

E. Picavet. Février 2006.

Répertoire analytique de l'éthique sociale : Description et analyse des droits.

I – Droits et obligations : types de relations

1. Compatibilité ou incompatibilité

Thèse « compatibiliste » :

(1) il est naturel de considérer simultanément que l'on a le droit et le devoir de faire une chose.

P. ex. on peut très bien parler de "droit de vote" dans un Etat où le vote est obligatoire; on peut dire des policiers qu'ils ont à la fois le droit et le devoir d'arrêter les criminels;

Défense « incompatibiliste »: dans ces exemples, en fait, on ne précise pas "envers qui" on a un devoir, ni "face à qui" on peut faire valoir un droit.

D'où le raffinement que l'on propose pour la thèse « incompatibiliste »:

(2) On ne peut pas avoir un "droit de faire une chose" opposable à une certaine personne et en même temps un devoir, envers cette même personne, de faire cette chose".

2. L'ontologie des relations juridiques dans l'école hohfeldienne : les clarifications de Corbin (1919)

Le monde est constitué de **faits**. L'existence physique et les relations physiques sont des faits. Nos processus mentaux sont des faits. L'existence d'une relation juridique (*legal relation*) est un fait. Les changements et les variations sont des faits. Les faits incluent les actes et les événements. Un **acte** est l'un de ces faits qui se manifestent aux sens; il consiste en mouvements physiques volontaires (des contractions musculaires qui sont voulues) de la part d'êtres humains. Une abstention (*forbearance*) est une absence, consciemment voulue, de mouvement physique. Un **événement** est tout changement dans la totalité existante des faits, en y incluant les actes des êtres humains. Un **fait opératoire** (*operative fact*) est tout fait dont l'existence ou la survenance (*occurrence*) engendre de nouvelles relations juridiques entre les personnes.

Une **relation juridique** est une relation existant entre des personnes du fait qu'elles sont conjointement affectées par certaines conséquences de certains faits opératoires, ces conséquences étant consignées dans une règle de droit (*a rule of law*).

3. Thèse de corrélation entre droits et devoirs

Kant, *Rechtslehre*, "Division de la métaphysique des mœurs en général" (p. 113 dans l'édition Vrin, trad. Alexis Philonenko):

"Pourquoi la doctrine des mœurs <Sittenlehre> (Morale) est-elle qualifiée ordinairement (nommément par Cicéron) de doctrine des devoirs et non pas aussi de doctrine des droits, alors que les uns et les autres sont corrélatifs? - La raison en est que nous ne connaissons notre liberté propre (de laquelle procèdent toutes les lois morales, par conséquent aussi tous les droits aussi bien que les devoirs) que par l'impératif moral, qui est une proposition commandant le devoir, et à partir duquel ensuite on peut développer la faculté d'obliger les autres, c'est-à-dire le concept du droit".

Dans le sillage de Kant, on retient souvent un thèse de corrélation fondamentale entre droits et obligations (dans plusieurs versions et malgré les incertitudes sur la formulation et la forme exacte des rapports logiques).

Ex. Richard Brandt: " "X a un droit absolu de jouir de Y, avoir Y ou avoir l'assurance de Y" signifie la même chose que: "c'est une obligation objective et devant l'emporter lorsque tout a été pesé [*objective overall obligation*], pour quelqu'un, d'assurer que X ait l'assurance de Y, possède Y ou jouisse de Y si X le souhaite" "

(R.B. Brandt, *Ethical Theory*, Englewood Cliffs, NJ, 1959, p. 438).

L'accord qui se réalise aisément autour de cette thèse (ou de variantes) n'annule pas les controverses sur la primauté éventuelle de l'une ou l'autre notion.

Ex. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986): le droit est le fondement de l'obligation corrélée (p. 171); cela provient du fait que pour un droit donné, il n'y a pas une liste fermée correspondante d'obligations (un changement dans les circonstances peut conduire à la création de nouveaux devoirs fondés sur le même droit); on le voit dans l'exemple suivant, illustrant ce que J. Raz appelle la dimension "dynamique" des droits (p. 171):

“Le droit à la participation politique n’est pas nouveau, mais c’est seulement dans les Etats modernes, avec leurs bureaucraties d’une énorme complexité, que ce droit justifie - comme je le pense, - un devoir pour le gouvernement de rendre publics ses projets et ses propositions avant qu’une décision les concernant ne soit atteinte”.

4. Théorie hohfeldienne des droits

- équivalences hohfeldiennes:

- X a le devoir D relativement à Y ssi x n’a pas le privilège P relativement à Y;
- Y a le droit R relativement à X ssi Y n’a pas le non-droit N relativement à X.
- X a le devoir D relativement à Y ssi Y a le droit R relativement à X;
- Y a le non-droit N relativement à X ssi X a le privilège P relativement à Y.

On peut lire en ligne les *corrélats* et en colonne les *opposés* dans le tableau suivant:

Devoir (<i>duty</i>)	Droit (<i>right</i>)
Privilège (<i>privilege</i>)	Non-Droit (<i>no-right</i>)

ex.:

- X a le devoir D de verser un dollar à Y si (et seulement si) X n’a pas le privilège P de ne pas verser un dollar à Y.
- Y a le droit R face à X à un paiement de 1 \$ de la part de X ssi X a le devoir D de verser 1 \$ à Y.
- Si X a le devoir face à Y de lui verser 1\$, alors X a le privilège P’ de payer 1 \$ à Y, mais n’a certainement pas le privilège de ne pas payer à Y un dollar.
- On pourrait également introduire le concept de *prohibition* comme "devoir de ne pas..." (*duty-not*). On peut alors remplir une matrice dont les termes diagonaux sont des opposés ou *contradictories* (i.e. ils servent à formuler des énoncés contradictoires sur l’état des relations juridiques), et dans laquelle le haut de chaque colonne implique le bas de chaque colonne:

devoir	prohibition
privilège	exemption

Et on peut écrire une matrice du même type pour les concepts dits “opposés” à ceux de la matrice précédente:

droit (<i>right</i>)	droit de ne pas (<i>right-not</i>)
Pas de droit à ce que...ne pas (<i>no right not...</i>)	pas de droit (<i>no right</i>)

- Si, par un acte volontaire, A peut modifier les relations juridiques de B avec lui-même (A) ou une autre personne (X), alors on dit que A a un *pouvoir légal* (de le faire) et que B est *exposé* (a une *liability*) vis-à-vis de A.

- Si l'on peut établir que par son action volontaire la personne A ne peut pas modifier les relations juridiques de B, alors A a une **incapacité** (*disability*) et B a une **immunité** (*immunity*).

- On peut alors compléter le tableau hohfeldien des opposés et des corrélats. Dans les deux premières lignes, on lit en colonne les opposés (*opposites*). Dans les deux dernières lignes, on lit en colonne les corrélats (*correlatives*):

right	privilege	power	immunity
no-right	duty	disability	liability
right	privilege	power	immunity
duty	no-right	liability	disability

- définition de “**droit**” (Corbin, p.167):

“Une relation juridique (*legal*) entre deux personnes. Le corrélat d'*obligation* et l'opposé de *non-droit*. Une prétention concrétisable (*enforceable claim*) à l'accomplissement d'une chose (sous forme d'action ou d'abstention d'action) par un autre. C'est la relation juridique qui existe entre A et B lorsque la société exige (*society commands*) l'action ou l'abstention d'action par B et pénalisera d'une façon ou d'une autre la désobéissance à la demande de A”.

II – Droits et pouvoirs

On mentionne ici les difficultés relatives à la conception hohfeldienne des pouvoirs, selon l'analyse d'Anderson.

Dans Hohfeld, p. 51-52, on recueille les thèses suivantes:

- un changement dans une relation juridique donnée peut résulter (1) d'un fait ou groupe de faits supplémentaire hors du contrôle des êtres humains (ou d'un être humain donné), ou (2) d'un fait ou groupe de faits supplémentaire qui se trouve sous le contrôle d'un ou plusieurs êtres humains;

- dans le cas (2), on peut dire de la personne (ou du groupe de personnes) dont la volonté est déterminante dans le contrôle qu'elle (ou il) a le pouvoir d'effectuer le changement juridique particulier qui est considéré.

On note Dp la situation: Op ou Pp . En somme, D attribue un certain statut déontique (on ne sait pas lequel *a priori*) à la proposition p .

Ainsi, on peut noter de la manière suivante l'énoncé d'après lequel x modifie le statut juridique de la proposition p (créant une obligation, ou une permission...) relativement à y :

$M(x, Dp, y)$

ce qui se lira: x modifie l'une de ses relations juridiques (ou plus généralement, normatives) avec y . Cela signifie que x **exerce un pouvoir** au sens d'Hohfeld. Quant à la possession de ce pouvoir, on peut la noter (en utilisant le symbole \diamond pour "il est possible"):

$\diamond M(x, DP, y)$

En voici un exemple hohfeldien: un agent y propose à l'agent x de lui construire une bâtisse; en acceptant l'offre et en la concrétisant par un contrat, l'agent x a le pouvoir de rendre obligatoire pour y le fait de lui construire cette bâtisse; en symboles:

$\diamond M(x, OM(y, p, x), y)$

- Le contre-exemple d'Anderson est concluant pour lui parce qu'il considère la configuration suivante:

(a) je n'ai pas d'obligation de veiller à ce que votre pelouse reste non-tondue; et

(b) je n'ai pas le droit de tondre votre pelouse.

Or, (b) est une indication pertinente concernant les droits et devoirs de l'agent. C'est un élément qui vient se surajouter à (a) pour permettre de décrire la situation telle qu'elle est; si par contre la situation telle qu'elle est est adéquatement décrite par (a) *seule* (i.e. *si l'on admet qu'aucune autre restriction ne pèse sur la conduite de l'agent*), l'équivalence hohfeldienne semble acceptable.

Mais on acquiert une autre vue de la situation si l'on fait siennes les deux exigences que l'on va maintenant décrire:

- **Première exigence:** pour un agent, une obligation est toujours une obligation de ne pas sélectionner certaines actions pourtant possibles.

Cette exigence permet notamment d'utiliser le cadre conceptuel de la théorie des jeux, dans lequel on part toujours des actions possibles pour les agents, assimilées à des manières de mettre en relation les événements qui peuvent survenir (notamment les événements causés par les actes des autres personnes) et des caractéristiques de l'état de la société à l'issue de l'interaction. Une fois ces actions possibles énumérées, il est possible de n'en considérer qu'un sous-ensemble, par exemple, le sous-ensemble des actions autorisées par le système normatif considéré.

- **Seconde exigence:** pour dire qu'il y a implication ou équivalence entre deux descriptions d'états de faits concernant les relations juridiques entre des agents x et y, on a besoin d'inclure dans ces descriptions tout ce qui oblige ces agents dans leurs rapports mutuels.

III – Droits et normes

1. De l'analyse hohfeldienne à l'analyse des normes en termes de rôles

A propos d'un "acte" tel qu'un mouvement aux échecs, Anderson propose de distinguer 3 aspects constitutifs:

- l'acteur qui a "agi", c'est-à-dire engendré un nouvel état de fait;
- l'autre joueur, qui est affecté par ce changement;
- la situation (ou état de fait) produit par l'action du premier joueur.

d'où une représentation d'un "mouvement" dans le jeu sous forme de **relation ternaire:**
M(x,p,y)

(x a agi d'une manière qui crée l'état de fait p, et y en est affecté; ou: "x a fait p à y").

- K.L. Llewellyn, (*The Bramble Bush*, p.86):

"... in each case one plaintiff, one defendant, one issue; one privilege or one right is all that needs examination : the one relation between these two people".

- Dans la description d'Hohfeld 1919 il est apparent que les droits sont détenus face à d'autres, mais aussi en vue de la réalisation de tel ou tel état de fait: cf p.38:

"...If X has a right against Y that he shall stay off the former's land, [then] Y is under a duty toward X *that he stay off the place.* "

- Dire que x a un droit (*demand-right, claim, right*) face à y relativement à p, c'est dire qu'aux termes du droit existant, x peut s'attendre à ce que y produise l'état de fait p. Ce type de relation est destiné à représenter des situations dans lesquelles on dit que "x a droit à p de la part de y" (au sens où: le droit demander à y de faire p vis-à-vis de x). Ce qu'on peut noter, en considérant des actions (*moves, M*) qui sont des modifications (ou maintien) du *statu quo* du fait de l'action de l'agent y, qui intéresse le "patient" x:

OM (y, p, x)

soit: "il doit être le cas que y fasse p pour (ou "à") x".

Dire que y a un devoir de faire p envers x peut alors se noter:

OM (y, p, x)

Et Hohfeld notait l'équivalence (ou le caractère "corrélatif") des deux propositions.

- "No-demand-right" (absence de droit): \sim OM (y, p,x)

(y est exempt de créance de la part de x quant à la production de l'état de fait p)

- "Privilège" de y face à x relativement à p: PM (y, p,x)

(y est libre de faire p face à x)

- La construction hohfeldienne, qui pose comme "corrélats" (équivalents) le privilège de x de faire p face à y et l'absence de créance "non p" de y face à x. Soit formellement:

PM (x,p,y) \leftrightarrow \sim OM (x, \sim p, y)

("il est permis à x de faire p à y" équivaut à "il n'y a pas d'obligation pour x de faire non-p à y"). C'est bien en effet de cela qu'il s'agit dans la seconde partie de cette affirmation de Hohfeld (p.39): "Thus the correlative of x's right [i.e. demand-right] that y shall not enter on the land is y's duty not to enter; but the correlative of x's privilege of entering himself is manifestly y's "no-right" that x shall not enter". Or, cela peut apparaître problématique.

Dans le sens \rightarrow , les choses sont claires. Si l'on admet que x a le privilège de p face à y, *alors* il est bien naturel d'admettre (à moins de concevoir les actions M d'une manière étrange) que y n'a pas de créance non-p face à x. Mais en sens inverse, c'est moins évident.

Le conséquent \sim OM (x, \sim p, y) équivaut à: P \sim M (x, \sim p, y)

(soit: il est permis à x de faire non-p à y)

Or, cela peut être vrai alors que PM (x,p,y) est vrai (ce qui infirme l'équivalence hohfeldienne). Considérons en effet l'exemple suivant:

(a) $P \sim M(\text{Jones, Smith's lawn is not mowed, Smith})$

[i.e.: il est permis à Jones de ne pas veiller à ce que la pelouse de Smith soit tondue]

Mais il ne s'ensuit pas qu'il soit permis à Jones (ce qu'on notera (b)) de faire en sorte que la pelouse de Smith soit tondue:

(b) $PM(\text{Jones, Smith's lawn is mowed, Smith})$

En effet, en règle générale, il n'est pas permis à Jones de se mêler de la pelouse de Smith, que ce soit pour faire en sorte qu'elle soit tondue ou pour faire en sorte qu'elle reste non tondue.

- La notion hohfeldienne d'"opposition" entre les relations juridiques: Hohfeld lui-même reconnaissait qu'il ne s'agissait pas simplement de négation (Hohfeld, p.39):

"[whereas x has a *right* or *claim* that y , the other man, should stay off the land, he himself has the privilege of entering on the land; or, in equivalent words, x does not have a duty to stay off. The privilege of entering is the negation of a duty to stay off. [...] always, when it is said that a given privilege is the mere negation of a *duty*, what is meant, of course, is a duty having a content or tenor precisely *opposite* to that of the privilege in question".

Formellement, il est naturel de traduire l'assertion:

"The privilege of entering is the negation of a duty to stay off" par:

$PM(x,p,y) \leftrightarrow P \sim M(x, \sim p, y)$

{ "il est permis à x de faire p affectant y ", par exemple entrer sur le terrain, équivaut à :

"il est permis à x de ne pas faire non- p affectant y ", par exemple, de ne pas s'abstenir d'entrer sur le terrain}. Or, c'est précisément l'équivalence qui avait été examinée de manière critique, et rejetée. Anderson estimait, quant à lui, que Hohfeld pouvait avoir été abusé par la similitude superficielle entre:

(1) $\sim M(x, p, y)$ et

(2) $M(x, \sim p, y)$

(ce qui impliquerait l'équivalence entre $\sim M(x, \sim p, y)$ et $M(x, p, y)$, donc entre "il est permis à x de ne pas se comporter de la manière non- p " et "il est permis à x de p ").

En réalité, (2) implique (1) mais non l'inverse.

De même, Anderson contestait l'"opposition" supposée entre le droit-créance et l'immunité (absence de droit-créance). Les termes employés par Hohfeld laissent supposer que si l'on

interprète OM (y, p, x) comme voulant dire que x a une croyance sur y relativement à l'état de fait p, alors la situation correspondante ("opposée") d'absence de droit-créance (ou immunité de y face à x) s'écrirait: \sim OM (y,p,x).

L'assertion hohféldienne selon laquelle

"il y a un droit de x face à y que y n'entre pas sur le terrain de x" est la négation ("l'opposé") de: "x est exposé au fait que y entre sur son terrain" (i.e. "n'a pas de droit là-contre" - *no right*)

se traduirait formellement par:

$$OM(x,p,y) \leftrightarrow \sim PM(x, \sim p,y)$$

Mais cette équivalence n'est pas acquise dans le cas général; on peut seulement établir:

$$OM(x,p,y) \delta \sim PM(x, \sim p,y)$$

IV- Droits et intérêts

Les thèses fondées sur le respect des droits entrent fréquemment en conflit avec des considérations de type conséquentialiste, tirées du bien-être, du bonheur ou des intérêts en présence.

Ex. Henry Sidgwick (*Methods of Ethics*, IV, chap. 5, 7^{ème} éd. p. 478) et l'analyse critique de la notion de sphère privée ou domaine réservé, mise en avant par John Stuart Mill. L'analyse est en deux temps : il n'est pas facile de séparer les domaines à réserver aux différents individus (en particulier, à cause de l'intérêt que nous prenons les uns aux autres) ; quand bien même ce serait possible, il ne serait pas justifiable, du point de vue utilitariste, de consacrer d'une manière absolue une sphère de décision réservée à chaque individu.

Certains auteurs proposent cependant d'associer systématiquement droits et intérêts.

Exemple: la tentative de Joseph Raz (*The Morality of Freedom*) pour dériver les droits des intérêts des personnes.

p. 181: 'Un intérêt est suffisant pour fonder un droit si, et seulement si, il existe un argument valable [*sound*] dont la conclusion est qu'un certain droit existe, et qui comporte dans ses prémisses non-redondantes un énoncé affirmant l'existence d'un certain intérêt du détenteur du droit, les autres prémisses donnant des fondements pour attribuer à cet intérêt l'importance requise, ou pour le considérer comme pertinent pour une personne particulière ou une classe

particulière de personnes, en sorte que cette personne ou ces personnes soient à considérer (plutôt que d'autres) comme obligées envers le détenteur du droit".

Par ailleurs, une personne a un intérêt à être respectée en tant que personne et les raisons des droits rattachées à la notion de respect sont elles-mêmes fondées sur les intérêts des personnes (p. 188). Selon J. Raz, tous les droits sont fondés sur des intérêts et certains droits peuvent être fondés sur l'intérêt de la jouissance de ces droits eux-mêmes ("ce n'est pas plus circulaire que si l'on dit que Jack aime Jill parce qu'elle a besoin de son amour"); de plus, comme l'intérêt que l'on prend au fait d'avoir un droit peut être servi par le fait d'avoir effectivement ce droit, c'est là un fondement suffisant de l'attribution du droit en question.

V – Droits et jeux : approche de Peter Gärdenfors (« Rights, Games and Social Choice », *Noûs*, 15, année 1981, p. 341-56).

Chez Amartya Sen (*J. Polit. Econ.*, 1970): le principe de Pareto et le libéralisme minimal sont formulés comme des contraintes sur les relations de préférence sociale. Mais cette conception peut être mise en question.

Ainsi, selon Robert Nozick (*Anarchy, State, and Utopia*, 1974): les droits individuels, lorsqu'ils sont exercés, agissent à la manière de contraintes sur l'alternative ouverte à la décision sociale

"[...] excluding certain alternatives, fixing others, and so on".

Ensuite seulement on peut étudier des procédures de décision sociale, s'il reste des choix à faire.

Les droits sont supposés *compossibles*:

"[...] each person may exercise his rights as he chooses. The exercise of these rights fixes some features of the world".

Et si l'on donne ainsi aux droits individuels une priorité par rapport aux questions de bien-être social, il n'y a pas de conflit entre ces deux aspects.

Gärdenfors prenait note de la similitude entre le point de vue de Nozick et le refus kantien de tout compromis, de toute demi-mesure entre le droit (et les droits des hommes, réputés sacrés) et l'utilité. Mais par ailleurs, G. se faisait fort de montrer que selon une interprétation raisonnable du principe de Pareto, une priorité accordée au droit ne signifie pas nécessairement que l'on renonce à la recherche d'un optimum.

A la suite de Peter Bernholz (*Public Choice* 1974), G. remarquait qu'un aspect essentiel des revendications de liberté liées aux droits ("*libertarian claim*") est que ceux-ci garantissent aux

individus un pouvoir de décision par leur propre action. De ce point de vue, si l'on offre des pouvoirs de décision sur des paires qui ne sont pas nécessairement retenues dans les choix sociaux effectifs, cela ne suffit pas; la garantie offerte est déficiente quant à l'influence réelle consentie aux individus sur les choix sociaux.

Les droits privilégiés dans les travaux de Sen et de Nozick: des droits simples, que l'on peut exprimer sous la forme générique: "i peut faire en sorte que F" (*i may see to it that F*), où F n'est pas un état social particulier mais plutôt une propriété pour, ou une condition sur, les états sociaux.

Par ailleurs, il pourrait y avoir *des droits moins simples*, des droits comme ceux que fixe un contrat (la possibilité de contracter étant un aspect essentiel des prétentions libérales). Ces droits-là, remarquait G., ne peuvent pas être analysés de manière exhaustive en termes de droits individuels; ils sont attribuables à des groupes.

Systèmes de droits

I: ensemble fini, non vide, des individus;

G, G1, G2...: on notera ainsi des sous-ensembles non vides de I.

S : ensemble des états sociaux (contenant au moins deux éléments)

X, Y...: on notera ainsi des sous-ensembles de S.

Un **droit**: la possibilité (terme qui devra recevoir une interprétation précise) pour un groupe G d'individus de restreindre l'ensemble des états sociaux à un sous-ensemble X de S.

On le notera: (G,X), ou (i,X) dans le cas d'un droit individuel (de l'individu i).

Un "**système de droits**": la donnée d'un ensemble de paires telles que (G,X) ou (i,X).

Condition de cohérence (*consistency condition*):

Si (G1, X1) et (G2,X2) appartiennent à un système de droit L, et si G1 et G2 sont des groupes disjoints d'individus, alors X1 et X2 ont une intersection vide.

i.e.: si les groupes G1 et G2 exercent leurs droits, il restera un état social possible après avoir placé ces restrictions. Cela impose que dans un système de droits L, tout élément (G,X) soit tel que X soit non vide.

Pour un groupe G donné, pour traduire des droits "à faire une chose ou à ne pas la faire", il faut souvent incorporer dans L des éléments tels que:

(G,X) et (G, S\X)

Condition sur les droits des groupes

Si (G1,X) appartient à L et si G1 est inclus (au sens large) dans G2, alors (G2,X) appartient à L.

i.e.: les droits d'un groupe doivent comprendre au moins les droits attribuables aux sous-groupes de ce groupe (y compris les individus). L'intuition est que ce qui est possible lorsqu'on est peu est a fortiori possible lorsqu'on est en plus grand nombre.

Mais les groupes peuvent se voir attribuer en tant que tels des droits qui ne se laissent pas ramener aux droits des sous-groupes. Ainsi des ententes ou contrats qui concernent l'ensemble du groupe.

Condition libertarienne minimale (condition of minimal libertarianism): Si L est un système de droits, alors pour tout i dans I il existe X (sous-ensemble de S non vide et non égal à S) tel que (i, X) appartienne à L .

i.e.: chaque individu peut librement décider de certains aspects de l'état social qui prévaut finalement. Chaque individu est capable d'imposer une restriction, de faire en sorte que tout S ne soit pas possible.

Condition sur la combinaison des droits

Si L est un système de droits comprenant (G, X_1) et (G, X_2) , et si X_1 et X_2 ont une intersection non vide, alors $(G, X_1 \cap X_2)$ appartient à L .

Cela revient à dire que les droits qui ne s'excluent pas peuvent être combinés, ce qui ne peut être vrai que de certains aspects simples des droits, par lesquels ils apparaissent indépendants les uns des autres. Mais cette condition ne peut pas valoir en toute généralité. Par exemple, si j'ai le droit de boire un grand verre de whisky et le droit de conduire une voiture, je n'ai pas pour autant le droit de faire ces deux choses en même temps dans un intervalle de temps donné.

Exemple (A. Gibbard *Journ. Econ. Theory* 1974) Angelina et le juge.

S = trois issues possibles:

x: Edwin épouse Angelina

y: le juge épouse Angelina et Edwin reste célibataire

z: Angelina et Edwin restent célibataires.

Edwin et Angelina peuvent rester célibataires et, en tant que groupe, ont le droit contractuel de se marier.

Edwin préférerait rester célibataire mais est prêt à épouser Angelina pour ne pas qu'elle se marie avec le juge. Le juge veut tout ce que veut Angelina. Angelina voudrait épouser Edwin mais pourrait se contenter d'épouser le juge.

On peut décrire ainsi le système des droits dans cet exemple, qui vérifie les conditions introduites précédemment :

(Edwin, $\{y, z\}$) (Edwin, S)

(Angelina, {y}) (Angelina, {z}) (Angelina, S)

({Edwin, Angelina}, {x})

et conformément à la condition sur les droits des groupes, on peut attribuer au groupe {Edwin, Angelina} les droits individuels possédés par Edwin ou par Angelina.

Argument d'A. Gibbard : il peut être rationnel, dans certains cas, de ne pas exercer un droit que l'on possède, même si l'on a une préférence pour les options en présence.

Par ex. : Edwin préfère à x un état dans lequel il reste célibataire. Il a l'option de ne rester célibataire et s'il exerce ce droit, il force les états sociaux à se trouver dans {y, z}. Mais c'est une mauvaise idée : car alors Angelina se marie avec le juge (on obtient y). Comme tous deux préfèrent x à y, ils seraient mieux avisés de s'entendre de manière à exercer leur droit de se marier ; ce qui suppose tout d'abord qu'Edwin n'exerce pas son droit de rester célibataire.

C'est ce qui conduit à exiger que les individus puissent ne pas exercer de droit comportant une restriction sur les possibles.

Condition sur le renoncement à l'exercice des droits

Si L est un système de droits, alors pour tout individu i, (i, S) est dans L.

Gärdenfors considérait pour chaque individu une relation de préférence R_i (transitive, complète – i.e. un *weak ordering*) sur les états sociaux, et une relation de préférence R_i (réflexive, transitive – i.e. un préordre) sur les ensembles non vides d'états sociaux.

Le problème est alors de comprendre la liaison entre ces deux relations pour des individus qui réfléchissent, ce qui fait intervenir leur compréhension du mécanisme social de sélection des états.

Conditions minimales exigibles:

(i) $\{x\} R_i \{y\}$ si et seulement si : $x R_i y$

(ii) si $x R_i y$ pour tout x dans X et pour tout y dans Y, alors : $X R_i Y$

L'exercice d'un droit (ou le renoncement à l'exercice d'un droit, l'abstention) peut être regardé comme un mouvement (*move*) dans une sorte de jeu social – un jeu d'exercice des droits (*game of rights exercising*), appelant d'autres mouvements de la part des autres participants. Un tel mouvement est réalisé par une série de choix qui, ensemble, constituent une stratégie.

Ce jeu est normalement « coopératif » : les individus peuvent se concerter dans leurs choix, en formant des coalitions. L'ensemble des stratégies accessibles à un groupe en tant que tel donne une idée de son pouvoir dans l'interaction sociale.

On peut identifier le résultat d'un jeu d'exercice des droits à l'ensemble des états sociaux qui restent disponibles lorsque toutes les coalitions ont sélectionné leur stratégie respective (i.e. les droits qu'elles choisissent d'exercer ou de ne pas exercer).

Formellement, on définit un **jeu d'exercice des droits** par :

- (i) un ensemble I d'individus
- (ii) pour tout sous-ensemble non vide G de I , un ensemble de stratégies rassemblant tous les X tels que (G, X) soit dans L ;
- (iii) un ensemble de résultats O , rassemblant tous les ensembles X d'états sociaux tels qu'il existe une partition de I en coalitions disjointes G_1, \dots, G_k et un ensemble de stratégies X_1, \dots, X_k (avec (G_j, X_j) appartenant à L pour tout j dans $[1, k]$) vérifiant :
$$X = X_1 \cap \dots \cap X_k$$
- (iv) pour tout i dans I , un préordre de préférences R_i sur les éléments de O .

Proposition d'un **concept d'équilibre** : un n -uplet X_1, \dots, X_n de stratégies (pour une partition de I en coalitions G_1, \dots, G_n), donnant le résultat $X = X_1 \cap \dots \cap X_n$ sera appelé équilibre si et seulement s'il n'y a pas de stratégie X^+ pour une certaine coalition G^+ , telle que pour toute stratégie jointe X^- des membres de $I \setminus G^+$ (complémentaire dans I de G^+), on ait une préférence stricte de i pour $X^+ \cap X^-$ par comparaison avec X .

Exemple : si Angelina ne préfère pas $\{x, y, z\}$ à $\{y\}$ alors le seul équilibre du jeu « Angelina et le juge » est celui dans lequel la paire que forment Edwin et Angelina joue la stratégie « se marier » (i.e. imposent $\{x\}$).

VI - Les droits, le domaine de l'éthique et le droit

Les droits individuels s'inscrivent-ils dans une zone intermédiaire entre droit et morale? Voici quelques-uns des arguments fréquemment rencontrés qui vont dans ce sens :

a. Le problème des limites de la contestation: si la contestation s'étend aux décisions faisant autorité en dernière instance dans l'ordre juridique, par exemple pour des raisons morales, le règne du droit peut être ébranlé. Il faut alors convenir que le domaine des droits au sens moral (ou éthico-politique) recoupe en partie, mais en partie seulement, celui des droits au sens juridique.

b. Les droits consacrés dans le droit offrent des ressources normatives aux individus et aux groupes. Ces ressources peuvent être utilisées dans des contextes différents de celui de la

défense ou de la protection juridique des droits reconnus par le droit. Le fait d'être reconnu par le droit (en particulier, le droit d'un Etat démocratique et respectueux des droits de l'homme) offre une caution morale.

c. Ne pas respecter les droits (consacrés dans le droit) de certains individus, c'est enfreindre la norme morale d'égalité de traitement. Et cette dernière est souvent présentée comme une norme commune à tous les systèmes éthiques (voir p. ex. Amartya Sen, *Inequality Reexamined*).

Cet argument fait face à des problèmes spécifiques: (a) compatibilité éventuelle du droit tel qu'il existe avec des inégalités du point de vue des garanties effectives, des moyens d'exercice des droits ou du degré de protection des droits (apporter des garanties inégales aux uns et aux autres, est-ce dénier aux uns des droits accordés à d'autres?); (b) problème des critères de l'identification des situations similaires appelant un traitement égal.

A cela s'ajoute le problème du choix entre plusieurs interprétations possibles de *l'exigence d'égal traitement des personnes du point de vue du droit*:

1- traiter de manière égale les cas qui sont explicitement mentionnés comme des cas appelant un traitement similaire;

2 compléter le principe 1 en traitant de manière égale tous les cas auxquels les normes juridiques peuvent s'appliquer de manière similaire (et non pas seulement ceux qui sont explicitement mentionnés à ce titre). Cela paraît impliqué dans les dénonciations courantes de "vides juridiques".

3- se soucier du fait que l'application de la stratégie 2 peut induire des inégalités de traitement, et chercher à y remédier en mobilisant les normes disponibles (sans en exclure les droits fondamentaux proclamés, les principes généraux du droit, des principes divers dégagés de la jurisprudence...) de manière à favoriser un traitement substantiellement égal des personnes.

e. Thèse de H.L.A. Hart: il existe un domaine de la "moralité" dont l'objet propre est la détermination des conditions sous lesquelles la liberté d'une personne peut entraîner la limitation de celle d'une autre personne, ce qui revient à délimiter la classe des actions dont il y a lieu de croire qu'elles peuvent valablement être soumises à des règles juridiques restrictives (ou coercitives), c'est-à-dire susceptibles d'influer sur le comportement des personnes soit par empêchement d'agir, soit par "désincitation" à cause de la menace de sanctions ou pénalités.

Sources principales :

- Anderson (Allan Ross) "Logic, Norms and Roles", *Ratio*, 4 (1962), No 1, 36-49
- Corbin (Arthur L.) "Legal Analysis and Terminology". *Yale Law Journal*, 29 (année 1919), 163-173. - Fitch (Frederic B.) "A Revision of Hohfeld's theory of legal concepts", *Logique et analyse*, 39-40 (année 1967), p. 269-276.
- Gärdenfors (P.) « Rights, Games and Social Choice », *Noûs*, 15, année 1981, p. 341-56.
- Hart (H.L.A.), "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 175-191.
- Hohfeld (Wesley) *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven, Yale University Press, 1919.
- Llewellyn (K.L.) *The Bramble Bush: Lectures on Law and Its Study*, New York, Oceana Publications, 1951.
- Lyons (David) "The Correlativity of Rights and Duties", *Noûs*, 1970 (4), 45-55.
- Nozick, R. 1974 *Anarchy, State and Utopia*. Oxford, Blackwell. Tr. fr. *Anarchie, Etat et utopie*, Paris, PUF.
- Peleg, B. 1994 *Effectivity Functions, Game Forms, Games and Rights*. Working Paper # 94-15, Department of Economics, Cornell University (Ithaca, USA). Publié sous le même titre dans: Laslier (J.-F.), Fleurbaey (M.), Gravel (N.) et Trannoy (A.), dir., *Freedom in Economics. New Perspectives in Normative Analysis*. Londres et New York, Routledge (Routledge Studies in Social and Political Thought), 1998.
- Raz (Joseph) *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986
- Robinson (R.E.), S.C. Coval et J.C. Smith, "The Logic of Rights", *University of Toronto Law Journal*, 33 (1983), p. 267-278.
- Sen, A.K. 1970a "The Impossibility of a Paretian Liberal", *Journal of Political Economy*, 78, 152-157.