



HAL
open science

Ubi societas, ibi ius

Mate Paksy

► **To cite this version:**

Mate Paksy. Ubi societas, ibi ius: Le nudging dans la perspective critique du droit en tant que raisonnement pratique. *Nomopolis. Revue internationale de Droit et de Science politique*, 2023. hal-04569584

HAL Id: hal-04569584

<https://univ-catholille.hal.science/hal-04569584>

Submitted on 21 May 2024

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

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

Public Domain

/ Nomopolis 1 / Par CJB

Ubi societas, ibi ius

Le nudging dans la perspective critique du droit en tant que raisonnement pratique

Mate Paksy

Résumé

Mon étude vise à mettre en évidence un certain nombre de critiques du *nudging* par rapport à diverses élucidations du droit, en particulier les concepts positivistes ainsi que le droit en tant que raisonnement pratique. Elle tente de démontrer que le *nudging* consiste à imposer un impact direct sur le comportement humain, du moins dans la mesure où ce type de réglementation agit instantanément sur le comportement humain ordinaire en profitant systématiquement de nos erreurs. Outre le *nudging*, le positivisme juridique normatif et réaliste affirment également cette méthode de régulation causale et directe. *Ubi societas, ibi ius* – le droit, en revanche, en tant que raisonnement pratique, consiste uniquement à influencer l'ensemble des individus par la persuasion. Je ne doute pas que certaines incitations qui fonctionnent comme des artifices rhétoriques soient les bienvenues dans l'empire du droit. Dans l'ensemble, cependant, l'autonomie des personnes ordinaires, imparfaites et raisonnables, exige que la vie sociale soit régulée par l'influence et la persuasion

juridiques. Cette technique permet une régulation meilleure et plus juste que le *nudging*. Le *nudging* a bien sûr raison de rejeter le positivisme juridique, mais il reste inférieur au concept de droit en tant que raisonnement pratique.

Abstract

My study aims to highlight a number of the criticisms of nudging in relation to various elucidations of law, in particular positivist concepts as well as law as practical reasoning. It attempts to demonstrate that nudging is about imposing a direct impact on human behaviour, at least insofar as this sort of regulation instantly triggers a cause in ordinary human behaviour by systematically taking advantage of our mistakes. Not only nudging, but also normative and realist legal positivism affirm this method of causal and direct regulation. Ubi societas, ibi ius –law, on the other hand, as practical reasoning, consists solely of influencing the human crowd through persuasion. I have no doubt that certain incentives that function as rhetorical devices are of course welcome in the empire of law. On the whole, however, the autonomy of ordinary, imperfect, and reasonable people calls for social life to be regulated by legal influence and persuasion. This technique allows for better and fairer regulation than nudging. Of course, nudging is right to reject legal positivism, but it remains inferior to the concept of law as practical reasoning.

Citer cet article

Paksy, Mate. 2023. « *Ubi societas, ibi ius. Le nudging dans la perspective critique du droit en tant que raisonnement pratique* ». *Nomopolis* 1.

INTRODUCTION

Avant de nous plonger dans la théorie du droit, je vous invite à imaginer une scène qui paraîtra assez familière à beaucoup de mes lecteurs.

Notre héros quotidien, monsieur H’Omeur-Dînaire, habitant de la ville Trap-Euqleuq, se retrouve un soir en difficulté face à ses enfants qui semblent oublier leurs bonnes habitudes et se montrent réticents à se brosser les dents. Dans son esprit, il élabore quatre scénarios pour résoudre ce problème :

1° Avant tout, après avoir consulté le bon docteur Spock[1], il peut se dire qu’en cas de désobéissance, une sanction parentale est nécessaire. Donc, dans ce cas concret, il envisage que les enfants ne soient pas autorisés à regarder Netflix sauf s’ils se brossent les dents. En théorie du droit, une telle attitude centrée sur le commandement, la loi, la sanction ou la science juridique est appelée *positivisme juridique normatif*, ou parfois légalisme.

2° Puis, il se peut aussi qu’il se dise qu’il verra s’il suivra cette règle ou non. Cela dépendra de son état d’esprit au moment de la prise de décision. Cette attitude sceptique envers les règles est typique pour les *réalistes*, qui sont aussi des juristes positivistes dans la mesure où ils

réfutent également tout lien entre la prise de décision et la notion éthique de vie bonne sous-entendue dans la situation.

3° Ou bien il n'hésitera pas à recourir à la bonne vieille *méthode rhétorique ou pédagogique*, qui consiste à offrir un choix apparemment libre au lieu d'un ordre direct. Imaginons que chaque enfant ait au moins deux brosses à dents différentes. Dans notre cas proposer un choix proposé par le père apparemment libre entre plusieurs brosses à dents (« Avec quelle brosse préfères-tu te brosser les dents ? ») présuppose en vérité que l'enfant veut se brosser les dents. Le piège est que l'enfant sera tellement heureux de profiter de la liberté de choix qu'il oubliera rapidement qu'auparavant il était bel et bien réticent à obéir à l'ordre direct (« Tu dois te brosser les dents ! »). Thaler et Sunstein, ainsi que les experts en sciences du comportement, diraient qu'il s'agit là d'une *incitation*. Ils contestent sans doute que l'incitation doive avoir un objectif concret lié à la conception de la vie bonne et que la persuasion puisse jouer un rôle quelconque dans la prise de décision « intuitive ». Ils sont donc plutôt des réalistes juridiques qui ne croient plus non plus au positivisme juridique centré sur la sanction.

4° Enfin, il n'y a rien pratiquement qui empêcherait notre héros ordinaire de leur donner l'exemple par ses actes et ses paroles pour les persuader que des dents saines font partie de la notion de bonne vie, même si cette argumentation fatigante lui prend au moins 15 voire 20 minutes. Nous appelons cette attitude *raisonnement pratique* qui mobilise des raisons normatives telles que des précédents, des normes, des exemples ou des règles. Ajoutons vite que ce n'est pas indispensable, mais il est bien possible que nous admettions dans ce scénario que la raison pratique constitue un bien intrinsèque.

Il me semble que si M. H'Omeur-Dînaire veut prendre une décision « vite et bien », il pourrait préférer le schéma n° 2 ou n° 3. Dans ce cas, il prend une décision hâtive, en prenant le risque d'imposer la sanction injuste ou que ses enfants lui disent qu'ils connaissent déjà le piège des deux brosses et que, de toute façon, ils ne sont pas dupes de ces techniques conçues pour de « vrais » jeunes enfants naïfs. Dans les autres cas, si les enfants ne connaissent pas ce piège, les *nudge thinkers* ont sans doute raison de penser que le scénario n° 3 est plus efficace que le scénario n° 1. Toutefois, contrairement à eux, je crois que l'efficacité du scénario choisi dépend très largement de l'autorité de M. H'Omeur-Dînaire, c'est-à-dire du père comme nudgeur, et non de la perfection du nudge ! Ainsi, si l'autorité est légitime^[2], il semble illégitime de tromper les enfants. Le père, s'il est *vraiment* un bon père, a donc le devoir de les convaincre par une communication et une rhétorique plausible. Cependant, il est vrai que nous ne pouvons pas être de bons pères tout le temps. Il est plus réaliste de penser que, de toute façon, M. H'Omeur-Dînaire agira comme il le fait habituellement. Être « réaliste », c'est rejeter l'attitude qui consiste à suivre la règle parce que d'autres circonstances peuvent avoir plus de poids sur la décision que la règle elle-même (par exemple, le fait que le père éventuellement souffre d'une forte migraine). C'est peut-être vrai, mais le problème est que cela ne dit rien sur la normativité de la bonne décision parentale : si nous faisons habituellement tout ce que nous faisons habituellement, alors quelle est la mesure de la bonne décision ? De plus, cette stratégie réaliste peut perturber les enfants qui ont besoin de la sécurité établie par les règles ou du comportement modèle de l'autorité à imiter. Quelle est alors la meilleure stratégie ? Selon moi, il s'agit de la n° 4 (« raisonnement pratique »), bien qu'elle prenne du temps et demande un investissement de la part de monsieur H'Omeur-Dînaire.

Il va sans dire que mon intention n'est pas du tout de me moquer de la théorie du droit ou des perspectives comportementales[3]. Ma véritable ambition ici n'est pas moins que de défendre *la supériorité d'un concept de droit* en tant que raisonnement pratique face à une régulation non juridique, notamment les *nudges*. Autrement dit, non seulement j'estime que ce concept du droit est plus plausible que les autres concepts, notamment le positivisme normatif ou le réalisme juridique, mais je tiens également à revendiquer que le droit ainsi défini comme *moyen persuasif* ayant la fonction de déterminer le comportement humain est une meilleure technique sociale que n'importe quelle autre technique extra-juridique visant à déterminer directement le comportement humain.

Bien sûr, si vous entendez par *nudge* certaines de ces techniques rhétoriques complémentaires du raisonnement pratique, cela ne déconstruira pas ma position théorique. En effet, ce qui importe le plus pour moi, c'est qu'en cas de régulation juridique, il ne s'agit point d'un commandement ou d'une décision libre d'un juge. Il vaut mieux donc qu'on conçoive le droit en tant qu'un raisonnement pratique enveloppé par les moyens de *la rhétorique juridique*. Ainsi, s'il existe une zone de chevauchement entre les *nudges* et les techniques rhétoriques-juridiques, la fonction de ces dernières réside dans le renforcement de l'efficacité du droit en tant que raisonnement pratique. Cependant ni la rhétorique, ni les *nudges* ne se substituent au droit. De plus, malheureusement, certains *nudges* touchant à notre capacité de raisonnement sont nuisibles. Alors pourquoi le *nudging* au lieu du droit ?

L'anthropologie de la science comportementale de Thaler et Sunstein, telle que nous la lisons dans *Nudge : Improving decision about Health, Wealth, and Happiness* [Thaler & Sunstein, 2008:243-246] affirme qu'on doit se focaliser sur la « vraie vie » et sur les gens « ordinaires » [Bozzo-Rey, 2018:29].

Trois remarques s'imposent.

Tout d'abord, leur « Homme ordinaire » n'est qu'une *autre fabrication ou construction sociale* comme le « homo economicus ». Là encore, je ne dis point que nous ne sommes jamais capables de décider comme des *homo economicus*. Ce dont je suis convaincu, c'est que nous ne pourrions ni agir toujours comme des ordinateurs tout au long de notre vie, ni éviter d'agir selon notre notion de la vie heureuse. Et, d'ailleurs, est-ce parce que nous ne sommes pas les mêmes personnes tout au long de notre vie ? Il se peut que ce soit le cas[4].

De plus, l'idée du droit en tant que raisonnement pratique trouve sa source d'inspiration dans la vision pascalienne de l'Homme en tant que « roseau pensant », donc sage, mais faillible (en droit : le *reasonable man* ou « bon père de famille »). Une telle personne humaine *sage, faillible et raisonnable* – un « animal rationnel dépendant » [Macintyre, 1999] – travaille avec et pour d'autres hommes en vue du bien commun de nos sociétés républicaines. Et c'est cela le véritable homme ordinaire. Il est à noter que Sunstein et Thaler évitent visiblement de prendre en considération des personnes ordinaires *atypiques*, notamment les personnes âgées, obèses, les personnes ayant des revenus faibles ou les enfants.

Enfin, c'est pourquoi je propose que l'on prenne en considération non seulement la philosophie pratique en tant que théorie du droit mais aussi la théorie de la rhétorique juridique, laquelle a pour but d'envelopper publiquement le raisonnement selon *l'auditoire socialement*

déterminée de l'orateur : argumenter pour une vie heureuse devant un public ayant des revenus faibles est évidemment différent que de faire la même chose devant des millionnaires. Perelman estime que tout discours ne repose pas sur une argumentation, mais seulement celui ayant un objectif extra-discursif spécifique, à savoir *la persuasion* de l'auditoire, c'est-à-dire « ceux que l'orateur veut influencer par son argumentation. » [Perelman, 1997:27] « Argumenter » (*to argue*) signifie en général « donner des raisons ». Argumenter en philosophie et en droit pratiques signifie donner des raisons pratiques juridiques. Et précisément, selon Joseph Raz [Raz, 1994], les règles juridiques doivent être conçues comme un certain type de raisons pratiques : une règle est à la fois une raison pratique de premier ordre et de second ordre, qui ne porte pas sur une action mais sur d'autres raisons. Une règle est à la fois une raison pour une personne de faire quelque chose mais également une raison exclusive, c'est-à-dire une raison qui exclut par avance toute autre raison inclinant à l'action contraire.

Compléter le concept du droit en tant que raisonnement pratique par la rhétorique juridique signifie que les réponses pratiques pour les actions doivent être mises dans *l'enveloppe de la persuasion* qui dépend en grande partie des caractéristiques particulières de l'audience publique.

I. « INFLUENCE » ET « IMPACT »

Ubi societas, ibi ius. Dans toute société composée d'Hommes ordinaires en tant qu'agents du raisonnement pratique existe aussi un système juridique doté de sa propre influence. Pour soutenir une conception du droit comme forme spécifique d'influence par le raisonnement pratique – ou, en d'autres termes, une conception du droit s'appuyant sur la notion d'influence – il semble inévitable d'ores et déjà de définir ce terme d'*influence*. Cette conception du droit – en tant qu'influence par raisonnement pratique institutionnalisé – doit être plus efficace et plus juste que l'impact pris comme concept juridique positiviste ou réaliste (droit comme commandement ou décisions des juges) ou non-juridique (*nudge*).

Tout d'abord quelques précisions s'imposent quant à *la distinction* entre les concepts d'« influence » et d'« impact. » Fondamentalement, la première notion renvoie à la fluidité : dans la langue française, l'origine du terme « influence » peut être retracée dans les premiers écrits de géographie. [Paksy, 2022] L'influence y apparaît comme quelque chose de *liquide*, comme l'eau ou le pétrole. Une « in-fluence », par exemple, est le flux d'une petite rivière entrant dans une plus grande. De la même manière, les sources antiques et médiévales fondent cette notion d'influence sur les observations astrologiques dans la mesure où le comportement humain est déterminé par le flux provenant des étoiles. Il ne fait aucun doute que tout dictionnaire de langue anglaise contient également le terme « influence ». Cependant, en raison de la tradition intellectuelle qui s'y est développée après les idées de Newton sur les corps en mouvement et les lois de la force, il semble plus adapté d'utiliser la notion d'« impact » au lieu d'influence. Ainsi, cette seconde forme d'influence, donc l'« impact », n'a pas de connotation de fluidité, mais plutôt de *choses solides*, comme des boules de billard qui roulent dans des directions convergentes ou divergentes sur une table de billard.

Si aujourd'hui « influencer », c'est communiquer efficacement, hier, c'était « pénétrer dans les âmes tendres et sensibles », comme Cicéron le soutient dans son œuvre intitulée *Des lois*. Il ne

faut voir ici aucun atavisme, mais bien une nécessité propre au concept du droit en tant que raisonnement pratique. Tandis que les juristes se contentent d'affirmer que les systèmes normatifs (droit, morale, conventions, etc.) prétendent influencer le comportement humain soit indirectement par le droit, soit directement par un commandement législatif ou par une décision d'un juge (donc, par un impact), les économistes et les experts en sciences du comportement utilisent la notion d'impact qui renvoie aux incitations fondées sur *la causalité* – ou apparemment fondées sur la causalité – comme les *nudges*. Ce qui se passe dans le *nudging* se comprend parfaitement à la lumière de la découverte des certains biais cognitifs, préjugés ou autres automatismes déclenchés dans le cerveau humain lorsqu'il s'agit de prendre une décision dans une affaire humaine.

Etant une incitation directe et efficace, très souvent, le *nudging* a ainsi pour ambition de proposer une régulation sociale alternative à la législation centralisée. Cette ambition repose sur l'idée de la capacité à produire *un impact direct* sur le comportement humain. La théorie du nudge de Thaler et Sunstein comporte une critique de l'*homo economicus* complètement rationnel et égoïste qui résout les problèmes sans effort. A priori, nous ne pouvons pas ne pas préférer avec eux une autre anthropologie, celle de l'être humain plus faillible, mû par des biais, des préjugés, et doté d'une rationalité limitée, ainsi que de temps et de ressources limités. Nous sommes certains que les êtres humains ne sont pas des ordinateurs ou des investisseurs cognitifs, comme défini par la conception leibnizienne de Dieu-entrepreneur selon Elster. [Elster, 1975]

En outre, le comportement humain *réel* s'écarte du modèle rationnel des économistes de manière *prévisible* selon les experts en économie comportementale. [Levitt & List, 2008]. Compte tenu de telle prévisibilité des *erreurs humaines*, Thaler et Sunstein proposent quelques règles empiriques simples ou heuristiques afin de « rendre notre vie aussi facile que possible. » Ce qui rend le débat très compliqué avec eux, c'est qu'ils ne sont pas toujours honnêtes à l'égard des véritables enjeux théoriques de leur propos : s'agit-il d'avancer quelques propositions modestes pour réformer des décisions quotidiennes comme les techniques pédagogiques visant à éviter les chips dans les restaurants universitaires ou plutôt de développer une théorie robuste des impacts sur le comportement humain en utilisant divers outils issus du champ de recherche des sciences comportementales ou de la psychologie cognitive ? C'est cette seconde hypothèse que je retiendrai afin que l'on ne puisse pas me reprocher d'employer des moyens démesurés pour combattre ladite théorie ; en d'autres termes, j'argumenterai contre les *nudges* sur la base du droit en tant que raisonnement pratique.

II. NUDGING ET THÉORIE DU DROIT

Il est indéniable que la théorie positiviste du droit n'a, dans une très large mesure, rien à dire sur la nature humaine ou la vie bonne. Les théoriciens du droit, du moins pour autant que je sache, sont également agnostiques sur la question de savoir si les citoyens ont ou devraient avoir une assurance maladie, s'ils devraient intuitivement cocher la case « don d'organes » sur une déclaration. De telles questions relèvent de l'élaboration des *politiques* et non du droit.

Nous sommes donc obligés de faire un pas sur le chemin qui mène à la politique en suivant les partisans du nudge. Thaler et Sunstein décrivent plusieurs *situations banales mais différentes*

lorsque nous décidons intuitivement (comme au restaurant universitaire). Dans d'autres cas, nous ajoutons une deuxième étape à l'intuition primaire afin de contrôler le processus intuitif initial (comme dans le cas de l'assurance maladie). Il existe donc une distinction entre les biais liés à un manque de réflexion (manger à peu près tous les produits que l'on trouve à hauteur de nos yeux, qu'ils soient sains ou non) et ceux liés, selon Thaler et Sunstein, à une réflexion excessive (décider de souscrire une assurance maladie qui, contrairement à la France, n'est pas obligatoire aux États-Unis). Dans le premier cas, on est expert dans la question (du déjeuner), donc on ne réfléchit pas au moment de décider, dans le second cas, on n'est pas expert (en assurances maladie) pour prendre une bonne décision, il faut donc du temps, et c'est ce dont nous manquons, selon eux.

Quant à la théorie du raisonnement pratique, je souhaite trancher en faveur d'hypothèse selon laquelle les humains sont *vraiment* humains. Nous sommes des agents raisonnants et raisonnables. Par conséquent, le raisonnement pratique a un caractère évasif dans notre vie humaine. L'implication de cette présomption pourrait être, d'une part, que dans ce contexte, le droit est plus proche des raisons pratiques que des commandements et, d'autre part, que le refus de l'incitation par les *nudges* est une nécessité inévitable de la régulation. Après tout, en tant qu'adultes humains, nous n'avons pas besoin de *paternalisme externe*, y compris d'un paternalisme « libertarien » : personne parmi nous n'est obligé de manger à la cantine (p. ex. on peut mettre un sandwich dans son sac-à-dos avant de partir au travail) ni de prendre la meilleure décision utilitariste en matière d'assurance maladie complémentaire (p. ex., nous aimons notre république et nous choisissons, peut-être, l'assurance proposée par la société XYZ, qui est plus chère parce qu'elle paye ses impôts en France et non au Luxembourg, à Monaco ou aux îles Caïmans, comme le font d'autres moins onéreuses).

Il reste à ajouter que si l'on présume que les êtres humains sont des agents raisonnants, il doit toujours être possible de *persuader* les autres agents humains. Or, en raison des efforts de persuasion à mettre en œuvre, un dialogue nécessite que l'on prenne notre temps. Il s'agit d'un investissement qui est tout à fait légitime dans une république juste et équitable. En guise d'exemple, reconsidérons le cas du restaurant universitaire de Sunstein et Thaler en remplaçant le chef du restaurant nudgeur par un chef de cuisine juste et équitable : étant donné la possibilité que les étudiants en fauteuil roulant souhaitent également manger comme les autres étudiants, il paraît plausible de supposer que notre chef informera ses clients par un raisonnement poli la raison pour laquelle les salades ne sont pas à hauteur des yeux des étudiants sans fauteuil roulant[5]. Autrement dit, il évitera le nudge car *le dialogue* avec la population vulnérable représente une valeur plus importante que *la rapidité et l'intuitivité* de la décision.[6]

Malheureusement je ne peux pas répondre à telles questions cardinales d'une « dromologie juridique ». D'une manière générale je suis simplement en faveur d'une conception d'une *justice convenablement durable* et je demande avec Ulpian à chacun d'avoir la volonté constante de rendre à l'autre ce qui lui est dû[7]. Les juristes – étant peut-être mécontents de l'idéologie du positivisme juridique – sont toujours ravis de citer l'argument de Sir Edward Coke contre le roi en exprimant que le droit est une raison artificielle étant élaborée par *le temps long* de l'apprentissage[8]. Cela veut dire que consacrer du temps à assurer une prise de décision solide peut avoir plus d'utilité dans la vie de tous les jours que la réduction des coûts (liés à la temporalité) apportée par la rapidité et l'intuitivité.

Bien sûr, nous ne disposons pas de *temps illimité* comme Dworkin [Dworkin, 1986] le suggère par sa description de son juge mythique « Hercules » qui doit trancher le litige compliqué qu'on appelle le « cas difficile ». Pour autant, dans une mesure raisonnable, nous disposons de temps. Ensuite, pour ne pas déformer la théorie du droit de Dworkin, il faut admettre qu'elle est à la fois constructiviste et contrefactuelle et qu'elle a pour fonction d'évaluer les raisonnements juridiques réels surtout dans les cas « difficiles ». Or, la question d'une assurance maladie, en France – plus précisément le choix d'une mutuelle complémentaire – est une question relativement simple et importante. En général, nous sommes libres et ne sommes pas soumis à la pression du temps, à moins qu'*un certain contexte* – une autorité, un agent de domination ou un décideur politique – ne nous impose un certain impact sous forme d'une pression. Toutefois, la pression ou la domination est rarement éthique et, dans certains cas, elle est illégale. Par exemple, en principe, selon le droit de la protection des consommateurs, mettre les clients sous pression dans le but d'accélérer leur décision d'achat (« Il ne reste plus que 2 sièges à ce prix » sur le site d'une compagnie aérienne ou « 29 autres personnes regardent actuellement l'offre présente » sur un site de commerce) est abusif et illégal.

Si la meilleure conceptualisation de la vie bonne est liée aux intérêts personnels rationnels, il n'est pas surprenant que certains chercheurs aient trouvé l'origine de l'idée des *nudges* et de la soi-disant « architecture de choix » dans la théorie *utilitariste* de la législation de Jeremy Bentham. [Bozzo-Rey, 2018] Une généalogie conceptuelle peut nous permettre de mieux saisir le lien entre l'idée de la vie bonne (ou du bonheur) et le *nudging*. Alors que Michael Quinn considère que le *nudging* est une sorte de législation qui cherche à maximiser le bonheur individuel, Peter Cserne a prouvé que la question principale est le lien entre le *nudging* et l'autorité.

Selon Bentham, comme le souligne Quinn [Quinn, 2022:64 et s.], le législateur peut agir soit directement sur la volonté d'un malfaiteur potentiel, soit indirectement sur les connaissances, les intérêts ou le pouvoir d'une ou de plusieurs personnes autres que le malfaiteur. Pour donner un exemple, alors que le délinquant doit aller en prison en cas de cambriolage d'une maison, tout propriétaire, en tant que victime potentielle, est autorisé à défendre ses locaux par tout instrument qui protège, et peut même blesser un délinquant potentiel ou réel. Une telle permission peut émerger soit explicitement – c'est la permission explicite – soit implicitement, en raison de l'absence d'obligation contraire. L'idée centrale de Bentham est donc de promouvoir la valeur de la liberté en considérant comme *un domaine très étendu* en général et par des permissions explicites occasionnelles en particulier. Les sanctions légales sont aussi rares que des îles sur un océan de liberté et même ces îles ne contiennent que peu de lacs de permission législative explicite.

La législation indirecte selon Bentham se rapporte aux outils indirects qui servent à déterminer le contexte de la décision en anticipant certaines idées de l'économie comportementale. Quinn, lui, nous invite à interpréter l'idée de Bentham – idée sur les instructions gouvernementales non obligatoires dans les informations relatives au produit comme un *nudge* – dans les termes de la théorie de Thaler et Sunstein. Il s'agit donc d'une théorie qui peut permettre de *corriger* les erreurs systématiques que nous commettons tous (prétendument) dans la prise de décision par la détermination du *design décisionnel*. Quinn a raison dans la mesure où il est possible d'identifier le *nudge* dans la simple activité d'ajout d'une information relative à un produit. Ajoutons, qu'agir ainsi, ne constitue qu'un *nudge* de

premier degré : un nudge simple qui nous permet d'avoir des informations plus amples avant la décision et sans toucher à notre autonomie d'agent humain par un impact direct.

Or, si ce concept de droit englobe non seulement la législation « directe » mais aussi la législation « indirecte », que faire alors des décisions juridiques contraignantes en droit anglais, notamment la *common law* justifiée par le principe du *stare decisis* ? Cette *common law* est-elle une « raison » [artificielle] en soi, comme le soutenait Coke, ou s'agit-il plutôt d'une « loi du chien [*dog law*] » primitive, comme l'entendait Bentham ? [Postema, 1979:646 n.11.] Du point de vue du nudge et du raisonnement pratique, la *common law* est une véritable pierre de touche. Si la « raison » constitue l'essence du droit (comme je le pense), alors le nudge est extra-juridique car l'élément de persuasion est absent. Si la « volonté » législative fait partie de la définition du droit, alors la *common law* n'est pas du droit parce que les juges ne sont pas des législateurs en termes de séparation des pouvoirs. Mais si la *common law* n'est pas du droit, les nudges n'en sont pas non plus.

En conséquence, une question importante demeure : quel droit devrait être appliqué par le juge si son travail se limite à l'application mécanique du texte législatif ? Il me semble que l'application de la législation indirecte par un tel juge est une impossibilité conceptuelle du fait que la préoccupation première du nudge (en tant que législation indirecte) est *le contexte* de la décision (et non la décision elle-même). Lorsqu'un tel *nudge* agit, il le fait directement, en tant qu'impact, sans la médiation de la règle juridique. Or, l'idée principale au-delà de la *common law* est, selon Gerald Postema, le concept formel de la justice (si une affaire antérieure « A » a été jugée de la manière « X », il est donc juste de juger l'affaire « A' » de la manière « X » aussi) et la rhétorique de l'imitation de l'autorité (si une affaire antérieure « A » a été jugée par le célèbre juge P, il est juste de juger l'affaire « A' » de la même manière par un juge T moins célèbre que P). Ainsi, la véritable raison pour ce comportement des juges ou des membres du jury n'est pas nécessairement l'incitation ou le nudge, mais la rhétorique juridique et le raisonnement pratique qui incitent à respecter les règles justes et à imiter l'autorité légitime.

Par contre, l'argument principal de Cserne est que si le droit est conçu comme un commandement, alors le nudge doit plutôt ressembler à *un conseil hobbesien*. [Cserne, 2018:131] Or, pour lui, l'identification du nudge au conseil peut poser problème pour un gouvernement approuvant une politique publique par nudge : si une autorité donne un conseil-nudge, en vertu de ce caractère, le nudge doit rester extra-légal bien que l'auteur soit une institution politique ; ou alors, il faut admettre que le fait en soi que l'autorité politique donne ce conseil-nudge le rendra légal sans le transformer en droit. Comment peut-on résoudre ce problème ? A mon avis, plusieurs réponses à cette question fondamentale sont possibles, notamment les conseils-nudges publics – du moins si l'on accepte de se pencher sur le concept de *l'autorité*.

Selon Joseph Raz, le pouvoir normatif d'une autorité réside dans *la capacité* à créer et à modifier des raisons juridiques. L'autorité est un certain type de pouvoir normatif qui implique d'exiger une action. Ainsi, pour Raz, les institutions juridiques doivent exprimer des jugements contraignants sur ce qui doit être fait (voir Raz 1994 : ch.10). Le cas typique d'une telle autorité n'est pas nécessairement l'Etat ou un législateur central mais celui de *l'arbitrage*. Sa fonction est de créer par la coordination et par l'expertise les raisons pratiques en tant que médiatrices entre les individus et les bonnes raisons pratiques. Encore faut-il comprendre pourquoi le droit

est ainsi doté d'autorité, ou du moins pourquoi la revendique-t-il. Il est possible, suivant encore Joseph Raz, de distinguer les formes des autorités : un gouvernement, en tant que législateur, agit comme une autorité pratique, mais lorsqu'il s'agit d'influencer le comportement par un nudge, le gouvernement agit en tant qu'autorité épistémique de manière similaire à un docteur qui donnerait des conseils à ses patients.

Cserne – économiste et juriste – m'intéresse ici dans la mesure où il semble poursuivre son argumentation exactement dans la même direction méthodologique que moi. Nous sommes d'accord sur le fait que, contrairement au *nudging*, l'essence du droit réside dans sa capacité à *produire des raisons d'agir*. [Cserne, 2018:133] Mais contrairement à moi, Cserne n'hésite pas à suggérer de déconstruire la dichotomie entre « juridique » et « extra-juridique » afin de définir plutôt les nudges selon « une qualité qui évolue progressivement par degrés » [Cserne, 2018:141] vis-à-vis du cas « focal » [Carpantier, 2023] du droit en tant que guide de l'action. D'après lui, la véritable origine du nudge juridique, c'est la pensée de Lon Fuller, un des meilleurs critiques américains de Herbert Hart. [Contre Fuller : Hart, 1985:343 et s.] Il est vrai et remarquable que pour Fuller, les processus juridiques typiques ne sont pas les mécanismes de la législation officielle et centralisée, mais la formation des contrats, la médiation, le jugement et la direction managériale. Ainsi, Cserne pense que selon la philosophie du droit de Fuller, le nudge doit appartenir à la catégorie de *la direction managériale* – donc à un cadre normatif pragmatique et large que Fuller appelle *eunomique* – et qui possède sa propre éthique « interne ».

L'avantage de cette solution est qu'elle permet de distinguer les bons des mauvais nudges ou encore les nudges manipulatifs et d'introduire plusieurs sortes de juridicité selon une éthique interne de chaque branche concernée. Ainsi, la question de la juridicité du nudge nous poussera aussi à juger les nudges et le droit d'une *manière substantielle*, selon des critères éthiques ou politiques au lieu de critères formalistes ou procéduraux [Cserne, 2018:141].

III. CRITIQUE DU POSITIVISME JURIDIQUE ET NUDGE

Très souvent, mais pas toujours, les promoteurs du *nudging* recommandent cette réglementation non-législative au lieu de la méthode traditionnelle consistant à promulguer des lois par l'intermédiaire des parlements représentant la volonté générale du peuple. Très souvent, mais pas toujours, ils n'hésitent pas à présenter le *nudging* comme un moyen d'influence directe (ou d'impact) sans aucune coercition ni sanction.

Comme chacun sait, la théorie du droit qui tend à conceptualiser le droit en s'appuyant sur la coercition ou les sanctions comme éléments essentiels d'une conception du droit, est attribuée à l'école du « positivisme juridique », connu sous le nom de « positivisme juridique normatif » ou de « normativisme ». Je dirais ici que les promoteurs des nudges ont tout à fait tort de choisir ce concept comme s'il s'agissait du seul concept de droit. Il en résulte que les deux (c.-à-d. les positivistes et Thaler & Sunstein) ont tort parce qu'aucun ne considère le raisonnement pratique prescriptif comme le cœur de la réglementation juridique à laquelle la sanction juridique est liée.

Quant aux positivistes normativistes, ils souhaitent inventer une science juridique *vraiment scientifique*, comme si les règles juridiques fonctionnaient à l'image des lois causales de la

physique. A titre d'exemple, malgré la séparation de la « validité » et des « faits », Hans Kelsen n'hésite pas à parler de la règle de droit comme possédant deux éléments : la disposition et la sanction liées par l'imputation afin d'imiter le droit physique qui possède lui aussi deux éléments, la condition et l'effet liés par la causalité. [Kelsen, 1962:13]. Bien entendu, cette comparaison est manifestement erronée lorsqu'il s'agit de définir, par exemple, une « loi inconstitutionnelle » ou une autre règle juridique « nulle », donc les cas où il n'y pas d'équivalent dans le monde physique : une expression comme « la loi de gravitation injuste » n'a pas beaucoup de sens et on ne peut pas « annuler » la deuxième loi de Newton non plus.

Un autre exemple est l'interdiction juridique de la polygamie en France. Il se trouve qu'au lieu d'interdire cette forme de mariage ou de rendre la monogamie obligatoire, notre Code civil, indique que c'est impossible en vertu de la nullité du mariage polygamique. [Descombes, 2007:405 et s.] Il s'agit donc de *la doctrine juridique*, et non de la législation, qui rend un tel mariage invalide. Soyons clair : par son refus de la persuasion par le raisonnement pratique le *nudging* est conceptuellement incapable de développer un raisonnement doctrinal similaire et aussi subtil. Ce qui est suggéré à la place de la doctrine juridique, c'est une sorte de paternalisme légal. Lorsqu'il s'agit de discuter de la question de l'« heuristique de disponibilité » [availability heuristic] liée à la hésitation individuelle de prendre des risques, y compris les risques insignifiants, Sunstein souligne que le gouvernement doit avoir un rôle légitime à jouer dans ce domaine ; au minimum, il devrait corriger ces fausses croyances. [Sunstein, 2002/2003:1300-1303]

La théorie du commandement de John Austin est différente de celle de Kelsen dans la mesure où elle n'est pas construite sur la séparation de l'« être » (faits) et du « devoir-être » (validité) comme c'est le cas dans la méthodologie « pure » néokantienne du maître autrichien. Pour ceux qui critiquent Austin, le problème principal est qu'un commandement n'est pas une règle. Par exemple, alors que « Ne t'assieds pas dans cette banque ! » est un ordre, « Ne t'assieds pas dans les banques ! » est une règle, et la théorie d'Austin est incapable de faire cette distinction [Campbell, 1996:Ch 3.]. A ma connaissance, Thaler et Sunstein n'ont jamais pris au sérieux ni ce défi de *la distance herméneutique* entre la généralité de la règle « Ne t'assieds pas dans les banques !^[9] » et la caractéristique de spécificité de la situation (« Jacques, ne t'assieds pas dans cette banque verte ici, au parc « Proust » ! ») ni le clivage méthodologique entre Hume et Kant : « être » et « devoir-être. » Ils dérivent donc sans hésitation la nécessité d'introduire un nudge-règle (p. ex. un nudge pour ne pas oublier de joindre un fichier à un courrier numérique) comme « devoir-être » de leur propre expérience personnelle factuelle du passé (Thaler : « J'oublie toujours de joindre le fichier à mon courrier électronique. ») comme « être ».

Comment ne pas être d'accord avec Herbert Hart lorsqu'il suggère que ni les commandements législatifs (positivisme juridique en tant que normativisme ou légalisme), ni la libre décision des juges (positivisme juridique en tant que réalisme juridique) ne constituent l'essence de la démarche juridique. Cependant, Hart n'a manifestement pas vu que la normativité des règles juridiques devait être liée au concept d'autorité et non à la nature des règles. Que signifie *suivre la règle* ? A cet égard, permettez-moi d'évoquer rapidement un cas plutôt ludique que scientifique, popularisé par *Le Concept du droit* qui décrit un père voulant influencer son fils afin que ce dernier retire son chapeau à l'église. Il semble, selon Hart, qu'il y ait deux façons de raisonner avec des règles : soit le père enlève son chapeau lui-même en disant « regarde mon fils, c'est ce qu'un homme doit faire en entrant dans l'église », soit il peut tout simplement agir

de cette manière, sans rien dire, en estimant que son fils l'imitera. Rien que le comportement silencieux du père, justifié par son *autorité*, est suffisant comme raisonnement pratique pour l'enfant.

Contrairement à la version du positivisme juridique de Hart concentré sur la problématique de la règle (sous l'influence directe de Wittgenstein et indirecte de Max Weber), il me paraît plus plausible d'estimer avec Joseph Raz qu'une autorité légitime doit avoir la compétence de créer des raisons pratiques-juridiques persuasives d'agir pour les citoyens qui, à cause de son autorité, imiteront le législateur comme le fait un enfant à l'égard de ses parents ou de ses professeurs à l'école. *L'imitation* est le comportement humain principal exploité à la fois par la rhétorique juridique et par les nudges.

Si Thaler et Sunstein critiquent le positivisme en baptisant cette idée de droit « commande et contrôle », ils manifestent leur sympathie à l'égard d'une des versions du positivisme juridique : *le réalisme juridique américain*. Quant à cette théorie du droit, on peut dégager essentiellement deux points : d'une part, selon les réalistes, le droit en tant que corpus de textes n'a qu'un impact aléatoire sur le comportement des juristes et, d'autre part, toujours selon cette école, il est possible de prédire les résultats juridiques futurs sur la base de faits extra-juridiques. Ces deux affirmations pourraient découler du scepticisme réaliste à l'égard de la prise de décision impartiale fondée sur les règles du droit positif ainsi que de l'objectivité de l'établissement des faits par les juges. Herbert Hart ajoute que les réalistes cherchent à mettre en œuvre la méthodologie des sciences naturelles dans l'analyse du système juridique vivant. [Hart, 1985:63] Cela signifie qu'ils cherchent aussi à identifier les relations causales – c'est quelque chose que nous avons nommé plus haut « d'impact ». De plus, les réalistes américains sont des juristes praticiens travaillant dans un cadre institutionnel très spécifique. Ainsi, certains affirment que si jamais il devait y avoir quelque chose de semblable à une « influence du droit » (ou « normativité juridique »), cela devrait être réduit à une sorte de collection de règles empiriques générée par la pratique juridique des juristes eux-mêmes. [Frydrych, 2022]

Toutefois les réalistes américains estiment plutôt qu'il est rare que le droit – s'il est compris comme des normes, textes ou ordres – crée un effet direct sur le comportement humain. Mesurer l'efficacité du droit en termes de chiffres reste essentiellement une question quantitative – p. ex. les agents du fisc connaissent bien le nombre de déclarations qu'ils reçoivent chaque année, tout comme la police connaît le nombre de personnes incarcérées. Le scepticisme à l'égard des règles juridiques doit donc constituer le principe de base de toute théorie réaliste du droit. Au sein de celle-ci, il existe des nuances et des différences importantes quant au rôle des règles dans la prise de décisions judiciaires. Le plus important ici est de souligner que les réalistes ne traitent pas le problème de la normativité juridique comme le problème principal de la théorie du droit. Par contre, ils estiment que la science juridique doit faire des *prédictions*, si possible, par l'observation de faits extra-juridiques. Le droit et l'économie classiques et la théorie juridique comportementale partagent certains héritages du réalisme américain sans tenir compte des critiques formulées par d'autres écoles de pensée juridique, notamment le positivisme normatif ou le droit naturel.

Pour *les réalistes scandinaves*, « la validité, ou la force obligatoire, ne sont pas une propriété inhérente au système juridique, mais quelque chose qui dérive des principes du droit naturel. »

[Ross, 2004:56.] Selon Ross, le problème avec la philosophie de Bentham est que celui-ci pense que le plaisir est évidemment bon en soi. [Ross, 2004:70] Les réalistes français comme Eric Millard, Pierre Brunet ou Michel Troper nient aussi finalement la pertinence de toute théorie juridique qui s'appuie sur une méta-éthique cognitive, y compris la pensée utilitariste. Ils imaginent le droit comme un ensemble de causes et d'effets sans rien dire de l'objectif législatif. À cet égard, Thaler et Sunstein agissent davantage comme des philosophes en suggérant des nudges visant à promouvoir *une vie meilleure* pour chacun d'entre nous.

Il reste primordial que dans tous ces contextes, les nudges ont *un impact* qui provoque une décision tout comme la loi de causalité détermine aussi un certain comportement. Par conséquent, face à un nudge, il est tout aussi possible d'utiliser des contre-incitations (par ex. un hamburger végétarien et chips végétariennes contre les hamburgers et chips classiques), de mélanger des incitations (par ex. la promotion d'un chewing-gum pour remplacer la cigarette et pour mieux nettoyer les dents) ou de renforcer le droit par des incitations (par ex. une législation obligatoire sur la vente et le design des boîtes de cigarettes mais rangées selon les préférences du magasin). Par contre, certaines de ces options sont impossibles à mettre en œuvre dans un système juridique. Une contre-loi crée un antagonisme au sein du système juridique hiérarchique (par ex. la coexistence d'une loi et d'une contre-loi constitue clairement une inconstitutionnalité au sein du système) et le conflit entre une source juridique et une source infra-juridique impliquerait un vide juridique réglementaire (par ex. l'incitation à louer une trottinette électrique laissant intentionnellement sans réponse la question de savoir comment classer de ce moyen de transport : comme trottinette ou comme scooter[10]?).

Le but du *nudging* est tout simplement *d'être efficace* étant donné que son objectif est de modifier le contexte de la décision pour produire un impact direct, voire de remplacer le processus décisionnel. Comme vu précédemment, selon certains théoriciens, l'idée de la législation « indirecte » chez Jeremy Bentham est identique : il ne s'agit pas d'influencer la volonté humaine, mais ses autres capacités qui ne sont pas la volonté, comme les émotions, les goûts ou les caprices notamment. Selon Thaler et Sunstein, un *nudge* est également « tout aspect de l'architecture de choix qui modifie le comportement des gens de manière prévisible sans interdire aucune option ni modifier de manière significative leurs incitations économiques. » [Thaler & Sunstein, 2008]

Pour être qualifiée de « nudge », la régulation contextuelle doit être modeste et peu coûteuse à mettre en œuvre. Toutefois, bien que l'objet de la régulation soit le contexte, il s'agit d'un impact direct, mis en œuvre *sans médiation normative*. Ce caractère « direct » fait partie de la conceptualisation du nudge, impliquant ainsi l'efficacité au sens qualitatif. Si certaines conditions sont respectées, les nudges sont toujours efficaces. Ainsi, le nudge est diamétralement opposé au droit positif : nous ne savons pas comment le droit positif influence concrètement le comportement humain et nous demeurons agnostiques à l'égard du contexte de compliance avec la règle juridique (p. ex. du moment où on paie ses impôts, peu importe si on remplit sa déclaration assis ou debout). Grâce aux études en science comportementale, non seulement nous savons que les nudges modifient « l'architecture des choix » mais aussi comment ils le font, c'est-à-dire quelle partie de notre cerveau ils mobilisent. Si nous ne pouvons prédire l'efficacité exacte d'une loi, le nudge, lui, opère de manière assez prévisible, étant donné que les biais cognitifs des humains – selon Sunstein et Thaler – déterminent d'une façon prévisible certaines de nos décisions ; et enfin, alors qu'une loi est obligatoire, les

nudges, en vertu de leur définition, ne peuvent être ni « valides » ni « invalides ». Si une telle régulatrice est très séduisante car elle répondrait à la question du *que je vais-je faire*, elle remet en question la régulation sociale classique de manière radicale en effaçant même la première question de la philosophie pratique : *que dois-je faire* ?

Étant donné que, selon la méthodologie positiviste sous-jacente, une règle juridique exerce un impact direct (c'est-à-dire une loi physique-causale), la prévisibilité du *nudging* ne reste qu'un *marqueur quantitatif* et, surtout, ne dit rien sur *la nature du droit*. Heureusement, une telle observation ne correspond pas aux faits empiriques de nos sociétés où vivent des individus libres et autonomes ; donc les gens qui payent ou ne payent pas leurs impôts, qui volent ou ne volent pas et qui commettent ou ne commettent pas d'autres actes illégaux. Tandis que le droit doit avoir la capacité de modifier les comportements indirectement par les règles juridiques ou par autres raisons pratiques (comme d'ailleurs notre langage humain aussi), les nudges cherchent à influencer directement, sans moyen intermédiaire (très souvent par une communication non-verbale comme le fameux ballon de foot dans le pisseoir de l'aéroport Schiphol à Amsterdam) entre la personne et l'action. Cela signifie que non seulement la sanction est absente en cas de *nudging*, mais aussi la persuasion. Ainsi, remarquons que l'absence de persuasion en tant qu'objectif, et de sanctions en tant que conséquence, constitue l'essence du nudge. Par contre, étant une entreprise rationnelle, la persuasion est essentielle pour le concept de droit en tant que raisonnement pratique. Néanmoins il faut ajouter que dans ce domaine, il existe de nombreuses théories. Il semble donc prudent d'affirmer simplement que ce concept de droit en tant que raisonnement pratique peut fonctionner ou non en référence à la sanction. Assez curieusement, alors que le post-positiviste de Raz nie l'importance de sanction dans la conceptualisation du droit, la philosophie du droit naturel développée par John Finnis souligne que la sanction est une nécessité conceptuelle pour le droit positif.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que si le droit ne doit être que raisonnable et persuasif, sa réalisation *de facto* peut être mise en péril par la non-observation des recommandations juridiques. Pour reprendre la théorie de Weber, on peut insister sur le fait que l'existence du droit n'est qu'une *probabilité* que le comportement humain soit influencé par la règle juridique. Ainsi, c'est autour de l'exigence de l'efficacité qui s'articule très souvent la démarcation entre les concepts de nudge et droit. Ce n'est pas un mince défi pour mon concept du droit en tant que raisonnement pratique que de constater que l'incitation par le nudge, à moins que la personne incitée n'évite la situation, est toujours efficace. Néanmoins, quel est le prix à payer pour atteindre une efficacité de près de 100 % en termes de coûts éthiques ? Ainsi, même avec moins d'efficacité le droit en tant que raisonnement pratique semble respecter davantage les êtres humains ordinaires en tant que citoyens raisonnables.

Cela correspond à l'image du concept de droit que je défends ici : il propose de comprendre le droit comme une pratique sociale qui génère les raisons de nos actions et parmi ces raisons, il y a le caractère spécifique préemptif du droit. C'est donc une raison pratique qui *prive de sens* les autres raisons pratiques possibles de l'action. La thèse de la préemption est la suivante : *the reasons of an authority replace the first order reasons that a subject might have to act in a certain way, preempting the background reasons that might militate against the authoritative directives and replacing them with their own requirements* [Raz, 2009:141]. Faisant abstraction de cette théorie, il me faut ajouter que les raisons pratiques comme parties du

raisonnement pratique sont « enveloppées » par les moyens rhétoriques juridiques qui déclenchent très souvent les mêmes automatismes que les *nudges* (p. ex. les individus imitent le comportement de la majorité). Le *nudge*, en tant qu'incitation non financière, est donc susceptible de déclencher directement un certain automatisme à l'intérieur du cerveau sur la base de préjugés cognitifs, comme la loi de causalité. Par ailleurs c'est la raison pour laquelle le *nudge* – à l'instar du pissoir de Schiphol – n'est pas verbal, tandis que le droit est codifié et doit agir par la communication verbale ou écrite. Sans qu'il soit nécessaire de persuader au préalable la personne nudgée, son comportement est donc directement influencé par le nudgeur.

Si vous aimez les comparaisons philosophiques un peu kitsch, voici un autre exemple : non seulement *la chouette de Minerve* commence à voler au début de la nuit, mais aussi le *nudge* opère-t-il dans l'obscurité. La différence est que Minerve représente la rationalité humaine, alors que les *nudges* profitent de nos faiblesses de manière systématique. Cependant, c'est comme si les théories du *nudge* voulaient promettre que cette réglementation est éthique dans la mesure où une personne potentiellement nudgée a toujours la possibilité d'éviter la situation dans laquelle un *nudge* est impliqué. On pourrait objecter que tel argument est conceptuellement impossible dans le cas de la régulation juridique. D'une part, il est impossible de migrer du monde juridique vers un pays sans droit : *ubi societas, ibi ius*. C'est parce que raisonner pour répondre à une question pratique fait partie de l'essence de l'Homme qui vit dans une société : « Le raisonnement pratique est par nature ... un raisonnement conduit avec les autres ... au sein d'un ensemble donné de relations sociales. » [Macintyre, 2020:153]

D'autre part – comme l'affirme Dworkin [Dworkin, 1977] dans ses critiques classiques du positivisme juridique – les règles juridiques comme source exclusive du droit (selon le concept positiviste du droit) suivent une logique du « tout ou rien » : soit une personne se conforme à une règle juridique obligatoire donnée, soit-elle ne s'y conforme pas. Il n'y a donc pas de troisième voie. Or, ce concept des positivistes n'est pas opérant et il faut admettre avec Dworkin que d'autres sources juridiques – les droits moraux, les principes du droit et de la justice, la doctrine juridique, la tradition et la coutume, etc. – existent aussi.

Conclusion

Il est peut-être opportun de rappeler une fois encore que mon étude a pour ambition de plaider en faveur d'une meilleure notion de droit (*ibi ius*) s'opérant au sein de notre société (*ubi societas*). Du point de vue de nos républiques justes, il est capital pour cette notion de promouvoir non seulement *une régulation plus solidaire* au niveau individuel qu'un mauvais concept de droit (proposé par les positivistes normativistes et les réalistes), mais aussi *une régulation plus légitime* du point de vue du bien commun qu'une technique directe infra- ou non-juridique du management public telle que le *nudge*.

Bien sûr, les gens ordinaires ne peuvent pas vivre une vie pleine de sens en ne suivant que les règles du raisonnement pratique pures et strictes de l'éthique utilitariste ou kantienne. Sans doute, le droit en tant que raisonnement pratique est aussi trop formaliste et sec en soi. Il lui faut donc utiliser des dispositifs rhétoriques afin de persuader un public concret. La rhétorique juridique doit donc suivre comme son ombre le concept du droit en tant que raisonnement pratique, afin de rendre un raisonnement juridique hautement abstrait plausible pour un public concret. Selon l'approche rhétorique, ce n'est pas la logique (formelle ou déontique) qui

doit régir l'argumentation juridique mais les lieux comme l'espace pour le discours et les orateurs. En ce qui concerne *la rhétorique juridique*, cette dernière est aujourd'hui un terme générique à connotation très souvent péjorative dans la mesure où elle est un synonyme de manipulation qui, en réalité, ne renvoie simplement qu'à l'étude des efforts persuasifs et à l'organisation du discours à cette fin. Pour Perelman, il ne s'agit pas de manipulation mais plutôt d'adaptation : « L'orateur, dit-il, s'il veut agir efficacement par son discours, doit s'adapter à son auditoire. » [Perelman, 1997:35] On peut aussi comprendre la rhétorique comme un exposé d'arguments visant à persuader l'audience de vivre une vie bonne, par exemple, dans une conception aristotélicienne.

Les bons législateurs sont chargés d'influencer les citoyens par le recours à la persuasion juridique plutôt que d'imposer un impact direct sur leur comportement. Bien entendu, les législateurs ne doivent pas se limiter à éviter tout nudge, y compris celui qui renforce la capacité à prendre de meilleures décisions. Un usage intelligent de quelques nudges de ce type permet de fournir plus d'informations pour répondre à une question pratique de la vie. Toutefois, cette observation n'affecte pas mon argumentation, tout simplement parce que de nombreux nudges n'ont que très peu ou pas de pertinence juridique. Ainsi, on est ici amené à encourager le législateur à continuer d'*influencer* les citoyens par le biais de la persuasion juridique au lieu de recourir à un *impact direct* sur leur comportement. Bien entendu, le législateur ne doit pas se borner à éviter tous les nudges y compris ce qui renforcent les capacités de bonne décision. Une utilisation intelligente de quelques nudges permet d'avoir plus d'informations afin de répondre à une question pratique de la vie. Cependant cette observation ne perturbe pas mon argumentation car beaucoup de *nudge* n'ont aucune pertinence juridique. S'il s'agit d'un cas juridique, au contraire, la longue histoire de la rhétorique juridique prouve que nombreuses techniques non-juridiques (comme les nudges) ont été utilisées par les juristes pour rendre leur argumentation pratique plus plausible. Le *nudging*, comme la manipulation communicative, fait référence aux techniques utilisant l'influence directe (ou impact) et le conditionnement (Nardone, 2015:25). Le véritable problème des nudges se pose surtout lorsque l'impact *affaiblit directement* l'autonomie des agents du raisonnement. La situation se dégrade complètement si cette revendication est étayée par une remise en question totale du rôle du droit dans la société. Une telle revendication douteuse peut avoir été alimentée par une théorie politique utopique de la démocratie de marché. Une telle « démocratie » dirigée par des managers platoniques utilise toute la gamme du marketing pour influencer directement la population sans médiatisation du droit et du raisonnement.

[1] Benjamin Spock (1903–1998) est un pédiatre américain, auteur du livre *The Common Sense Book of Baby and Child Care* en 1946 (traduit en 1952 sous le titre *Comment soigner et éduquer son enfant*), qui devint un best-seller mondial (en 1998 plus de 50 millions d'exemplaires traduits en 39 langues). L'auteur présent a également été élevé sous l'autorité de ce livre mythique.

[2] Voici quelques caractéristiques de l'autorité parentale : elle est l'apanage des père et mère ; elle se définit par sa finalité, notamment l'intérêt de l'enfant ; elle se confronte et se combine avec les « droits de l'enfant. » [Dekeuwer-Defossez, 2013:195]

[3] L'idée même de l'Homme ordinaire (H'Omeur-Dînaire) qui vit « Quelque part » (ici : à Trap-Euqleuq) est inspirée de l'essai classique d'Alf Ross [Ross, 1999/2013] sur la pratique du « tû-tû » développée par une tribu vivante à *Nowhere* (*Erehwon*).

[4] Je suis donc d'accord avec la critique de Posner [Posner, 1998:1675] de la *Théorie de la justice* de John Rawls. Rawls imagine la personne rationnelle comme un moi unique, ayant des préférences cohérentes tout au long de sa vie d'adulte. Selon Posner, par contre, il n'y a rien d'irrationnel à avoir une séquence de sois (jeune, d'âge moyen, âgé, en bonne santé, malade, etc.) avec des préférences différentes, voire irrationnelles, ou de jouer une variété de rôles simultanément (mère, banquier, pilulier, etc.), c'est à dire sans respecter une certaine cohérence « narrative » de vie.

[5] Par ailleurs, indépendamment de la question des agents vulnérables, la théorie du *nudge* ne répond point à une série de questions normatives et centrales : pourquoi est-il si important de décider rapidement et intuitivement ? Par exemple, à propos de l'assurance maladie ? Et quelle est la raison particulière pour laquelle nous devrions décider non seulement vite mais aussi intuitivement ? Quelle est la valeur axiologiquement intrinsèque de l'intuitivité ? Quel type d'action pourrait être justifié par ce concept ? Pourquoi doit-on paternaliser les individus ? Les universitaires en faveur des *nudges* pensent-ils vraiment que les citoyens de nos républiques soient incapables de comprendre les enjeux de l'assurance maladie, alors que ces mêmes citoyens disposent d'un temps potentiellement illimité pour se rendre aux urnes et voter en faveur d'un parti politique X avec un programme politique de 30-50 pages ? Et qu'en est-il lorsqu'ils reçoivent des dizaines de pages de conditions générales à lire et comprendre avant d'obtenir un microcrédit dans n'importe quelle banque ?

[6] Cet exemple s'apparente au dialogue du législateur français avec les automobilistes ordinaires pour les amener à respecter les règles (obligatoires) de stationnement. Nous avons tous lu « Tu prends ma place ? Prends mon handicap ! ». Je comprends ce panneau de stationnement (sans effet juridique propre) comme un effort pour convaincre les conducteurs que les règles juridiques du parking ne sont pas, en effet, destinées à culpabiliser les conducteurs, mais au contraire, à souligner que le législateur et les conducteurs doivent agir ensemble d'une manière juste et solidaire envers les membres de la population vulnérable.

[7] Ulpien, Digeste, I, 1,1 La Justice, c'est une volonté constante et durable d'attribuer à chacun son droit. (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.*)

[8] ... *his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it.* (Prohibitions del Roy (1607) 12 Co, Rep. 63.)

[9] Mon lecteur se souvient peut-être de l'étrange instruction (publié par Le Maire de Biarritz, *Lettre d'information* du 6 avril 2020) suivant sur le fait de s'asseoir sur le banc pendant la pandémie : « Sauf circonstances particulières (attente du bus, des services médicaux ou raison de santé), la station assise d'une durée de plus de deux minutes sur un banc ou sur un espace assimilable est désormais interdite. » Nous pouvons être d'accord sur le fait qu'il est injuste et

abusif de criminaliser quelqu'un pour s'être assis sur un banc public pendant « plus de deux minutes. » Cependant, c'est la durée de l'assise qui fait la différence entre un sans-abri et un bon citoyen de la république, n'est-ce pas ? Entre ces deux extrêmes, s'asseoir et vivre sur un banc, nous pourrions trouver les *market nudges* de la restauration rapide qui utilise des chaises fantaisistes mais inconfortables pour envoyer un message clair : veuillez manger ici, c'est un endroit agréable, mais faites-le aussi vite que possible !

[10] D'un point de vue éthique, c'est encore pire si l'objectif réel du nudge sert de prétexte pour atteindre en effet un autre objectif : la réduction de l'utilisation des sacs en plastique dans les magasins, pour des raisons prétendues de protection environnementale, peut également servir à justifier le licenciement de certains employés peu instruits qui étaient responsables du nettoyage des locaux ; lorsque les hôtels cherchent à augmenter leurs bénéfices en réduisant les coûts dus à des clients qui emportent certains objets de leur chambre d'hôtel en guise de « souvenir » (télécommandes, serviettes, etc.), la direction communique aux clients de l'hôtel que la valeur de tout vol de la chambre hôtel sera directement déduite du salaire du personnel de l'hôtel, en particulier des femmes de chambre.

Bibliographie

Amir, On, and Lobel Orly. 2008. "Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy." *Columbia Law Review* 108(8):2098-i.

Bozzo-Rey, Malik. 2018. « Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements : le cas de la législation indirecte et des *nudges* » in Bozzo-Rey, Malik et Anne Brunon-Ernst, eds., *Nudges et normativités, Généalogies, concepts et applications*, Paris : Hermann, 25-56.

Campbell, David. 1996. *Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot U.K.: Dartmouth

Carpentier, Matthieu. 2021. « Le sens focal du droit et les méthodes de la philosophie du droit », Colloque « Actualité du droit naturel », Université Paris Est Créteil, le 5 février 2021. (Manuscrit à paraître.)

Cserne, Peter. 2018. « Les nudges sont-ils des outils extra-juridiques ? », in Bozzo-Rey, Malik et Anne Brunon-Ernst, eds., *Nudges et normativités, Généalogies, concepts et applications*, Paris : Hermann, 121-146.

Dekeuwer-Defossez, Françoise. 2013. « L'autorité parentale confrontée aux droits de l'enfant : l'approche du juriste » in *Le lien familial : questions et promesses. Penser l'éthique de la famille aujourd'hui*, Arènes, Jacques et Dominique Foyer, eds. Paris : Desclée de Brouwer, 193-215.

Descombes, Vincent. 2007. *Le raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique*, Paris : Seuil

Dworkin, Ronald M. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, M.: Harvard University Press

Dworkin, Ronald M. 1986. *Law's Empire*. London: Fontana Press

Elster, Jon. 1975. *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Paris : Aubier Montaigne

Frydrych, David. 2022. "Legal Realism and 'Working' Rules." *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 35(2): 321–364.

Hart, Herbert L. A. 1985. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press

Hart, Herbert L. A. 2005. *Le concept de droit*, tr. fr., Bruxelles : F.U.S.-L. 2^e éd.

Kelsen, Hans. 1962. *Théorie pure de droit*, tr. fr., Paris : Dalloz 2^e éd.

Levitt, Steven D. and John A. List. 2008. "Economics: Homo Economicus Evolves." *Science* 319[February]:909–910.

Macintyre, Alesdair. 1999. *L'Homme, cet animal rationnel dépendant. Les vertus de la vulnérabilité*, tr. fr., Paris : Tallandier ESSAIS

Nardone, Giorgio. 2016. *L'art noble de la persuasion. La magie des mots et des gestes*, trad. fr., Paris

Paksy, Mate. 2022. *Penser le droit rationnellement pour lire le monde juridiquement. Essais en philosophie du droit*, Paris : Mare & Martin

Perelman, Chaïm. 1997. *L'Empire rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Paris : J. Vrin 3^e éd.

Posner, Richard. 1998. "The Problematics of Moral and Legal Theory." *Harvard Law Review* 111(7):1637–1717.

Postema, Gerald J. 1979. "The Expositor, the Censor, and the Common Law." *Canadian Journal of Philosophy* 9(4):643–670.

Postema, J. Gerald 1982. "Bentham's Early Reflections on Law, Justice and Adjudication." *Revue Internationale de Philosophie*, « Bentham et l'utilitarisme modern / Bentham and Modern Utilitarianism. » 36(141/3):219–241.

Quinn, Michael. 2022. *Bentham*. London: Polity Press

Raz, Joseph. 1994. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press

Ross, Alf. 1999/2023. « Tû-Tû », tr. fr., *Enquête* [En ligne], 7 | 1999, mis en ligne le 17 juillet 2013, consulté le 15 novembre 2023. <http://journals.openedition.org/enquete/1586>

L'auteur :

Mate PAKSY est maître de conférences, ETHICS EA 7446, Lille

[← Article précédent](#)



13, allée François
Mitterrand,
49036 ANGERS



La revue

[Contact](#)
[Mentions légales](#)
[Politique de confidentialité](#)

Les partenaires

[L'Université d'Angers](#)
[Le CJB](#)

Copyright © 2024 Nomopolis | Powered by Nomopolis