, nos montagnes et nos abysses. Tout sera comme avant, et nous continuerons à transmettre la vie qui nous fut donnée en héritage. Et vous les hommes, vous rejoindrez vos villes et vos villages ; vous construirez toujours plus de tours, et couvrirez la terre de vos forges et vos moulins. Vous imaginerez être les seules créatures conçues à l'image de Dieu, et vous Lui sacrifierez beaucoup des nôtres sur vos autels. Vous tenterez de gagner les étoiles et vous ferez toujours plus de lois, mais serez-vous plus sages pour autant ? »

- « C'est que, dit Noé, c'est à nous qu'est confiée la responsabilité de la création ».

- « La responsabilité, peut-être, mais pas la propriété, comme vous le pensez. Demain déjà tu t'enivreras, et vous oublierez que l'alliance que symbolisent ces sept couleurs est passée avec toute la terre, avec 'tous ceux qui sont sortis de l'arche'. Prends garde, Noé, qu'après le second déluge que vous provoquerez, plus aucun rameau vert ne fleurisse sur la terre ».

Et le dauphin prit congé, traçant dans l'onde vespérale un sillage irisé.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

## B. Discussion philosophique.

### **Droit naturel, droit positif, un débat aussi vieux que le droit**

**Au cours de cette deuxième leçon, je me propose de décrypter les enjeux théoriques évoqués dans le conte de l'Arche de Noé ; ils sont nombreux et essentiels.** La fable animalière aura ainsi joué le rôle qu'on attend d'elle depuis Esope jusqu'à La Fontaine : nous tendre un miroir dans lequel se réfléchissent les questions que nous nous posons. Une fois encore, la fiction littéraire jouera son rôle, celui d'un « laboratoire expérimental de la condition humaine ».

La question centrale, posée avec acuité dans l'espace confiné de l'arche et dans le contexte d'événements dramatiques (une montée des eaux non sans rapport avec l'actualité) : **faut-il du droit pour régir les collectivités ?** Les habitudes et coutumes implicites ou d'autres types de normativité (morale, religieuse, économique) ne suffisent-ils pas ? Dans l'histoire des idées en Occident, la question a été abordée sous l'angle de la discussion autour du **droit naturel** (disons à ce stade : un droit donné a priori, fruit de la tradition, de la

révélation religieuse, de la morale commune – plus tard de ce qu'on croyait dériver des « lois de la nature », ici entendues comme commandements adressés aux humains) – un droit naturel dont il faudrait ou non se départir ( et si oui dans quelle mesure ?) pour se donner un « **droit « positif »** » (càd un droit délibéré et sanctionné par la volonté politique du souverain, peu importe sous quelle forme on conçoive ce souverain). La grande tradition du droit naturel dit « moderne », qui va de Hobbes (1659) à Kant ( fin du XVIIe siècle) en passant par Locke (1688) et Rousseau (1772), raconte le même récit à cet égard : les hommes quittent l'état de nature (où prévaut le seul droit naturel) pour entrer dans l'état civil et se doter d'institutions juridiques.

Dans l'Arche, je note d'abord ce trait de procédure, essentiel au demeurant. Plutôt que d'imposer une solution a priori, **Noé réunit ses passagers en conseil**, fait élire des représentants en leur sein, et entreprend de délibérer la question du droit avec ceux-ci. Cette voie, procédurale et démocratique, est moderne ; elle est celle que Locke propose en 1687 au moment où le Parlementarisme triomphe en Grande-Bretagne et que le *Bill of rights* est adopté (qui précède ainsi d'un siècle la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen). Souvent, pourtant, comme chez Hobbes, la naissance du droit est plus brutale et procède d'un coup de force, souvent motivé par la peur, qui conduit le groupe à se soumettre à la tutelle du souverain – chez lui le *Léviathan* : un régime juridique non négocié et d'allure plutôt répressive se met alors en place. En revanche, chez Locke, Kant et Rousseau, le peuple peut se faire justice des tyrans au cas où ils abuseraient de leur pouvoir – la peuple, qui reste titulaire ultime de la souveraineté, peut retirer sa confiance à ses dirigeants mandataires dans cette hypothèse.

**Venons-en alors au fond de l'affaire : la discussion sur l'opportunité de se doter de règles et d'institutions juridiques.** Je note à cet égard que d'autres alternatives restent possibles. On enseigne d'habitude que « *ubi societas, ibi ius* » - les juristes aiment parler latin – « là où il y a société il y a droit » ; selon moi, cette thèse est fautive : il faudrait dire plutôt « là où il y a société, il y a règle » (*ubi societas, ibi regula*) – une règle qui peut, par exemple relever de la tradition religieuse, comme la *charia* dans la culture musulmane, ou les impératifs sanitaires, comme nous l'avons appris au cours de la récente épidémie de Covid 19. Des règles qui relèvent plus de la « discipline » ou du « dogme » que du droit.

Je ferme cette parenthèse et j'observe que les passagers de l'Arche mènent la discussion sur le terrain juridique.

-La première à s'exprimer est l'**abeille**, au nom de la vaste nation des insectes ; elle est demandeuse de règles nombreuses, impératives et rigoureusement sanctionnées, des règles encadrant tous les aspects de l'existence. Sa visée n'est pas très éloignée de l'aspiration à un droit disciplinaire, inspirée par la méfiance et la peur. Elle s'inscrit plutôt dans la tradition de Hobbes, et elle se

soumettrait volontiers au *Léviathan* de Hobbes, qui lui « ôterait jusqu'au trouble de penser » pour s'exprimer cette fois comme Tocqueville.

-C'est ensuite le **lion** qui s'exprime ; lui, il s'accommode volontiers de l'état de nature, qui lui est largement avantageux, d'autant qu'il trône au sommet de la pyramide alimentaire ; il se méfie donc de toute intervention réglementaire qui viendrait perturber cet ordre naturel. Dans la vie réelle on peut donner plusieurs exemples de ces ordres factuels, dit « naturels » dont on prétend tirer des règles juridiques de comportement. Le premier exemple est celui du marché, le **marché** soi-disant guidé par la « main invisible », celle qui ajuste l'offre et la demande pour en tirer des optima économiques. Les penseurs ultra-libéraux de l'Ecole de Chicago en sont les farouches défenseurs aujourd'hui. Je citerai à cet égard l'œuvre du juriste Fr. Hayek qui considère que les coutumes et usages spontanés des acteurs du marché produisent nécessairement des résultats meilleurs que ceux qui résulteraient d'une intervention étatique, selon lui nécessairement moins bien informée et toujours guetté par les biais de l'idéologie, sinon de la corruption. Ainsi, comme le lion de l'arche, ces ultra-libéraux disqualifient par principe toute intervention réglementaire, sinon pour protéger le marché lui-même. Un deuxième exemple peut-être trouvée dans la vision que certains défendent de **l'espace numérique**, qui selon ceux-ci devrait être, comme la haute mer, un espace de libre parcours absolu, totalement immunisé de toute intervention publique et réglementation juridique.

-A cette position du lion, le **dauphin**, qui mène les débats, oppose un certain nombre d'arguments : la liberté qu'il invoque est celle du renard dans le poulailler ou du loup dans la bergerie ; sa loi, la loi de la jungle, est celle du plus fort. Il est peu probable qu'elle convienne aux autres passagers de l'arche ; il aurait pu évoquer le célèbre mot de Lacordaire : « entre le fort et le faible, c'est la loi qui libère et la liberté qui opprime ». S'il avait été mieux versé en philosophie, le dauphin aurait pu aussi évoquer l'objection logique, l'erreur de raisonnement que les modernes opposent à l'idée d'un droit naturel : une norme de comportement soi-disant tiré d'une régularité naturelle . C'est l'objection du « **sophisme naturaliste** » : du constat d'un fait ( une régularité naturelle) on ne peut déduire l'édiction d'une norme (une obligation de comportement). Plus simplement : on ne peut déduire une norme d'un fait, sans commettre une erreur logique. Et si nous le faisons souvent ( chaque fois que nous justifions un comportement en invoquant une normalité, une régularité statistique) c'est que inconsciemment nous avons déjà introduit une valorisation positive (un début de normativité donc) dans le fait, soi disant « neutre » que nous invoquons. Autrement dit encore : cette nature que nous invoquons comme régulatrice est une nature que nous avons déjà chargée de toutes les valeurs et les normes auxquelles nous aspirons.

Je note au passage que le lion, à court d'arguments, finit par asséner le fameux *dura lex, sed lex*. Je relève cette tautologie – « c'est comme cela » - , car cette figure de style est très présente dans le débat politique, surtout lorsqu'il se crispe. Il s'agit d'une figure de rhétorique qui, en répétant deux fois la même chose

et en affirmant l'identité d'une chose à elle-même, a pour effet de clore définitivement le débat. C'est le syndrome TINA – *there is no alternative* –, « circulez, il n'y a rien à voir » ; ses manifestations sont nombreuses : *dura lex*, mais aussi « les affaires sont les affaires », « à la guerre comme à la guerre » ...

-La troisième position est exprimée par la **colombe** qui prêche la concorde, la paix, l'amour. Pas besoin de lois, dit-elle mais d'amour. La colombe vise ce que les philosophes appellent l'*agapè* : l'univers quasi paradisiaque du don, de l'abandon, du pardon. Cet idéal est admirable évidemment et on peut souhaiter qu'il inspire plus souvent les comportements individuels et les choix collectifs. Il reste que ce n'est pas une position juridique ; il s'agit d'un idéal supra-juridique, tout comme la loi de la jungle du lion est une régression infra-juridique. C'est pourquoi je défends l'idée que le droit occupe une place intermédiaire entre amour et violence. Le droit entretient des rapports étroits avec ces deux mondes, mais il ne s'y réduit pas. Il s'arrache à la violence de tous contre tous, mais il s'impose lui-même à la faveur des contraintes de la violence d'Etat. Il s'inspire dans les meilleurs des cas de la fraternité ( je pense à certains mécanismes de solidarité de la sécurité sociale ou de redistribution fiscale) ou du pardon (dans certains mécanismes de droit pénal comme l'amnistie), mais il restera toujours bien en-deçà des exigences de l'amour – ainsi il ne se départit jamais, par exemple, de la recherche de l'équilibre contractuel ou de la réciprocité des torts et des compensations, alors que l'*agapè* donne sans compter et pardonne sans calculer.

Le droit opère donc entre amour et violence. Moins performant que la force, il tente de lui imposer des limites ; moins sublime que l'amour, il cherche pourtant à en importer une part de l'idéal de fraternité qu'il contient.

-C'est à ce moment de l'histoire de l'Arche qu'intervient la **pétition des loups**, d'une part, des **requins**, de l'autre ; inspirés par des motifs très différents, ceux-ci font valoir leur droit à la sécession : « décidez ce que vous voulez, cela ne nous concerne pas, nous entendons vivre en marge de vos lois ».

- En ce qui concerne les loups, on est en présence d'un groupe organisé et solidaire régi par des lois solides – les « lois du clan » - mais il s'agit de règles visant ce groupe exclusivement. Dans le monde réel, c'est le cas de nombreuses régulations sectorielles qui ont toujours existé : droit des églises, des corporations, des universités, des medias, des fédérations sportives, *lex mercatoria*, *lex numérica*. Ces législations « privées » sont utiles et légitimes ; elles ne dispensent pas cependant d'une régulation générale, dès lors qu'une nation n'est pas seulement un agrégat de « féodalités » juxtaposées, un archipel d'îlots normatifs étrangers les uns aux autres, mais plutôt une collectivité appelée à « faire corps ». La question que pose la pétition des loups est celle de la gestion du **pluralisme juridique** : légitime, bien évidemment, mais appelant une régulation juridique transversale et des principes susceptibles de produire quelque chose comme le « bien commun » ou l'« intérêt général ». C'est la question essentielle que traitent les sociologues Boltanski et Thévenot qui distinguent les différentes

« cités » qui forment notre environnement (cité marchande, cité domestique, etc.), chacune dotée de ses propres principes de jugement, mais ne disposant pas, au risque de déchirure du tissu social, de « compromis » et d'« arbitrage » entre elles. C'est aussi la question que vise Habermas lorsqu'il assigne au droit la mission de « traduction générale » des différents langages spécifiques aux sous-systèmes sociaux (le marché, le système administratif, le monde vécu, ...). Quant à moi, dans mon ouvrage *A quoi sert le droit ?* j'explique que la première fonction du droit est de réaliser l'arbitrage général entre les valeurs et intérêts en conflit dans la société.

-La pétition introduite par les **requins** est à la fois plus brutale et plus simple : « puisque nous sommes des poissons, les plus puissants au demeurant, cette question du déluge ne nous concerne pas ; nous n'avons rien à faire de votre arche et prétendons vivre dès aujourd'hui à l'abri de ces contraintes ». en caricaturant un peu et en revenant au monde réel, je dirais qu'il s'agit-là de la position des hyper-privilegiés du jeu social : les personnes qui élisent domicile dans un paradis fiscal, les bateaux qui naviguent sous « pavillon de complaisance » (on en parlera dans un prochain cours), ou encore les entreprises transnationales qui pratiquent le **law shopping**. Cette pratique consiste à s'aménager un environnement juridique à la carte, en choisissant pour chaque aspect de leur activité (économique, fiscal, social, environnemental) la législation qui leur est la plus favorable. Ce qui, je le note au passage, a cet effet désastreux de transformer les législations nationales en produits que l'on choisit dans un « marché du droit », et conduit, comme on le devine, les Etats producteurs de ces droits à une concurrence à la baisse (baisse de leurs exigences) afin d'attirer les investisseurs les plus intéressants.

Quand on y réfléchit, cette pratique du *law shopping* est la négation même du droit. En effet, en se réservant systématiquement le droit de se soustraire à l'empire de la régulation commune, en se soumettant au droit seulement si on le veut bien, et pour le temps qu'on veut, on nie à la fois le caractère obligatoire de la règle de droit et l'appartenance au groupe dont la règle émane ; c'est la position du **free rider**, du passager clandestin qui entend profiter des avantages de la vie sociale sans acquitter personnellement le prix du trajet. Le passage à la limite du comportement du *free rider* débouche sur les **pratiques corruptives**.

Heureusement, Noé ne se laisse pas séduire et je note avec plaisir que les deux pétitions sont rejetées : « nous sommes embarqués dans le même navire », dira le dauphin. **Le débat reprend et les protagonistes abordent maintenant la question du contenu de législations plus spécifiques.**

-Le **lion** fait une concession : « si vous tenez absolument à légiférer, alors il faut consacrer le droit le plus fondamental : la propriété individuelle ». Cette position, de nouveau en caricaturant un peu (mais la fable permet ce genre de licence), fut celle du Code civil français de 1804, le Code napoléon (et toute la législation européenne qu'il inspira) à la faveur du triomphe de la bourgeoisie au terme de la Révolution française. Au cœur de ce Code civil on trouve en effet l'article 544, son

véritable centre d'inspiration, qui définit la **propriété** en des termes absolutistes : « le droit d'user et de jouir de son bien de la manière la plus absolue ». Ainsi présentée, la propriété individuelle est bien l'âme de la législation », comme le dira Portalis, le principal artisan du Code ; elle est le socle juridique, la matrice idéologique de tout le droit bourgeois du XIXe siècle. En appui de sa position le lion en profite pour faire sienne la thèse que G. Hardin défendra au XXe siècle dans la fable dite de la « **tragédie des communaux** » : l'idée qu'une ressource ou un bien gérée et utilisée en commun est promise à une dégradation et bientôt une destruction certaine ; seule la propriété individuelle serait de nature à protéger et développer efficacement les ressources, y compris naturelles.

-Une fois encore, le **dauphin** fait valoir des objections bienvenues. Aujourd'hui, dira-t-il, c'est plutôt la **tragédie des « anti-communs »** qui menace : il veut dire le drame que représentent les ressources livrées à la cupidité individuelle et ainsi soustraites à l'usage commun ; depuis les appartements laissés à l'abandon alors que sévit la crise du logement, ou les médicaments et ressources sous-exploités parce que protégés par une propriété intellectuelle sourde aux exigences élémentaires de santé publique.

-C'est le moment que choisit l'**abeille** pour hausser le ton au nom des siens. Elle exige des mesures immédiates et contraignantes, il y a péril en la demeure ; On reconnaît ici le **discours « sécuritaire »** qui fait bon marché des libertés publiques ainsi que des garanties de l'Etat de droit. Une position qui exige que soit imposé, toutes affaires cessantes et sans autre forme de procès, un état de nécessité, un état d'urgence, un état d'exception. Une suspension (bientôt une suppression ?) de l'état de droit qui permettrait d'imposer des mesures autoritaires, au bénéfice de cette nécessité dont on dit « qu'elle fait loi ». C'est la tentation sécuritaire, la dérive de la « servitude volontaire » dont parlait La Boétie, la tentation hobbesienne de s'en remettre au jugement du *Léviathan* ;

A cette position, le **dauphin**, à nouveau, oppose trois objections qui font réfléchir :

- Qui et comment définit-on ces mesures ? Comment éviter, si ce n'est par un large débat démocratique, qu'elles ne favorisent qu'une coterie ?
- Quant au recours systématique à la peur du gendarme et à l'arme pénale, il s'agit là d'une stratégie qui ne s'avère efficace que dans un premier temps, mais l'expérience historique atteste que de tels régimes basés sur la peur finissent toujours par s'écrouler, et que, à tout prendre, la véritable garantie de l'effectivité des lois à long terme reposait plutôt sur une adhésion en conscience à son prescrit, une adhésion délibérée et non une sujétion forcée.
- Enfin, en ce qui concerne l'exigence d'une réglementation ultra-précise et exhaustive qui règle les comportements dans les moindres détails, l'expérience à nouveau enseigne les illusions d'un tel perfectionnisme législatif. Plus on multiplie les règles et plus on les complexifie, plus on crée des antinomies et des incertitudes potentielles, et même

paradoxalement, plus on crée de nouvelles lacunes. Mieux vaut, dans bien des cas, adopter un principe général appliqué avec bon sens qu'une législation prétendument exhaustive.

-Mais l'**abeille** n'entend pas se laisser convaincre et hausse le ton. Elle fait valoir maintenant que les insectes représentent de loin la **majorité des votants** sur le bateau. L'argument est fort, et sa discussion délicate. Il est certain qu'en démocratie le pouvoir revient à la majorité. Mais a-t-elle pour autant tous les droits ? non pas. Toute l'histoire de nos régimes démocratiques des deux derniers siècles a consisté à encadrer l'expression de la volonté démocratique en vue de réduire les risques de dérive de cette majorité et de la rendre la plus conforme possible aux exigences de l'Etat de droit. Je cite quelques acquis à cet égard :

- Primauté reconnue aux Constitutions (et à leur catalogue de libertés fondamentales) par rapport à la loi et stabilité plus grande de cette « loi fondamentale » par rapport aux procédures de modification des lois ordinaires.
- Création de juridictions constitutionnelles investies du pouvoir d'annuler des législations votées par le Parlement, en cas de contradiction avec la constitution
- Mise en place de juridictions supranationales, comme la cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg – des juridictions susceptibles de condamner un Etat membre ( sur recours de simple particuliers) au cas où de leur législation, jurisprudence ou pratique administrative serait en opposition avec la Convention.
- Organisation d'élections périodiques à l'occasion desquelles les majorités en place remettent leur pouvoir en jeu devant les électeurs, et ce dans une société où la presse et les associations sont appelées à jouer un rôle de vigilance critique.
- Mise en place de la limitation réciproque des pouvoirs et aussi contre-pouvoirs représentés , dans beaucoup d'Etats, par l'organisation fédérale ou provinciale du pouvoir.

Ainsi donc, s'il est acquis qu'en démocratie c'est la majorité qui décide, toutes sortes de freins, de **recours et de contrepoids** sont mis en place afin d'éviter qu'elle n'abuse de son pouvoir. On peut dire que, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, instruits du fait qu'une majorité démocratique pouvait elle-même se saborder et voter des lois liberticides, on est passé progressivement d'une démocratie formelle (où seule compte la régularité du processus d'accès au pouvoir) à une **démocratie matérielle** (dans laquelle le contenu même des lois adoptées par les majorités devait être conforme aux valeurs de dignité et de liberté humaines).

-Finalement, avant le passage au vote, le **dauphin tente la synthèse**. Les uns se réclamaient d'un ordre naturel basé sur la force, les autres aspiraient à un ordre naturel inspiré de l'amour. Mais la force est infra-juridique et répressive, l'amour

supra-juridique et exagérément idéaliste dans ce contexte. Le droit devra donc être « positif », discuté, décidé et appliqué par des hommes et des femmes, même s'il lui faut mobiliser la force et qu'on peut espérer qu'il intègre une dose de l'idéal de fraternité inspiré par l'amour.

Ce droit positif, s'il est contraignant et accompagné de sanctions, ne gagne cependant pas à se réduire à la simple « discipline », ni à la répression policière. Par ailleurs, il doit se garder des illusions du perfectionnisme législatif : l'administration veillera au détail au fur et à mesure que le besoin s'en fera sentir, et la Justice tranchera les cas particuliers sur la base des particularités du dossier.

Certains, comme le lion, se réclamaient de la liberté ; d'autres, comme les insectes n'en avaient que pour l'égalité. Mais faut-il vraiment les opposer ? Qu'est-ce que la liberté sans l'égalité, sinon hégémonie et domination ? Qu'est-ce que l'égalité sans liberté, sinon contrainte et violence ?

Sur ces bases solides, les représentants des animaux procèdent au **vote**. Je me contente de remarquer à cet égard que, même à un propos de l'adoption d'un code aussi rudimentaire que celui de l'arche, on retrouve les deux types de normes dont j'ai parlé dans le premier module : les normes primaires et les normes secondaires. L'interdiction de s'entre-manger et l'obligation de ne consommer que les réserves de nourriture stockées dans les cales de l'arche, est une norme primaire, une norme de comportement s'adressant aux gouvernés.

En revanche, la mise en place d'une Administration et d'un Tribunal de l'arche, est une norme secondaire destinée à assurer l'application et la transformation du système normatif rudimentaire mis en place.

**La suite du conte porte précisément sur la mise en œuvre du droit de l'arche** au cours des semaines qui suivent son adoption. Ce sera l'occasion, pour le Tribunal de l'arche, d'intervenir en vue de régler les contentieux qui inévitablement ne manqueront pas de se produire. Ceci me permet de souligner une particularité remarquable des systèmes normatifs à caractère juridique : ce sont des **ordres normatifs à deux temps**, fonctionnant à deux niveaux distincts. Le temps 1 est celui de l'adoption de la loi au plan général, législatif ; le temps 2 est celui de son application contentieuse, particulière donc, à l'intervention des plaideurs, de leurs avocats et du juge ; cet art à deux temps (comme le sont d'ailleurs la musique et le théâtre qui s'écrivent d'abord, se jouent ensuite) est, pour le droit, **à la fois un défi et une ressource, une chance** exceptionnelle.

-Un défi, une difficulté, parce que la réalité est toujours imprévisible et changeante, et qu'elle aura tôt fait de poser au texte écrit de la loi des questions insoupçonnées et souvent difficiles. Les juristes expérimentés savent bien qu'aussi bien conçu soit-il, un texte ne peut prévoir toutes les hypothèses et qu'il n'échappe en aucune façon à l'interprétation. Aucune règle, disait le philosophe Wittgenstein, ne contient le mode d'emploi relatif à sa propre application. Lire un texte, c'est nécessairement l'interpréter et donc l'orienter.



Ce qui pose en toute clarté le rôle du juge par rapport à la loi ; sa fidélité constitutionnelle à l'égard du juge n'est pas en discussion ; son devoir est de trancher les litiges en appliquant la loi, et, à défaut, le droit. Mais précisément, toute la question est de savoir comment s'acquitter de cette tâche. Montesquieu aurait bien voulu que le juge fut « la bouche de la loi », son relais mécanique ; les révolutionnaires français, tout imbus de l'infaillibilité de la loi, auraient bien voulu supprimer le mot « jurisprudence » du vocabulaire de la langue française ; les décisions des Cours et tribunaux n'auraient du être, à leurs yeux, que l'application automatique, syllogistique, de la volonté du législateur au cas particulier. Certains codificateurs naïfs avaient interdit qu'on interprêtât la législation. Mais ces prétentions sont vaines, et la présentation de l'office du juge bien réductrice. Depuis deux siècles, on a pris une mesure bien plus exacte, et plus stimulante de l'office du juge.

On sait bien que, dès lors que les juges sont appelés à **trancher des cas** toujours spécifiques, plutôt que de se borner à faire application de règles à des situations stéréotypées, c'est d'une **rationalité prudentielle** plus que syllogistique qu'il doit faire preuve. La « prudence » (*prudentia* des romains, qui a donné *jurisprudence*) est l'art de raisonner *en situation* ; c'est la raison pratique des Grecs, la *phronèsis* d'Aristote, l'art d'*ajuster* la règle au contexte. Le terme *ajuster* est bienvenu ici ; il traduit l'effort de construire, d'usiner la règle pour l'adapter au mieux aux particularités de la situation.

**-Dans les cas les plus simples**, le juge se contentera *d'interpréter* la loi, en cherchant à donner effet utile – le plus utile, le plus pertinent – à ses dispositions. Il dispose, pour ce faire, de l'arsenal séculaire des méthodes d'interprétation. L'idée est, dans le respect de la volonté du législateur, ou, plus exactement de cohérence globale du système juridique, de faire prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre. Un exemple remarquable de cette pratique est fourni par la riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, au départ des quelques dizaines d'articles de la convention, est parvenue à élaborer un impressionnant édifice de garanties juridiques, sans pour autant verser dans l'activisme judiciaire ou une politisation de sa jurisprudence, ce qui ne manquerait pas de susciter les réticences, voire l'obstruction des Etats membres du Conseil de l'Europe, visés par ces décisions.

**-Dans les cas plus complexes** – les *hard cases* disent les anglo-saxons, les dossiers dans lesquels la loi est incertaine, obscure, dépassée, contradictoire ou lacunaire, les juges sont amenés à faire œuvre plus créatrice encore, apparaissant comme co-auteurs de la solution. Non qu'ils travaillent sans filet : si la loi est problématique, reste la ressource du système juridique lui-même, dont il leur appartient de dégager l'esprit (l'*intergrity*, comme dit le philosophe du droit américain Dworkin : la cohérence idéologique qui se dégage de son histoire considérée dans son ensemble). Ainsi, même lorsqu'il œuvre sans l'appui d'une réglementation précise, le juge s'efforce encore de faire justice aux particularités du dossier, mais en s'efforçant de se référer à un critère général, ou généralisable

de la justice. C'est ce Kant appelait le jugement réfléchissant qu'il opposait au jugement déterminant (cours précédent)

Cette analyse du raisonnement attendu du juge permet de comprendre la place, limitée mais non nulle, que tient **l'équité** – la fameuse équité – dans la jurisprudence. Le juge, dont Paul Ricoeur écrivait qu'il œuvre « entre le bon et le légal », aimerait certainement concilier son devoir constitutionnel de fidélité à la loi et une aptitude à rendre une décision équitable au regard des particularités de l'espèce. Mais il ne se permettra d'introduire une solution audacieuse et novatrice que s'il est en mesure de la rattacher à un nouveau principe généralisable, susceptible d'application dans des cas ultérieurs.

Les décisions rendues par le Tribunal de l'Arche, indulgence et circonstances atténuantes pour le couple de bonobos, et rigueur accrue à l'encontre de la femme de Noé, s'inscrivent dans cette perspective.