



Loi, justice et droit

Extraits de dictionnaires et
d'encyclopédies

Objet : Étudier les concepts liés au droit et à la justice.

Contenu : Définitions et philosophie encyclopédique.

Public concerné : Néophyte.

14 février 2022

Préambule

Ce document est une compilation d'articles provenant de quatre ouvrages : un dictionnaire encyclopédique de poche, *La pratique de la philosophie* destiné aux lycéens, une encyclopédie de la philosophie destinée aux néophytes, et le dictionnaire philosophique d'André Comte-Sponville. les chapitres contiennent les articles des trois premiers ouvrages, les articles du dictionnaire de philosophie d'André Comte-Sponville sont reproduits en annexe.

Chaque chapitre contient les articles correspondant à une notion particulière. Ces notions ont été choisies en raison de leurs liens avec la question du droit. Ces choix ont été guidés : 1. Par les renvois vers d'autres articles présent dans les ouvrages, 2. Mes propres choix, liés à ma subjectivité, 3. La volonté d'obtenir une quantité raisonnable d'information.

Dans l'ouvrage *La pratique de la philosophie*, l'article concernant le droit contient un paragraphe concernant le droit naturel. Le chapitre concernant le droit contient ce paragraphe. Le chapitre concernant le droit naturel ne reproduisant que l'article de l'ouvrage l'*Encyclopédie de la philosophie*. J'ai reproduit en annexe les articles concernant John Rawls.

Les articles compilés dans ce document comportent donc les choix "discutables" réalisés dans les trois ouvrages utilisés. Il s'agit donc d'un document de travail destiné à apporter quelques éléments de réflexion et une synthèse relativement élémentaire des points de vues philosophiques.

Stephan Runigo

Table des matières

1	Droit	1
1.1	Dictionnaire encyclopédique	1
1.2	Pratique de la philosophie	1
1.2.1	L'impossibilité de fonder le droit sur le fait	1
1.2.2	Droit naturel et droit positif	2
1.2.3	Les conditions de légitimité du droit	2
1.3	Encyclopédie de la philosophie	3
1.3.1	La tradition antique et médiévale	3
1.3.2	Le jusnaturalisme moderne	3
1.3.3	La crise du droit naturel	5
1.3.4	La crise du positivisme et du formalisme	5
2	Droit naturel	8
2.1	Encyclopédie de la philosophie	8
2.1.1	Les racines du droit naturel dans l'Antiquité	8
2.1.2	L'inflexion donnée au concept de droit naturel par le christianisme	10
2.1.3	La naissance du droit naturel moderne	11
2.1.4	Les théoriciens du droit naturel moderne	11
2.1.5	L'usage du concept de droit naturel par la philosophie politique classique	12
2.1.6	Les critiques du droit naturel	13
2.1.7	Droit naturel et droits de l'homme	13
3	Justice	15
3.1	Dictionnaire encyclopédique	15
3.2	Pratique de la philosophie	15
3.2.1	La justice, vertu globale	15
3.2.2	La justice comme norme du droit	16
3.2.3	JUSTICE DISTRIBUTIVE	16
3.2.4	JUSTICE COMMUTATIVE	17
3.3	Encyclopédie de la philosophie	17
3.3.1	La <i>dikè</i> et la <i>dikaïosunè</i> des Grecs	17
3.3.2	La <i>justitia</i> et le <i>jus</i> des Romains	18
3.3.3	Les conceptions médiévales	18
3.3.4	La notion moderne de justice	18
4	Loi	20
4.1	Dictionnaire encyclopédique	20
4.2	Pratique de la philosophie	20
4.3	Encyclopédie de la philosophie	21

A	André Comte-Sponville	23
A.1	Droit	23
A.2	Droit naturel	23
A.3	Droit positif	24
A.4	Justice	24
A.5	Loi	25
B	John Rawls, encyclopedie de la philosophie	26
C	John Rawls, pratique de la philosophie	28
C.1	Pratique de la philosophie	28
C.1.1	Repères biographiques	28
C.1.2	Un premier paradoxe	28
C.1.3	Deux principes de base	28
	Bibliographie	30

Chapitre 1

Droit

1.1 Dictionnaire encyclopédique

droit (*nm*) **1** Faculté d'accomplir une action, de jouir d'une chose, de l'exiger. **2** Taxe, impôt. *Droit sur le tabac*. **3** Ensemble des dispositions juridiques qui règlent les rapports entre les hommes. *Droit civil, droit pénal*. **4** Science des règles juridique. **Loc.** *Avoir droit à* : pouvoir prétendre à.

1.2 Pratique de la philosophie

DROIT

Le droit (du latin *directus*, « sans courbure ») est né de la nécessité de régler, voire de rectifier les relations entre les hommes. Comme le dit Kant, les hommes sont insociablement sociables : ils veulent vivre en société, car ils savent que c'est nécessaire (sociabilité), mais chacun n'est pas disposé à s'imposer à lui-même les exigences entraînées par cette existence collective (insociabilité). Livrés à eux-mêmes, les rapports humains seraient donc passionnels, engendreraient conflits et insécurité, débouchant sur une situation contraire à l'objectif poursuivi par l'association. D'où la nécessité d'instituer un arbitrage impartial s'appliquant équitablement à tous. Il faut alors comprendre à quelles conditions un droit est véritablement un droit, garantissant réellement à chacun la faculté d'user de ses droits (« droits subjectifs »), mais lui imposant conjointement des devoirs légitimes.

1.2.1 L'impossibilité de fonder le droit sur le fait

Le droit est nécessairement institué : si sa fonction est de rectifier, il serait contradictoire qu'il aille chercher ses fondements dans ce qui est déjà là. Les faits ne justifient pas le droit. Dans un passage célèbre du *Gorgias* de Platon (483b sq.), l'un des personnages, Calliclès, affirme que le droit, qui met les hommes à égalité devant la loi, est injuste. La véritable loi, c'est le fait de la nature — l'inégalité : « Si le plus fort domine le moins fort et s'il est supérieur à lui, c'est là le signe que c'est juste [...] conformément à la nature du droit, c'est-à-dire conformément à la loi, oui, par Zeus, à la loi de nature... » Une telle volonté de rabattre le droit sur des rapports de force naturels est en réalité un déni du principe même du droit : réduisant le droit au fait, elle refuse le droit au profit de la violence, Socrate a du reste beau jeu de répondre que si on se ralliait à cette thèse, il faudrait se soumettre à la foule des « faibles » qui, toujours plus forte que Calliclès, imposerait sa loi... Mais en réalité, aucune force, fût-ce celle de la foule, ne fondera jamais aucun droit. Comme le montre magistralement Rousseau (*Du contrat social*, I, 3), l'idée de « droit du plus fort » est contradictoire dans les termes. Parce que le « plus fort »,

en effet, n'existe pas : s'il suffisait d'être « plus fort » pour être toujours le maître, on ne ferait pas appel au droit. Parce que se réclamer du droit, c'est instituer des obligations durables, irréductibles aux faits réels, qui peuvent bien les violer, mais ne sauraient les annuler : il ne suffit pas qu'un voleur ait la force ou l'habileté de me prendre mon portefeuille pour en faire sa propriété légale, même s'il le possède en fait. Un droit digne de ce nom ne saurait être « un droit qui périt quand la force cesse ». Pour comprendre que le « droit du plus fort » est une absurdité, il suffit de voir qu'il suffirait alors d'avoir la force de désobéir pour en avoir le droit.

1.2.2 Droit naturel et droit positif

Si le droit ne peut se fonder par le fait, il faut cependant admettre que les faits nous imposent le droit. C'est ce que démontrent les théoriciens du « droit naturel ». Il ne s'agit pas pour eux de voir dans la nature un modèle du droit, mais d'établir que, imaginés sans société ni loi, les hommes seraient obligés d'instaurer le droit. Pour Hobbes, par exemple, c'est en vertu de la « loi de nature » qui « interdit aux gens de faire ce qui mène à la destruction de leur vie » (*Léviathan*, chap. XIV), qu'il serait obligatoire de sortir de cet état d'insécurité en instaurant l'association, le droit et le pouvoir qui l'institue. Même chez Hobbes donc, pourtant théoricien de la souveraineté absolue, c'est pour corriger la nature et empêcher les rapports de force inter-individuels que les hommes ont institué le droit. Le droit naturel n'est pas un droit existant naturellement, mais la mise en évidence de la vraie nature du droit. Ce n'est pas la nature, mais la raison qui institue le droit, précisément pour corriger la nature. Si bien qu'il devient possible de se réclamer du droit naturel pour combattre les excès des différents droits positifs (les systèmes juridiques tels qu'ils sont réellement institués dans les diverses sociétés). Ici encore, le droit (naturel) rectifie le fait (le droit positif). De ce point de vue, les critiques adressées à l'idée de droit naturel (cf. par exemple Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934) ont tout à fait raison de refuser qu'il se réduise aux simples commandements de la nature ou de Dieu, mais n'éliminent pas la question de savoir ce qui fonde le droit, sauf à courir le risque de réduire la norme au fait (les systèmes de droit positif et leur logique interne).

1.2.3 Les conditions de légitimité du droit

S'interroger sur ce qui fonde le droit, c'est se demander à quelles conditions une loi est juste — et cela seul nous autorisera à parler de « lois injustes », à distinguer légitimité et simple légalité, et à penser les conditions d'un droit de résistance à l'oppression. En dépit de ses limites (parce qu'il fait délibérément abstraction des conditions historiques d'existence du droit positif, toujours déjà là), le modèle théorique du contrat nous fait clairement comprendre que la logique interne du droit, c'est la réciprocité : il faut que le droit soit institué de telle sorte que chacun, pour peu qu'il soit suffisamment éclairé, y reconnaisse les conditions de satisfaction équitable de ses intérêts. Comme le montre très bien Rousseau, la condition fondamentale de légitimité du droit — et du pouvoir qui l'institue — c'est sa conformité à la volonté générale, qui n'est jamais addition et soustraction de volontés particulières aveuglées par des intérêts privés, mais recherche de l'intérêt général. S'il remplit ces conditions, le droit pourra user de la force (droit pénal), non plus comme d'un fondement abusif, mais comme d'un instrument de respect des lois, c'est-à-dire de liberté. Car, puisque le droit est rendu nécessaire par l'incapacité des individus à régler spontanément leurs relations, il serait vain d'imaginer qu'il suffise de promulguer la loi pour la faire respecter. Contrairement à la morale, qui repose sur la seule autorité de la conscience de chacun, le droit est nécessairement contraignant. Peut-être faut-il ajouter que, né de l'imperfection de l'homme, le droit est lui-même toujours imparfait. Comme le dit Kant : « Dans un bois aussi courbe que celui dont est fait l'homme, on ne peut rien tailler de tout à fait droit. La nature ne nous impose que de nous rapprocher de cette idée » (*Idée d'une histoire*

universelle [...], 6^e proposition). De là les ambiguïtés de la notion de justice : si la justice au sens légal peut être déclarée injuste, c'est précisément parce que l'humanité, incapable de se conformer entièrement à son essence morale, fait du droit, selon la belle expression de Kant, « une idée à réaliser dans un horizon infini », c'est-à-dire à laquelle on n'a jamais le droit de renoncer, vers laquelle on doit toujours avancer, mais qu'on ne doit jamais croire totalement accomplie.

TEXTES CLÉS : Platon, *Criton*; Th. Hobbes, *Du citoyen*; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*; E. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*.

TERME VOISIN : légalité.

TERME OPPOSÉ : état de nature ; fait ; violence.

CORRÉLATS : devoir ; institution ; justice ; légalité ; loi ; personne ; pouvoir.

1.3 Encyclopédie de la philosophie

philosophie du droit

Discipline qui étudie les fondements du droit, sa nature et sa valeur par rapport aux valeurs éthiques et politiques, tandis que l'étude du droit positif comme donnée objective relève spécifiquement des sciences juridiques.

1.3.1 La tradition antique et médiévale

La discussion autour de la signification, des limites et du fondement des lois accompagne, depuis les origines, le développement de la philosophie occidentale. Dans *La République* platonicienne, se trouve posé le problème qui fonde la philosophie du droit : celui du rapport entre droit et pouvoir. La solution de Platon fonde l'autonomie du droit par rapport au pouvoir sur l'essence universelle et transcendante de la justice. D'où la distinction, fondamentale dans l'histoire de la philosophie du droit occidentale jusqu'à l'âge moderne, entre droit naturel et droit positif, entre le modèle d'un ordre parfait, fondé sur l'essence immuable de la nature humaine, et l'ordre changeant et imparfait émanant d'un pouvoir historiquement déterminé. Si, pour Platon et Aristote (*Éthique à Nicomaque*), le droit ou plutôt le « juste » naturel se présente comme l'expression de la rationalité de la nature humaine, au Moyen Âge cette autonomie de la raison humaine est rapportée à la Révélation divine. Les œuvres principales de la philosophie chrétienne médiévale, depuis *La Cité de Dieu* (*De civitate Dei*) de saint Augustin jusqu'à la *Somme théologique* (*Summa theologiae*) de saint Thomas, définissent la loi naturelle (*lex naturalis*) comme un reflet dans l'homme de la loi divine (*lex divina*). Toutes deux sont des émanations de l'essence divine, raison pour laquelle le droit naturel est ce qui permet à l'homme de participer à l'ordre de la providence divine. Un droit naturel est donc reconnu comme fondement du droit positif, mais il est subordonné à la loi divine.

1.3.2 Le jusnaturalisme moderne

On peut considérer que la crise des fondements théologiques du droit coïncide avec la période des guerres de Religion, qui marquent le processus de constitution de l'État moderne et le processus de laïcisation du savoir. À cette époque, l'idée du droit naturel est reprise systématiquement par la doctrine du *jus naturale* (« droit naturel » qui a donné « jusnaturalisme »). L'ensemble des positions théoriques relevant de cette dénomination, même très différentes entre

elles, trouve son unité dans le choix de la méthode rationnelle et dans la tentative de donner à la science du droit et de la morale un statut épistémologique analogue à celui des sciences mathématiques, en la libérant des conflits insolubles provoqués par la crise de l'universalisme religieux. Ce principe méthodologique apparaît pour la première fois dans le *Droit de la guerre et de la paix* (*De jure belli ac pacis*, 1625) de Grotius, et il est précisé de manière rigoureuse et déductive dans l'œuvre de Hobbes. Chez Grotius, l'affirmation du caractère spontanément normatif de la raison humaine revient à s'opposer, d'un côté, à la dogmatique théologique de la scolastique et du calvinisme, et, de l'autre, à la théorie moderne de l'État qui, avec *Le Prince de Machiavel* et *La République* (1576) de Jean Bodin, plaçait le pouvoir du souverain en dehors de toute limitation morale et juridique. Pour Grotius donc, dans la mesure où il est fondé sur la sphère de la raison pure, le droit naturel est à la fois antérieur et autonome par rapport à tout pouvoir divin et humain. Mais la construction de Grotius reposait encore sur la conception aristotélicienne, stoïcienne et scolastique de l'homme comme « animal naturellement social », parce qu'il voyait dans l'*appetitus societatis* la donnée première de la nature humaine. Dans le *De cive* (1641), Hobbes réfute cette idée de manière radicale, et il instaure une dichotomie entre l'état de nature où, entre les individus isolés, ne peut que régner la guerre de tous contre tous, et l'état civil, dans lequel l'unité politique, loin d'être donnée *naturaliter*, est le produit du transfert des droits naturels de chaque individu à la volonté du souverain, qui monopolise la production du droit et ne connaît aucune limite qui résiderait dans le droit naturel des gouvernés. Le jusnaturalisme moderne en son entier adopte le couple dichotomique état de nature-état civil : il n'est plus question de développement linéaire entre société naturelle et société politique, entre individu et État. Le droit naturel exprime la dimension de la personne privée, dimension séparée et opposée à l'unité rationnelle du droit positif. De sorte que l'essence de l'État moderne est appréhendée dans le processus de centralisation et d'unification du politique, réponse à la crise du pluralisme de l'État féodal. Les termes qui entrent en jeu dans ce processus sont, d'un côté, les individus libres et égaux de l'état de nature, de l'autre, l'État qui naît de l'accord rationnel entre les individus, c'est-à-dire *in fine* du contrat ou du pacte social. L'État n'est donc plus le reflet d'un ordre cosmique à la fois divin et naturel, mais une forme technique et rationnelle de réglementation des rapports humains, légitimée par le consensus des individus. À l'intérieur de la philosophie moderne du droit, le rapport entre droit naturel des individus et pouvoir central de l'État détermine la différence entre État absolu et État limité ou libéral. De même, dans le *Tractatus theologico-politicus* (1670) de Spinoza, la constitution de l'État implique le renoncement presque total de l'individu aux droits naturels, même si, de façon significative, le droit à la liberté d'opinion et de jugement reste inaliénable. Dans *les Deux Traités sur le gouvernement civil* (1690) de Locke, au contraire, le droit public exprimé par le pouvoir d'État n'a d'autre fonction que de garantir tel un juge impartial la perfection du droit privé. Avec Rousseau et Kant, le schéma théorique du jus naturel subit d'importantes transformations. Dans le *Contrat social* (1762) de Rousseau, le transfert des droits naturels à l'État est total ; mais ce, dans la mesure où il n'identifie pas la liberté avec le droit naturel, mais avec l'obéissance à une loi établie par la raison humaine elle-même, et qui ne peut être établie que par un contrat social, qui, en aliénant tous les droits naturels, transforme l'homme naturel en citoyen. La *Métaphysique des mœurs* (1797) de Kant représente la forme théorique la plus accomplie de l'État libéral, comme État de droit et tout à la fois « personne morale », autorité universelle qui résorbe en elle-même la multiplicité des vouloirs. Pour Kant, le contrat sur lequel se fonde le passage à l'état civil n'est pas un acte de renoncement, total ou partiel, aux droits individuels, mais la reconnaissance d'un devoir et la condition de la liberté, dans la mesure où le sujet du contrat n'est pas l'homme empirique mais la personne morale en tant que sujet de la loi morale ; et donc l'État n'est pas, comme chez Locke, le simple garant des intérêts particuliers, mais l'unité morale de l'humanité associée.

1.3.3 La crise du droit naturel

L'œuvre de Hegel, depuis les écrits de la période de Iéna jusqu'aux *Principes de la philosophie du droit* de 1821, marque la crise irréversible des théories du droit naturel. Pour Hegel, l'État ne peut être fondé sur un contrat, car il ne peut être déduit de la somme des volontés individuelles. Il n'est pas une unité formelle et mécanique mais un tout substantiel et organique. Il n'est pas une volonté commune, somme des volontés particulières, mais une volonté universelle, une totalité éthique irréductible à chacun de ses composants individuels. Après Hegel, on ne peut plus opposer au droit positif un droit naturel entendu comme structure méta-historique de la personne privée. Chez deux des plus grands théoriciens contemporains de l'État moderne, Max Weber et Hans Kelsen, toute légitimation de l'État à caractère métaphysique, religieux ou encore jusnaturaliste se dissout dans l'identification complète entre droit et État. Dans *Économie et société* (1920), Weber situe la légitimité du pouvoir dans l'État moderne dans sa légalité, dans le fait qu'il soit exercé en conformité avec des règles établies rationnellement. La *Théorie pure du droit* (1933) de Kelsen représente l'État comme la personnification de l'ordre juridique dans sa totalité ; le pouvoir étatique en vient ainsi à coïncider avec la validité de cet ordre juridique. Le nœud qui maintient la différence entre ces deux systèmes théoriques, et qui en rend problématique aussi la cohérence interne, est encore une fois le rapport entre droit et pouvoir : la théorie weberienne du pouvoir légal analyse le droit en fonction du pouvoir, Kelsen appréhende le pouvoir en fonction du système normatif.

1.3.4 La crise du positivisme et du formalisme

On peut dire que la réflexion philosophique contemporaine sur la question juridique est une réflexion « post-positiviste », expression par laquelle on a coutume d'indiquer des attitudes qui, quoique différentes entre elles, ont en commun une position critique voisine à l'égard de l'un des traits caractéristiques du positivisme juridique, à savoir l'idée que les normes sont telles, non en raison de leur contenu, mais de la façon dont elles ont vu le jour et de la forme sous laquelle elles ont vu le jour. Le post-positivisme, entendu comme dépassement du formalisme kelsénien, présente deux visages, selon qu'il se détermine en un refus du positivisme en tant que tel, ou en une tentative de dépassement du seul formalisme. La première direction peut être qualifiée de phénoménologique (du point de vue de la méthode) et de « néo- jusnaturaliste » (du point de vue axiologique et ontologique). La seconde direction peut être qualifiée d'analytique, post-utilitariste et tendanciellement rationaliste. Dans le premier cas, le droit est conçu, non comme le fruit d'une capacité instrumentale ou d'une disposition pratique de l'homme, mais comme une réalité en soi, comme une façon d'être propre à l'homme, et que celui-ci met en œuvre en tant que condition de sa propre existence. L'autonomie du droit se fonde sur l'expérience de l'autonomie de l'être et non pas (comme dans le normativisme kelsénien) sur la différenciation entre jugement juridique et jugement éthique, entendu comme produit de la pratique humaine. Cette façon de penser l'autonomie du juridique a conduit à considérer que le droit qui présente des aspects concernant aussi bien la structure psychique que la structure relationnelle dirigée vers l'extérieur devait être étudié sous l'angle de l'analyse de la structure d'être du droit, soit dans la perspective d'une psychologie ou d'une anthropologie philosophique, qui réinterpréterait les résultats de la psychanalyse contemporaine (sous forme d'une reprise tant de l'œuvre de Freud que des suggestions de l'analyse existentielle de Ludwig Binswanger) ; soit encore en se plaçant du côté d'une conception critique de la société et du droit (Jürgen Habermas) ; soit enfin dans une perspective plus proprement ontologique. La seconde direction, l'orientation analytique, ne vise pas tant l'abandon que l'approfondissement et le dépassement de certains éléments qui étaient déjà présents dans la version normativiste du positivisme. Ce qui apparaît important pour juger de la validité des normes n'est plus la forme sous laquelle elles sont posées, mais leur façon de se poser. L'attention est portée non pas tant sur les procédures de

production normative que sur leur structure linguistique, sémiotique et logique. Il s'agit d'une attitude encore essentiellement descriptive, qui maintient le primat du droit positif.

Une fois écarté le modèle de justification de la validité du droit qui faisait référence de manière plus ou moins explicite à une autorité, on a fait ressortir les traits spécifiques émergeant de l'analyse même du langage et des énoncés juridiques. La limite de la perspective analytique dépend du fait que, si elle s'est démontrée capable de décrire le langage juridique, elle n'a pas pu proposer, sans aller à l'encontre de graves difficultés, un principe distinctif du droit. Du point de vue strictement analytique, il s'est avéré difficile de démontrer que le caractère prescriptif du langage juridique était quelque chose de spécifique par rapport à celui d'autres langages. De manière analogue, la logique déontique (Georg Henrik von Wright), finissant par se concevoir elle-même non comme une logique spécifique, différente de la logique générale, mais comme un moment particulier de celle-ci, s'est trouvée confrontée aux mêmes problèmes. Si les énoncés déontiques peuvent être évalués seulement sur la base de critères de vérité / fausseté, alors que le droit peut l'être en termes de validité / non-validité, il paraît difficile de parcourir exclusivement la voie de l'analyse de la structure logique des énoncés juridiques pour pouvoir décrire un critère quelconque qui permette d'identifier un droit pourvu de validité. Et c'est face à des problèmes de cette nature que se sont développées des recherches fondées sur la théorie des actes de langage (John Langshaw Austin, John Searle), capables de saisir, dans une optique restant au demeurant descriptive, la dimension éminemment pratique du droit. L'attitude analytique traditionnelle s'est heurtée à d'autres difficultés, dérivant de son empirisme rigide, et qui expliquent certains de ses développements plus récents. Si la tendance rigoureusement empiriste a offert des réponses à des exigences de garantie des libertés, dans le domaine de la définition des tenants et aboutissants juridiques, elle a fini par ne pas rendre compte du fait que les signifiés juridiques sont aussi le fruit d'un processus articulé d'interprétation. La saisie du signifié qui peut se poser comme normatif est le résultat d'un processus particulier, de type analytique, mais aussi et surtout d'un processus synthétique, constitué par le « renvoi des sens » propre aux entités sémiotiques (entités sémiotiques internes au droit), et par le rapport entre celles-ci et les entités extérieures. L'attention à ce renvoi a conduit à concevoir le droit (dans une perspective descriptive et objective) comme un système de rapports sémiotiques et plus particulièrement narratifs (B. S. Jackson), et (dans une perspective de type subjectif) comme un processus interprétatif. Dans le premier cas se sont développées des recherches de sémiotique juridique : dans le second a été proposé un nouveau type d'herméneutique, analytique en l'occurrence (R. Alexy). L'herméneutique juridique présente trois orientations prédominantes : celle, précisément, d'inspiration analytique ; une autre de type phénoménologique et heideggerienne ; et celle enfin qui est liée à la relève de la rhétorique. Bien que se référant à des conceptions du droit éloignées les unes des autres, ces tendances ont en commun la conscience qu'il est nécessaire d'asseoir l'autonomie du droit face à l'arbitraire d'une raison totalement libre ou d'une décision totalement irrationnelle. La crise du positivisme et du formalisme normativiste a contribué au développement d'autres orientations, qui peuvent être définies, dans un sens large, comme sociologiques et réalistes. Il semble que de telles orientations tendent toutefois à proposer à nouveau certains traits de type prescriptiviste, qui dénoncent la persistance de liens avec le normativisme. La dimension juridique a été interprétée aussi bien dans la théorie du droit (O. Weinberger, N. MacCormick) qu'en sociologie (G. Teubner), dans une perspective où la réalité du droit, sa forme sociale se présentent non comme un simple produit de l'agir, mais comme un « système » de rapports ou une organisation qui prétend avoir une validité autonome par rapport aux pratiques qu'elle-même ordonne. Le réalisme juridique lui aussi s'est mis à proposer des éléments prescriptivistes analogues, par exemple lorsque, dans la mise en évidence d'un fondement ultime de la normativité, on se réfère au consensus, et en particulier à un consensus entendu non comme un fait pur (un événement), mais comme quelque chose relevant d'un devoir-être, en d'autres termes, au consensus des opinions qualifiées. Ces éléments

prescriptivistes soulignent un des aspects les plus évidents des récents développements de la philosophie du droit. Le dépassement du positivisme et du formalisme normativiste a conduit, d'un côté, à réévaluer la « fonction » (au sens précis d'exercice d'une charge bien circonscrite) du droit, ainsi que sa dimension plus spécifiquement sociologique (voir Niklas Luhmann) ; mais, d'un autre côté, il a conduit à déplacer la recherche sur le fondement normatif du droit au niveau de l'éthique. La tentative de dépassement de l'utilitarisme individualiste a conduit à la réévaluation de certaines instances kantienne universalistes en éthique (John Rawls), ainsi que du rôle des « principes juridiques » en droit (Ronald Dworkin). Ces instances ont rendu possible un nouvel usage de la théorie de la justice en fonction de la fondation du droit, ouvrant alors un processus qui a donné lieu sur le plan axiologique à certaines convergences significatives entre positions philosophiques différentes : jusnaturalisme d'inspiration phénoménologique, « jurarationalisme », réalisme. Quoique par le biais d'approches différentes, ces orientations ont en commun le fait qu'elles soulignent toutes le caractère central de l'éthique. Enfin, les réflexions de Pierre Legendre sur la manière dont les discours normatifs s'efforcent de trouver un fondement dans les catégories des sciences humaines dominées par un scientisme comportementaliste ouvrent un champ nouveau à la philosophie du droit : il s'agit de comprendre comment se nouent le discours dogmatique, la production des normes dans les sociétés postindustrielles et la pérennisation des institutions.

Chapitre 2

Droit naturel

2.1 Encyclopédie de la philosophie

droit naturel

Doctrine philosophico-juridique qui soutient l'existence de normes de droit déduites de la nature. On peut se le représenter comme une sorte de code moral à implications juridiques censé s'imposer à tout être humain. Les théoriciens du droit naturel classique (qu'on appelle les jusnaturalistes) avaient pour ambition de fonder le droit sur la nature qu'ils considéraient comme immuable. Ces normes naturelles étaient censées constituer la base et le cadre du droit positif (*jus positivum*), c'est-à-dire des lois posées, des lois en vigueur. Le droit naturel prend en fait sa pleine dimension à l'âge classique dans le sillage du mouvement qui vit la naissance d'une nouvelle physique et d'une nouvelle conception de la science. Les théoriciens du droit naturel s'efforcent de traduire dans le domaine du droit ce mouvement général que l'on peut décrire comme un moment où la raison humaine tend à prendre son autonomie à l'égard des autorités traditionnelles. Certes, dès l'Antiquité, il était question de droit naturel, en particulier chez Aristote et chez les stoïciens qui influencèrent le droit romain, mais la doctrine du droit naturel proprement dite remonte pour les historiens du droit à Hugo Grotius qui l'inaugure dans son traité Du droit de la guerre et de la paix (*De jure belli ac pacis*, 1625). Elle demeure un concept central de la philosophie politique et de la philosophie du droit en gros jusqu'à Rousseau (Du contrat social, 1762), même si on peut considérer la pensée de Kant (*Métaphysique des mœurs*, 1794) et celle de Fichte (*Fondements du droit naturel*, 1796) comme autant de développements du concept de droit naturel.

2.1.1 Les racines du droit naturel dans l'Antiquité

Les Anciens n'ignoraient pas la notion de droit naturel, même si ce dernier n'avait pas la fonction de systématisation rationnelle du droit qu'il tint par la suite chez les jusnaturalistes du XVII^e siècle. Il faut rappeler d'abord que les Grecs et les Romains usaient d'un même mot pour désigner le « juste » et le « légal », en gr. *dikaion* et en lat. *jus*. Leur langue respective rendait donc moins perceptible la distinction entre l'idée du juste en soi, qui procède de l'idée de justice au sens philosophique et moral, et un juste au sens de ce qui est légal, conforme au droit. Néanmoins, cela n'a pas empêché que naisse l'idée d'un droit déduit de la nature. L'idée de droit naturel s'oppose à ceux qui soutiennent que seuls la convention, le contrat, l'accord entre les hommes peuvent être source d'obligation juridique. C'est sans doute dans la pensée politique des sophistes, qui opposaient la nature et la loi, que s'exprime le plus nettement ce conflit. D'après certains d'entre eux, chercher le principe d'une obligation quelconque dans la nature n'est pas possible. Le monde de la nécessité naturelle ne saurait être fondateur d'aucun

droit contraignant, la force de la nécessité naturelle n'ayant pas besoin d'être légitimée pour s'imposer à tous. De cette hypothèse de départ, les sophistes ont tiré les conclusions les plus diverses : depuis celle d'un naturalisme politique cynique et violent, comme l'exprime Calliclès dans le *Gorgias* de Platon, à l'idée que le droit ne peut reposer que sur des conventions comme le soutient Antiphon. Platon, de son côté, tend à rejeter l'idée que le droit puisse relever de la coutume et se constituer sur la tradition des lois en vigueur. Pour lui, une loi injuste moralement ne mérite pas le nom de loi (*Lois*, IV, 715) et, à la base et comme fin de tout droit et de toute norme, il y a l'idée de justice, la forme du Juste en soi. L'art du juriste consiste à distinguer le juste et l'injuste, ce qui implique davantage une formation de philosophe qu'une compétence proprement juridique. On ne peut donc compter Platon parmi les précurseurs du droit naturel. Généralement, les historiens du droit tendent à faire d'Aristote le père de la doctrine du droit naturel à condition de préciser aussitôt qu'il ne fait pas de coupure aussi nette que les théoriciens modernes entre droit positif et droit naturel, entre la justice des lois existantes et la justice dite naturelle. À ses yeux, l'une et l'autre sont autant de voies complémentaires permettant d'éclairer la décision juste. Ainsi, Aristote, en posant que l'homme est par nature un animal politique (*Politique* 1, 2), c'est-à-dire destiné à vivre dans la communauté de la cité, ne constatait pas tant un fait de nature qu'une nécessité qui lui paraissait pouvoir être tirée de la nature même de l'homme. Autrement dit, l'homme ne peut se réaliser, s'accomplir en tant qu'homme que dans le cadre de la cité entendue comme une communauté politique, et celle-ci exige l'institution de lois positives conformes à la nature spécifique de chaque peuple. Cette approche du problème du droit naturel se trouve sensiblement modifiée dans le cadre du monde romain dont chacun reconnaît l'importance dans l'histoire du droit. Ainsi, dans sa *République*, Cicéron ne parle pas expressément de droit de nature (*jus naturæ*). Il est plus enclin à développer l'idée voisine mais différente de loi naturelle (*lex naturalis*). Celle-ci est une loi non écrite et innée : « Une loi vraie, qui est la droite raison, conforme à la nature (*natura congruens*), toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr (*sempiterna*), qui nous appelle à remplir notre fonction, interdit la fraude et nous en détourne » (*De republica* III, 22). Dans le *Traité des lois*, Cicéron précise que « la loi est la raison suprême (*summa ratio*), gravée dans notre nature, qui ordonne ce qu'on doit faire et interdit ce qu'on doit éviter ». Il en conclut que « le droit est constitué non par l'opinion mais par la nature » (*ibid.*, I, 10). Pour Cicéron, le principe ultime d'où les lois tirent leur justification est la raison et l'on ne peut parler de droit naturel que dans la mesure où la nature s'accorde avec la raison. A cet effort, sinon de systématisation et de rationalisation, du moins de mise en ordre de l'art juridique, correspond dans l'ordre proprement juridique le travail des juristes latins, qui éprouvèrent le besoin de consigner dans des compilations leur pratique juridique. Ces compilations n'avaient donc pas de prétention à la cohérence et à l'exhaustivité, comme nos codes modernes ; les juristes affirmaient même que toute définition en matière de droit civil est « dangereuse et prête à être réfutée » (*Digeste*, 50-16-203). C'étaient donc davantage des recueils d'opinions discordantes permettant de mettre en perspective les décisions juridiques. Il faudra ainsi attendre Ulpien, un jurisconsulte romain du III^e siècle apr. J.-C., pour qu'en climat stoïcien on donne une première formulation juridique du droit naturel, qui s'étend d'ailleurs à l'ensemble des vivants et envisage pour la première fois un droit des animaux : « Le droit naturel, c'est ce que la nature a appris à tous les êtres animés » (*Digeste*, 1-1-1-3). Paul, un autre jurisconsulte, dans une explication des sens du mot *jus*, définit comme suit l'idée de droit naturel : « *Jus* peut désigner cela qui est toujours juste et équitable, comme le droit naturel (*jus naturale*) » (Commentaire de Sabinus). La tradition jurisprudentielle domine donc le droit romain, même si ce dernier n'est pas indifférent à la notion philosophique de droit naturel, qu'elle est la première à formuler expressément.

2.1.2 L'inflexion donnée au concept de droit naturel par le christianisme

Il est possible de compter Augustin parmi les précurseurs des doctrines du droit naturel. Certes, il n'était pas théoricien du droit et n'a pas vraiment écrit de traité concernant spécifiquement les questions d'ordre juridique. Cependant son œuvre, qui influença toute la tradition Juridique médiévale, témoigne bien des difficultés d'une pensée qui doit concilier la révélation chrétienne et le droit sacré qui en résulte avec les problèmes posés par les relations de droit concrètes. Pour Augustin, un peu comme pour Platon mais dans un sens différent, la vraie justice est « toute intérieure », et « elle ne juge point des choses par les coutumes et les pratiques extérieures, mais par la rectitude immuable de la loi éternelle de ce Dieu tout-puissant » (*Les Confessions* III, 7). La justice se confond avec la volonté divine, toute justice et tout droit reposent sur cette loi éternelle divine, dépassant l'esprit humain. Toutes les lois profanes, celles de la cité terrestre, sont donc essentiellement injustes, et l'ensemble des traités connus sous le titre *La Cité de Dieu* met l'accent sur l'injustice des institutions temporelles. Pris à la rigueur, le *jus humanum*, le droit fait par les hommes et pour les hommes, n'est pas un droit. Cependant, malgré cet aspect critique, Augustin n'en professe pas moins la nécessité d'obéir aux lois imparfaites de la cité terrestre. La recherche de la paix civile, même fondée sur l'injustice, et l'ordre extérieur de la cité lui paraissent préférables à une remise en cause des pouvoirs établis, des coutumes et des usages profanes, qui serait sans doute créatrice de troubles et, par là, de plus grandes injustices encore : on trouvera l'écho de cette pensée politique d'Augustin dans les doctrines politiques d'un Pascal. La loi divine et éternelle, fondement de toute loi naturelle et donc de tout droit naturel, ne repose pas sur l'idée d'une répartition juste et équitable mais sur l'accord avec la volonté divine, qui exige des vertus morales proprement chrétiennes, comme la charité, le don gratuit, la générosité. Celles-ci trouvent dans le prêt gratuit, la remise des dettes et l'aumône des expressions adéquates. Ainsi, ce qu'on peut appeler le droit naturel chrétien, ou plus exactement la loi naturelle, reflet de la loi divine, notion vaste et peu précise du point de vue juridique, n'est guère accessible à l'homme, tant celui-ci est enfoncé dans le péché. En gros, la pensée d'Augustin laisse-t-elle ouvertes les deux perspectives : tenter de rendre chrétien le contenu du droit profane existant, et créer une sorte de droit naturel sacré, ou compléter les lacunes du droit sacré en ayant recours au droit naturel classique encadré et limité par la loi naturelle. La postérité d'Augustin hésitera donc entre la séparation des ordres, où l'on rend à César ce qui est à César d'après la formule de l'Évangile de Matthieu, et l'exigence de faire de la cité terrestre l'avant-goût de la cité de Dieu. La pensée médiévale chrétienne se trouve prise en étau entre un droit fondé sur la morale évangélique et un droit donnant une certaine place au droit naturel. La volonté des papes, qui étaient à la fois des monarques temporels et spirituels, d'établir ou d'affermir leur autorité sur les rois et les empereurs les a conduits, à partir du XII^e siècle, à recourir aux ressources du droit romain et à réactualiser, dans l'œuvre des canonistes, l'idée du droit naturel. Pour certains membres du clergé, le droit canon, très influencé par les règles du droit monastique, devait valoir pour tous les fidèles. De là, un effort pour rationaliser et rendre universel le droit sacré chrétien. En témoigne le *Decretum Gratiani* (*Décret de Gratien*, compilation juridique du XI^e siècle) qui défend l'idée d'un droit naturel sacré « contenu dans les Écritures » et en même temps accorde une autorité subsidiaire au droit naturel profane dans la mesure où il n'entre pas en opposition avec les règles édictées par la morale chrétienne. L'effort des canonistes a donc été de concilier, voire de juxtaposer, l'ancien *jus naturale* du droit romain et la définition sacrée du droit naturel. L'essor de la scolastique (à partir du XIII^e siècle), en contribuant à libérer les sciences profanes de la tutelle de la théologie, a rendu possible la renaissance de l'idée de droit naturel classique. Cependant, il faut se garder d'entendre sous le terme de nature ce que nous entendons aujourd'hui. Pour la pensée médiévale, la nature est un ensemble très riche de formes spécifiques dans lesquelles

Il est possible de lire des fins naturelles, donc des indications utiles à l'élaboration de la règle de droit.

2.1.3 La naissance du droit naturel moderne

Les temps modernes se caractérisent par une nouvelle conception de la nature, qui n'est pas sans répercussions sur l'idée même du droit naturel. À une conception qualitative et finalisée d'une nature hiérarchisée, riche de ces formes substantielles dont l'observation autorisait sinon de dégager des règles de droit du moins de guider le raisonnement du juriste, succède progressivement une conception quantitative et mécaniste d'une nature homogène, où règnent, en physique, le principe de la causalité efficiente et les modèles mathématiques, donc rien qui puisse aider le juriste dans sa recherche du fondement du droit. Bref, la conception moderne de la nature tend à creuser écart entre la sphère des normes juridiques et morales et la sphère du monde des faits, entre le devoir-être et l'être. La primauté progressivement accordée à la notion d'individu est un deuxième trait de la modernité. Elle est préparée à la fin du Moyen Age notamment par les écoles nominalistes (Guillaume d'Ockham et l'école franciscaine) qui affirmaient que la réalité individuelle était la seule réalité de plein droit, et qu'il ne convenait pas d'accorder d'autre réalité que nominale aux universaux (genre, espèce, etc.). Ainsi s'est formée plus nettement la notion d'autonomie de l'individu, condition première de l'idée que la cause de l'institution de la société puisse être la volonté des individus. Toutes ces évolutions se sont traduites dans le domaine de la pensée juridique par l'apparition du concept de droit subjectif, c'est-à-dire de l'idée qu'un droit puisse appartenir en propre à un sujet individuel et procéder de sa nature de personne. La primauté du sujet individuel a ainsi eu pour conséquence la remise en question de la notion traditionnelle de droit. Il faut désormais entendre le mot droit en deux sens distincts : le droit comme loi ou règle, simple licence de faire ou de ne pas faire quelque chose, et le droit comme pouvoir (*potestas, dominium*) de l'individu, comme « qualité morale, attachée à la personne, en vertu de quoi on peut légitimement avoir ou faire certaines choses » (Grotius, *De jure belli ac pacis* I, 1). Le droit ne résulte dès lors plus d'une enquête sur la nature mais repose pour partie sur la volonté des individus. À cette émergence de la notion d'individu, il faut également rattacher le développement des théories philosophiques ou juridiques de la notion d'état de nature et de contrat social, lieux communs de la pensée politique classique. On y voit opposés l'état de société à un état de nature, historique ou fictif, originaire ou imaginaire, dans lequel l'individu, réduit à lui-même, exerce son droit de nature. La plupart du temps, la sortie de cet état de nature se fait par une sorte de pacte ou de contrat social, qui institue une nouvelle source de légitimité.

2.1.4 Les théoriciens du droit naturel moderne

Grotius et Pufendorf étaient d'abord soucieux de rationaliser le droit, ils insistent sur la nécessité de séparer le droit du fait, « comme les mathématiciens en examinant les figures font abstraction des corps qu'elles modifient » (Grotius, *op. cit.*, Préface). L'un comme l'autre envisagent la nature humaine comme essentiellement sociable, mais il ne s'agit pas tant d'affirmer le caractère fondamental de la nature politique de l'homme, à la manière d'Aristote, que de souligner, à la manière des stoïciens, l'existence d'une tendance, d'une inclination à la vie en société. Ils n'envisagent donc pas le droit naturel de la même manière que les classiques. Grotius pense que le droit naturel procède de la nature humaine, qu'il considère comme sociable et raisonnable. Aussi, les principes du droit naturel doivent être dégagés non de l'observation de la nature mais de la raison elle-même dans laquelle ils sont inscrits. Ce droit naturel, dicté en nous par la droite raison (*dictamen rectae rationis*), serait encore valide « quand bien même Dieu n'existerait pas ». Grotius a donc pour ambition déclarée de conférer à la doctrine du

droit naturel le caractère d'une science a priori, indépendante de l'expérience, fondée sur des évidences que la raison ne saurait remettre en cause et auxquelles elle doit donner une forme systématique. Il s'en faut que ce modèle de rationalité déductive inspiré de la géométrie euclidienne soit réalisé dans les faits. La propriété des biens fait partie, aux yeux de Grotius, de ces évidences du droit de nature, car « le larcin est défendu par le droit naturel ». Pufendorf, lui, considère que le droit naturel procède moins de la raison qu'il n'est connu par elle. Le principe général du droit naturel, selon Pufendorf, découle de la constitution naturelle de l'homme, à savoir de sa sociabilité. Aussi, « la loi fondamentale du droit naturel : c'est que chacun doit être porté à former et à entretenir, en tant qu'il dépend de lui, une société paisible avec les autres [...] » (*Le Droit de la nature et des gens* III, XV).

2.1.5 L'usage du concept de droit naturel par la philosophie politique classique

Les philosophes se sont aussi emparés de la notion de droit naturel. Hobbes, Locke et Spinoza ont envisagé, chacun à leur manière, le droit de nature (*jus naturae*). Pour Hobbes qui, contrairement aux juristes de l'école du droit naturel, considère que l'homme n'est pas naturellement sociable, le droit de nature se confond avec la liberté naturelle de chaque individu. Chaque homme possède en propre le droit de faire tout ce qu'il juge utile à sa conservation. Le jus naturel de Hobbes est donc propre à l'individu, s'enracine dans sa volonté et, en fin de compte, se présente comme un pouvoir (*power*) ordonné à la fin qui est la conservation de la vie. C'est donc la recherche de la sécurité qui porte la problématique du droit naturel pour Hobbes. Ce droit à la sécurité individuelle ne disparaît d'ailleurs pas avec l'état de nature et persiste à l'état social : il est inaliénable. En outre, Hobbes s'efforce de distinguer le droit naturel de la loi naturelle, cette dernière étant dictée par la droite raison et concernant les choses que l'on doit faire ou éviter de faire pour la conservation de sa vie. Bien que Locke ne développe pas une théorie du droit naturel proprement dite, il est possible de la déduire de l'idée qu'il se fait de la loi naturelle et de la liberté. L'homme à l'état de nature est, pour Locke comme pour Hobbes, isolé et indépendant vis-à-vis de ses semblables. Il est essentiellement un état caractérisé par la liberté, où l'homme a « la parfaite liberté d'agir et de disposer de sa personne et de ses propriétés dans les limites de la loi de nature » (*Second Traité du gouvernement civil*). Le point de vue de Spinoza, sur le droit de nature, semble à première vue pouvoir être rapproché de celui de Hobbes. Mais si la lettre des formulations spinozistes du droit naturel, qu'il assimile à la loi naturelle, semble autoriser ce rapprochement avec Hobbes, l'esprit en est tout différent. Pour Spinoza, le droit naturel reflète et dépend des rapports de puissance réels entre les individus, et « les plus gros poissons mangent les plus petits d'un droit naturel souverain ». Le droit naturel spinoziste est donc en continuité avec une conception de la nature qui enveloppe le devenir humain, et comprend aussi le droit naturel des animaux et des choses. Hobbes, qui réserve l'expression de droit naturel à l'être humain, a été, quant à lui, conduit à souligner, davantage que Spinoza, la rupture entre l'état de nature et l'état de société, et donc à envisager l'état de nature et le droit naturel comme autant de moments d'arrachement de l'homme à la nature. Dans tous les cas donc, l'état de nature est un état (réel ou hypothétique) dans lequel la définition des droits est faite pour des individus entre lesquels il n'existe pas d'autorité acceptée par tous susceptible de sanctionner les manquements au droit, de façon impartiale. L'institution de cette autorité est le problème fondamental du passage à la société civile. On voit alors comment la question du droit naturel dans la philosophie politique classique tend à se fondre avec la question de l'origine des sociétés, et donc avec la description d'un état de nature que l'on envisage suivant les cas comme ayant réellement existé ou comme une hypothèse opératoire permettant de mieux comprendre la constitution de l'ordre social, voire d'en instituer un meilleur. Ce droit naturel appartient en propre à la personne, à l'individu, et est le plus

souvent envisagé comme le droit d'exercer sa puissance pour faire respecter son dû.

2.1.6 Les critiques du droit naturel

On a souvent présenté Rousseau comme l'un des critiques les plus radicaux de l'idée même de droit naturel. Toute légitimité, tout droit politique ne procéderaient à ses yeux que du contrat social, et il n'y aurait plus de place pour le droit naturel. Toutefois, si Rousseau critique les doctrines qui s'efforcent de faire reposer les principes du droit politique sur le droit naturel, n'ayant pas de mots assez durs pour ceux qui tentent de transformer par leurs arguties le fait en droit, il reconnaît parallèlement que le contrat social n'est possible que dans la mesure où l'homme est doué d'une nature morale et libre. La possibilité même de contracter une obligation, c'est-à-dire de s'obliger à la respecter, repose au fond sur ce principe du libre engagement. C'est bien parce que l'homme est libre qu'il peut librement s'engager. Or cette condition de liberté ne saurait être étrangère à la loi naturelle, ainsi que le laisse entendre la réponse polémique que Rousseau fait aux critiques du procureur Tronchin : « Il n'y a point de liberté sans lois, ni où quelqu'un est au-dessus des lois : dans l'état même de nature l'homme n'est libre qu'à la faveur de la loi naturelle, qui commande à tous. » Cette loi naturelle, qui commande à tous, se limite, dans la description de l'état de nature qu'en donne le *Second Discours*, à l'amour de soi (instinct de conservation) et à la pitié naturelle (répugnance naturelle à voir souffrir son semblable). La loi naturelle qui consiste dans la conscience de l'obligation morale de respecter la parole donnée « qu'il faudrait plutôt appeler loi de raison » demeure sur cette base une autorité supérieure à l'Etat, principalement en matière de morale. Aussi « [n'est-il] pas plus permis d'enfreindre les lois naturelles par le contrat social, qu'il n'est permis d'enfreindre les lois positives par des contrats en particulier, et ce n'est que par ces lois mêmes qu'existe la liberté qui donne force à l'engagement ». Il est donc pour le moins rapide de ne voir dans l'œuvre de Rousseau que la critique de la loi naturelle. Et cela d'autant plus qu'avec le pacte social la loi naturelle prend une forme rationnelle et n'est plus ce « sentiment vrai, mais très vague et souvent étouffé par l'amour de nous-même ». Selon une formule audacieuse d'un brouillon du *Contrat social*, grâce au développement des facultés (langage, raison, sociabilité) corrélatif à la formation des sociétés, le droit naturel propre à l'état de nature doit laisser la place à un droit naturel raisonné, dans lequel se forment « nos premières notions du juste et de l'injuste » et dont les règles découlent toutes de cette loi fondamentale, qui ne « prend sa pleine force » qu'avec le pacte social. En fait, la loi naturelle acquiert alors avec le pacte la force d'une loi civile, et en ce sens on peut dire qu'elle se maintient et avec elle le droit naturel épuré. On comprend mieux alors l'injonction du chapitre IV du *Contrat — Des bornes du pouvoir souverain* : « Il s'agit de bien distinguer les droits respectifs du citoyen et du souverain, et les devoirs qu'ont à remplir les premiers en qualité de sujets, du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d'hommes. » L'Etat ne saurait donc contrevenir à la loi naturelle, au « droit naturel raisonné », bien au contraire il doit en être le garant, donner aux devoirs de la loi naturelle (réciprocité, justice) la force de la loi civile.

2.1.7 Droit naturel et droits de l'homme

La notion de droit naturel a eu tendance à subir un net déclin depuis la fin du XVIII^e siècle notamment du fait du développement du positivisme juridique, qui fait de l'Etat souverain la source unique du droit. Toutefois ce déclin du jusnaturalisme doit être nuancé par l'affirmation et la revendication progressive de « droits de l'homme » qui tendent de plus en plus, dans le contexte mondial de l'économie libérale, à s'identifier aux droits de l'individu. Déjà, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Révolution, en son article 2, se réfère aux droits naturels (au pluriel) de l'homme : « Le but de toute association politique est la conservation

des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.» Au XIX^e siècle, une nouvelle interprétation des droits de l'homme s'est traduite par la revendication de droits économiques et sociaux, l'épanouissement de l'individu devenant l'objet d'une revendication politique. Chacun peut ainsi revendiquer individuellement son droit au bonheur, au travail, au sexe, aux loisirs, à la santé, à la culture, etc. Ces droits relèvent-ils encore du droit en général, du droit naturel en particulier ? On peut en douter. En tout cas, la revendication constante de ces nouveaux droits accentue l'opposition si caractéristique du monde contemporain, où l'on voit l'individu, isolé et autosuffisant, ayant, malgré une forte tendance à promouvoir la valeur générale et abstraite de solidarité, le plus souvent perdu le sens des nécessités de la vie en commun, n'avoir de cesse qu'il ne se dresse contre l'État tout en lui demandant d'être davantage État-Providence à son service.

Chapitre 3

Justice

3.1 Dictionnaire encyclopédique

justice *nf* **1** Vertu morale qui réside dans la reconnaissance et le respect du droit d'autrui. **2** Respect du droit, de l'équité, des droits de chacun. **3** Pouvoir de dire le droit. **4** Institution chargée d'exercer ce pouvoir ; tribunal. **LOC** *Rendre justice à quelqu'un* : reconnaître ses mérites. *Se faire justice* : Se suicider. *Se faire justice soi-même* : se venger soi même.

3.2 Pratique de la philosophie

JUSTICE

Aussi ancienne que la philosophie elle-même, la réflexion sur la justice occupe une place prépondérante dans la pensée contemporaine depuis une vingtaine d'années. Ce regain d'intérêt s'explique par la renaissance et le renouvellement des interrogations concernant les droits de l'homme en général et l'État de droit en particulier. La question de la justice tendrait à se confondre aujourd'hui avec celle du bien commun, conçu comme respect mutuel des personnes, équilibre des libertés et solidarité sociale. Mais l'élucidation de l'idée de justice conçue dans ses termes actuels et la formulation des principes qui la constituent, impliquent un détour par les théories classiques et les débats que celles-ci n'ont cessé de susciter.

3.2.1 La justice, vertu globale

La justice est-elle une vertu, ou bien une organisation générale harmonieuse de la vie sociale ? Elle est l'une et l'autre à la fois, selon Platon qui, dans la République, espérait pouvoir concilier les deux acceptions possibles du terme. Elle est en nous, comme dans la cité, le principe qui maintient chaque instance à sa place tout en présidant à l'harmonie de l'ensemble. De même que dans l'État, les magistrats commandent aux guerriers et aux artisans, de même, dans l'âme, l'esprit ou la raison commande au cœur (*thumos*) et au ventre (*epithumia*). La justice, vertu globale, est ainsi ce qui donne à chaque partie d'un ensemble la place qui lui revient, celle qui lui est due compte tenu de son essence. La tradition biblique, reprise par saint Augustin, confirmera cette approche très globale de la justice et l'élargira même aux rapports entre l'homme et Dieu : la justice n'est pas seulement le souci et le respect du bon droit, elle peut même aller au-delà de ce qui est dû (Matthieu, XX) ; en outre, elle ne réside pas tant dans les actes et les œuvres que dans la pureté intérieure de l'homme sanctifié par la grâce. Mais une telle conception de la justice comme vertu purement intérieure, indissociable de l'amour et de la charité, pourrait constituer un détournement du sens usuel du terme.

3.2.2 La justice comme norme du droit

La justice dans son sens habituel diffère autant de la vertu platonicienne que de la vertu chrétienne, et ce, à trois points de vue : elle n'est pas une qualité purement intérieure mais concerne exclusivement les relations avec autrui ; elle n'inclut pas le rapport de l'homme au divin ; elle ne constitue pas nécessairement un idéal de perfection : un citoyen juste n'est pas pour autant un saint ! Vertu civique, la justice devrait être définie précisément, selon Aristote comme une « disposition à accomplir des actions qui produisent et conservent le bonheur, et les éléments de celui-ci, pour une communauté politique » (*Éthique à Nicomaque*, V,1). Ainsi conçue, cette disposition se décompose ensuite en justice générale ou justice légale qui a pour objet l'utilité commune de la cité, et en justice particulière ou justice au sens strict du terme, qui est orientée vers le bien des particuliers. Celle-ci comporte à nouveau deux aspects : la justice corrective, qui concerne les transactions entre les individus et qui se conforme au principe d'égalité ; et la justice distributive qui applique le principe de proportionnalité dans la répartition des avantages et des honneurs en fonction des mérites de chacun. Dans tous les cas, l'objet de la justice est toujours l'établissement d'un juste milieu reposant en dernière instance sur le principe de l'égalité. Une telle conception de la justice se retrouvera dans toute la tradition occidentale chrétienne puis laïque, mais son objet, à partir du stoïcisme ne se limitera plus à la cité : il s'étendra au bien commun de l'humanité.

Les théories modernes de la justice On retiendra des analyses précédentes que la justice, conformément aux théories d'inspiration aristotélicienne, repose en règle générale sur un double principe : celui de l'égalité (« La loi doit être la même pour tous ») et celui de l'équité (« On doit offrir à chacun ce qui lui est dû »), Résolument fidèle à Aristote sur ce point, John Rawls, contrairement aux philosophes utilitaristes, accorde à la justice une prééminence sur tous les autres impératifs tels que l'efficacité, la stabilité, l'organisation, etc. Se situant par hypothèse dans un état préconstitu- tionnel dans lequel les individus ration- nels construisent librement une société juste, sans connaître quelle sera la posi- tion de chacun dans cette société, John Rawls postule que les contractants devront se déterminer en fonction de deux principes. Selon le premier prin- cipe, « chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu des libertés de base égales pour tous » ; selon le second principe (« principe de différence »), les inégalités sociales sont acceptables si, et seulement si : 1. on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient raisonnablement avantageuses pour chacun ; 2. elles sont attachées à des positions et des fonctions ouvertes à tous. En d'autres termes, la justice — conçue comme équité — si elle implique l'égalité sur un certain plan (celui de la liberté), n'exclut pourtant pas l'inégalité, c'est-à-dire les différences de statuts économiques et sociaux : seules les inégalités qui ne profitent pas à tous doivent être tenues pour injustes (*cf.* John Rawls *en annexe*).

C'est ce second principe qui a suscité les plus grandes critiques car il implique forcément une intervention de l'État, toujours problématique, pour corriger ou tout au moins équilibrer les mécanismes ou les inégalités naturelles par le biais, notamment, des impôts. Quoiqu'il en soit, l'ouvrage de John Rawls, s'il a alimenté des polémiques parfois excessives, a également suscité un débat approfondi. Signalons également les travaux de Luc Ferry et Alain Renaut qui renouent avec une longue tradition républicaine du droit et de la philosophie politique français. Pour ces deux auteurs, la justice doit être conçue comme un équilibre des libertés individuelles, tempéré par des institutions garantissant une solidarité sociale effective, et réalisé dans le cadre de ce que l'on appelle l'État de droit.

3.2.3 JUSTICE DISTRIBUTIVE

Caractère que prend la justice lorsqu'elle s'efforce de déterminer ce qui est dû à chacun en fonction de ses mérites.

3.2.4 JUSTICE COMMUTATIVE

Caractère que prend la justice lorsqu'elle conçoit ce qui est dû à chacun comme devant être strictement équivalent (interchangeable).

TEXTES CLÉS : Platon, *Gorgias*, *La République*; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre V; J. Rawls, *théorie de la justice*.

TERMES VOISINS : droit; équité; légalité; légitimité; vertu.

TERMES OPPOSÉS : illégalité; inégalité; iniquité; injustice; violence.

CORRÉLATS : devoir; droit; État.

3.3 Encyclopédie de la philosophie

justice

Terme qui, dans l'histoire de la pensée, indique, selon les cas, la conformité à une norme (naturelle, divine, positive) ou à l'idéal auquel la norme doit se référer pour être valable, et l'ambition d'égalité ou d'ordre à établir ou à restaurer. Le concept de justice a donc été l'objet de définitions diverses en fonction des différents présupposés idéologiques ou éthiques qui sont à la base de son interprétation.

3.3.1 La *dikè* et la *dikaïosunè* des Grecs

Dans la pensée grecque, la justice est avant tout un attribut qui concerne l'univers en général et pas uniquement l'homme ou la communauté humaine. La justice est la soumission à un ordre universel en raison duquel toutes les choses : occupent une place et ont une fonction donnée, ce dont témoigne le mieux la tragédie grecque classique où sont étroitement imbriqués l'exercice de la justice humaine et la nécessité de réparer tout acte de démesure, en gr. l'*hybris*. La justice de la polis (la ville) et de l'homme, Ulysse, Œdipe ou Antigone, n'est qu'une partie de la justice universelle. Le contraire de la justice est la transgression de l'ordre des choses, la volonté de sortir de sa propre place et d'accéder à des degrés supérieurs. L'*hybris* suscite la colère des dieux et la punition. La loi (*nomos*) est une norme qui dicte la conduite des astres et la conduite du citoyen dans la cité : astres et citoyen se fondent sur un ordre naturel qui assigne à chacun sa place et son comportement. Cependant, avec les grands sophistes, l'union de la nature et de la loi est rompue : les lois politiques ne sont considérées que relativement à leur aspect positif, en tant que normes dictées par l'intérêt de la survivance d'une communauté, voire celle du tyran qui l'institue et la dirige selon son intérêt. La justice devient « l'avantage du plus fort » (selon Thrasymaque chez Platon, *La République*, I, 338a-339b). Platon tente de faire rendre à la justice une valeur indépendante des intérêts temporels des individus et d'en faire un absolu : dans le *Gorgias*, il réfute la doctrine des sophistes en la comparant à la gastronomie qui donne du plaisir au corps mais le corrompt, tandis que l'enseignement de la justice est semblable à la médecine qui entretient le corps en état de santé. Dans ce dialogue, il aboutit à une caractérisation de la justice en termes d'ordre et d'harmonie. *La République* renferme en fait l'exposé le plus complet du concept platonicien de justice, tant pour l'homme que pour le meilleur régime politique (gr. *politeia*). La *polis* idéale est constituée de trois classes, chacune ayant une fonction précise qui correspond à la nature de ses éléments : la classe des philosophes aura pour mission de diriger, celle des guerriers de défendre la *polis*, celle des artisans de procurer le bien-être matériel. Ainsi, chez l'homme, où l'on retrouve cette tripartition (intelligence ou *noûs*, cœur ou *thumos*, appétits ou *épithumia*), la justice consistera en l'équilibre parfait des parties et dans le fait

que chacune accomplisse son propre devoir. Aristote (*Éthique à Nicomaque*, V) distingue la justice commutative de la justice distributive. La première consiste en la simple réciprocité qui fait que chacun doit percevoir l'équivalent de ce qu'il a donné (rétablissement de l'égalité). La seconde s'exprime, au contraire, par un rapport proportionnel où le premier terme est le mérite des individus et le second leur dû. Cette justice, qui se conforme particulièrement à l'art de gouverner,

exclut l'égalité qui apparaît comme une injustice dans la mesure où elle ne respecte pas la proportionnalité avec le premier terme du rapport.

3.3.2 La *justitia* et le *jus* des Romains

Dans le droit romain, la justice est définie par Ulpien comme le fait de « donner à chacun sa part » (*sum cuique tribuere*) : mais comme cette « part » n'a pas de définition, cette conception de la justice reste tautologique (Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945). Cependant, l'effort pour penser l'exercice de la justice comme relevant nécessairement de l'application réglée d'un code de lois et de règles qui intègre la jurisprudence fait partie des réalisations effectives de la romanité. Ces tentatives de codifications sont à l'origine d'une pratique et d'une science nouvelles, celle du droit (*jus*) comme science du juste et de l'égal (*ars bona et æqui*). Le symbole du droit romain est le *corpus juris civilis*, constitué sur ordre de l'empereur Justinien (527-565), et qui se présente sous la forme d'une synthèse en quatre parties (les *Institutes*, le *Codex justinianum*, les *Novellæ*, le *Digeste*). Cet ensemble théorique et pratique fait entrer la justice dans l'horizon du droit qui sert à régler les rapports humains, et contribue à mettre de côté les discussions philosophiques sur la nature de la justice au profit de sa pratique. Parmi les nombreux exemples de cette neutralisation du discours sur les fondements de la justice, on trouve l'adage du droit romain qui veut que la *res judicata pro veritate accipitur* (« la chose jugée soit acceptée comme vérité », *Digeste* 50, 17, 207). En d'autres termes, la nécessité d'accepter comme juste et vrai ce qui a été tranché suppose une idéalisation de l'institution, une fiction qui clôt dogmatiquement la discussion.

3.3.3 Les conceptions médiévales

Les réflexions philosophiques médiévales, au moins dans leur version chrétienne, ne modifient pas fondamentalement l'articulation entre discours théorique sur la justice et pratique juridique au nom de la justice. Dans la tradition chrétienne, la justice fait partie — avec la tempérance, la force et la prudence — des quatre vertus cardinales (du lat. *cardo*, « gond », « pivot ») qui, avec les vertus théologiques (foi, espérance et charité), forment l'armature des discours et des traités portant sur les qualités morales. L'aspect juridique de la notion romaine de la *justitia* est réintégré notamment dans le cadre de la grande réforme grégorienne de la papauté, sous Grégoire VII (1073-1085), qui réinscrit la construction du droit romain au cœur du droit canon et des procédures justifiant le pouvoir et l'autorité pontificaux sur les souverains séculiers.

3.3.4 La notion moderne de justice

Avec la doctrine du droit naturel, le problème de la justice est proposé comme problème de l'existence de lois naturelles (ou rationnelles) antérieures à toutes lois positives. La justice tend à être comprise, soit comme une vertu d'ordre privé (se comporter avec les autres comme on voudrait qu'ils se comportent avec soi, restituer aux autres ce qui leur est dû, réciprocité), soit comme une norme générale susceptible d'assurer une vie pacifique en communauté, c'est-à-dire qui impose à chacun le respect des libertés d'autrui, dans un système de limitation réciproque de la liberté naturelle originelle. Parmi les théoriciens du droit naturel, Hobbes se distingue de ce

schéma en optant pour une démarche strictement nominaliste, y compris pour ce qui concerne la définition de la justice : antérieurement à l'existence d'un État, et donc d'un souverain qui édicte les lois, il n'y a ni justice ni injustice, mais seulement un droit qui, étant illimité (le droit de tous sur tout), s'annule lui-même et investit le champ de l'arbitraire et du hasard. La constitution d'un État sanctionne aussi les normes de comportement en fonction desquelles s'instaure une communauté civile (*societas civilis*) : c'est en fonction de ces normes que l'on définit ce qui est juste et ce qui est injuste. Dans la pensée moderne, la valeur de la justice a ainsi été rapprochée d'autres valeurs qui semblaient la contenir, lorsqu'elle ne leur était pas subordonnée : l'utilité sociale (en particulier dans la pensée anglaise des XVIII^e et XIX^e siècle) et le bonheur du plus grand nombre, ou bien la paix et la convivialité comme respect et limite réciproques. Mais surtout, à partir de la fin du XVIII^e siècle, la justice fut identifiée à l'égalité politique et sociale : toute la littérature socialiste du XIX^e siècle. utilise le terme « justice » selon cette acception. La théorie de la justice (distributive) de John Rawls, la plus influente à la fin du XX^e siècle, se rapporte au contraire à la tradition classique de la justice. Pour Rawls, la justice est la réalisation des principes de justice ; ceux-ci étant les principes de distribution des coûts et des bénéfices aux participants de l'entreprise sociale choisis par un sujet en état de garantir le maximum d'équité (*fairness*) dans son choix.

Chapitre 4

Loi

4.1 Dictionnaire encyclopédique

loi (*nf*) **1** Règle ou ensemble de règles édictées par une autorité souveraine et imposées à tous les individus d'une société. **2** Ensemble des règles qu'un être raisonnable se sent tenu d'observer. *La loi morale*. **3** Rapport de nécessité régissant des phénomènes dans un domaine particulier. *Loi physique, économique*. **4** Volonté, autorité. *Dicter sa loi*.

Loc. *Faire la loi* : se conduire en maître.

- *pl* Conventions régissant la vie sociale. *Les lois de l'hospitalité*.

4.2 Pratique de la philosophie

LOI

ÉTYMOLOGIE : latin *lex*, «loi».

DROIT ET POLITIQUE : règle obligatoire établie par une autorité souveraine et régissant les rapports des hommes au sein d'une société.

PHILOSOPHIE : règle d'action à laquelle il est obligatoire de se conformer pour réaliser le bien moral (*cf.* Kant).

SCIENCE ET ÉPISTÉMOLOGIE : rapport mesurable, universel et constant établi entre les phénomènes naturels (ex. : « la loi de la chute des corps »).

La loi, au sens juridique ou au sens moral, pose une obligation ; elle est de l'ordre de la règle. La loi, au sens scientifique, décrit une relation qui ne comporte jamais d'exception ; elle est de l'ordre de la nécessité. Toutefois, la loi juridique, dans la mesure où elle se distingue du simple décret, présente un caractère de généralité et d'abstraction tout comme la loi au sens scientifique. Comme le souligne Rousseau au chapitre VI du livre I *Du Contrat social*, la loi est générale par son objet et par sa source : par son objet, car la loi ne statue pas sur un individu, mais sur des règles générales de vie sociale qui s'imposent à tous ; par sa source, car elle ne résulte pas de la volonté particulière d'un individu, ni même de celle d'une majorité d'individus, mais de la volonté générale de tous, abstraction faite de leurs intérêts privés. De même, pour Kant, la loi morale revêt par définition un caractère d'universalité. Elle ne prescrit en effet aucun devoir particulier, mais est la raison pratique elle-même en tant qu'elle s'impose à l'homme par sa forme, qui est l'universalité. Sa formule est : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle » (*Critique de la raison pratique*, Première partie, livre I). Mais tandis que l'universalité qui

caractérise la loi au sens scientifique est une universalité donnée, l'universalité qui caractérise la loi morale est seulement exigible mais comporte en elle-même la possibilité de sa transgression. C'est que la loi scientifique appartient au domaine de la nature, la loi humaine au domaine de la liberté.

TERME VOISIN : impératif ; norme ; obligation ; règle.

TERME OPPOSÉ : arbitraire.

CORRÉLATS : institution ; légalité ; obligation ; ordre ; pouvoir ; règle ; république ; science ; volonté générale.

4.3 Encyclopédie de la philosophie

loi

Notion appliquée à l'origine aux comportements humains, dans le sens d'une règle de conduite ou d'une norme de justice qui, si elle est violée, comporte la punition du coupable. D'après une interprétation moderne, cette notion aurait ensuite été étendue au cosmos par les philosophes présocratiques, en commençant par Anaximandre, avec une projection anthropomorphique. Mais chez les autres présocratiques, comme chez Héraclite, se trouve déjà esquissé le rapport inverse : l'homme est à son tour soumis, à travers la raison, à la loi divine qui régit tout le cosmos. C'est surtout le stoïcisme qui a élaboré cette conception, que Cicéron a rendue populaire. À partir de là, l'idée d'une loi éternelle se transmet à la pensée chrétienne : une loi immuable, universelle, qui coïncide avec la « raison droite conformément à la nature », qui spécifie en quoi consiste la justice dans les rapports entre les hommes, indépendamment de la multiplicité et de la variabilité des lois qui sont de fait en vigueur chez les différents peuples. Les sophistes ont particulièrement insisté sur la variété des coutumes et des lois civiles — on pense notamment aux « Raisons doubles » (gr. *dissoi logoi*), un texte anonyme de la fin du V^e siècle avant Jésus-Christ où l'on démontre comment des concepts opposés, tels que juste-injuste, vrai-faux, peuvent s'appliquer, tour à tour, aux mêmes choses, en les considérant comme de pures « conventions », et en les opposant parfois à la « nature ». Certains sophistes plus tardifs, tels Calliclès ou Thrasymaque, en ont tiré une doctrine selon laquelle seul le droit du plus fort est conforme à la nature.

Loi naturelle et loi positive

Pour réagir à ces positions, et en reprenant à son compte la critique de Platon, Aristote affirme l'existence, au-dessus des lois des différents peuples, de normes « non écrites », universellement valables, donc en mesure de prescrire ce qui est juste « par nature ». Les sceptiques infirmeront, quant à eux, l'idée de lois naturelles, comprises dans ce sens. En revanche, le succès connu par la formulation stoïcienne de cette idée est surtout dû aux juristes impériaux de l'époque romaine : c'est avec eux qu'apparaît la notion d'un « droit naturel » (dans le sens objectif du mot « droit », précisément comme synonyme de loi juste) qui se transmettra aussi bien dans la patristique que dans le Code justinien. Comprise en général comme un « instinct » que Dieu a imprimé à l'âme humaine, la loi de nature coïncidait avec la morale elle-même, en fonctionnant comme un critère idéal pour l'évaluation des usages et des normes juridiques existants. D'après saint Thomas, il s'agit là de lois « humaines », appelées par la suite « positives », différentes des lois « divines » qui concernent la fin surnaturelle de l'homme. Les premières ne sont valables que si elles n'enfreignent pas, mais précisent et particularisent la loi « naturelle », qui est la façon dont la loi objective « éternelle » est présente dans les créatures rationnelles, loi qui a son siège dans l'esprit de Dieu et qui régit l'univers tout entier, s'identifiant ainsi avec la Providence. La conception thomiste de la loi naturelle est nettement rationaliste. Le

volontarisme d'Ockham s'opposera à cette conception : une loi requiert un législateur, et dans le cas de la loi naturelle ce législateur est Dieu, qui a décidé tout à fait librement, et non selon une rationalité éthique supposée objective, ce qu'est la vertu et ce qu'est le vice, de sorte que, s'il l'avait voulu, il aurait pu en décider tout à fait différemment. Luther et Calvin adopteront eux aussi cette position ; tandis que Grotius optera pour une position rationaliste. Ce dernier représente, dans son ouvrage *Du droit de la guerre et de la paix* (*De jure belli ac pacis*, 1625), la transition entre la tradition antique et médiévale du « droit naturel » et la tradition moderne, qui se poursuivra jusqu'à Kant, avec néanmoins beaucoup d'orientations différentes (principaux représentants : Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Locke, Rousseau). Cependant, à la même époque, la négation sceptique de l'idée de loi naturelle trouvait un nouvel écho, en commençant par Montaigne, frappé par les contrastes entre les normes suivies par les différents peuples de la Terre, suite aux découvertes ethnographiques dans le Nouveau Monde et en Extrême-Orient. Au IX^e et au XX^e siècles, le « positivisme juridique » s'est affirmé contre la doctrine du droit naturel, avec la thèse selon laquelle le seul droit qui existe est celui qui est « valable » dans la réalité, c'est-à-dire le droit qu'on appelle positif, indépendamment de sa valeur morale ou de sa conformité à l'idée de « justice ». Hans Kelsen est le principal représentant contemporain de cette tendance.

La loi scientifique

Durant la première moitié du xvii^e s., parallèlement à la naissance de la doctrine moderne du droit naturel, l'usage de l'expression « lois de la nature » s'affirme dans le domaine des sciences physiques, dans l'acception qui est ensuite devenue courante et qui a été progressivement étendue aux autres sciences, à mesure qu'elles se constituaient. On peut même dire qu'à partir de ce moment la découverte de « lois » allant dans ce sens est considérée comme la fonction propre à toute science. Francis Bacon avait déjà pressenti cet usage, qui s'est imposé avec Descartes, pour désigner aussi bien des principes (par exemple celui d'inertie), que des relations fonctionnelles entre des grandeurs variables, quand le rapport entre elles est constant, et qu'on peut l'énoncer dans une formule mathématique, à la manière de Galilée. C'est à la moitié du xviii^e s. que remonte la proposition de Montesquieu d'étendre la notion de « loi » au domaine des phénomènes sociaux et politiques, dans le but de déterminer les rapports entre les institutions des différents peuples et leurs conditions naturelles ou historiques. C'est l'origine de la science qui allait ensuite prendre le nom de « sociologie ». La psychologie allait se présenter comme une science expérimentale à l'enseigne de la recherche des « lois » des phénomènes mentaux. Au contraire, l'expression « lois de la pensée » pour indiquer les principes du raisonnement, propre au XIX^e siècle, dépend d'une conception de la logique de type psychologique, qui a été complètement abandonnée par la suite. Les lois de la physique classique, qui ont représenté historiquement un modèle idéal, et ceci même pour les sciences qui se sont constituées par la suite, étaient toutes des lois déterministes, c'est-à-dire rigoureusement universelles (au sens de : privées d'exception). Ce modèle a disparu au XX^e siècle, avec le développement de la mécanique quantique, dont les lois sont probabilistes, ou statistiques, même si elles demeurent de type causal : d'où la présentation des lois déterministes, propres au macrocosme, comme des cas limites, par rapport aux lois probabilistes propres au niveau subatomique de la matière. La notion de loi scientifique est généralement associée à celle de prévision (mais, pour qu'elle remplisse cette fonction, il faut que la loi soit d'une « simplicité » suffisante). À l'origine, aussi bien Charles Sanders Peirce que Ernst Mach ont insisté sur ce point, dans le cadre d'une conception pragmatiste de la science (que partageaient aussi, du reste, des penseurs opposés à l'empirisme, tels Henri Bergson et Benedetto Croce).

— droit naturel e droit (philosophie du) e Kelsen

Annexe A

André Comte-Sponville

A.1 Droit

Une possibilité garantie par la loi (le droit à la propriété, à la sûreté, à l'information...) ou exigée par la conscience (les droits de l'homme). Pris absolument, le droit est l'ensemble des lois qui limitent et garantissent — l'un ne va pas sans l'autre — ce qu'un individu peut faire, à l'intérieur d'une société donnée, sans encourir de sanction et sans que quiconque puisse l'en empêcher sans en encourir. Cela suppose un système de contraintes, donc une répression au moins possible : il n'y a de droit, en ce sens, que par la force, et telle est la fonction de l'État. Le droit naturel n'est qu'une abstraction ; les droits de l'homme, qu'un idéal. Seul le droit positif permet de passer, grâce à l'État, du *droit* au *fait*. C'est une raison forte de préférer l'état civil, même injuste, à l'état de nature : mieux vaut un droit imparfait que pas de droit du tout. Chacun sait qu'il n'y a pas de droits sans devoirs. Mais point, comme on le croit parfois, parce qu'on ne pourrait bénéficier de ceux-là qu'à la condition de respecter d'abord ceux-ci. Un tortionnaire, on n'a pas le droit pour autant de le torturer. Un voleur, pas le droit de le voler. Qu'ils n'aient pas fait leur devoir ne nous dispense aucunement, fût-ce vis-à-vis d'eux, des nôtres. Mais il y a plus. Un nouveau-né ou un débile profond n'ont aucun devoir, et pourtant une multitude de droits. C'est dire assez que mon droit n'est pas défini par mes devoirs, mais par les devoirs des autres à mon égard. Si j'ai aussi des devoirs, ce qui est bien clair, ce n'est pas parce que j'ai des droits, mais parce que les autres en ont. Ainsi le droit, pris absolument, fixe les droits et les devoirs de chacun, les uns vis-à-vis des autres et de tous. C'est ce qui nous permet de vivre librement ensemble, par la limitation, rationnellement instituée, de notre liberté. Ma liberté s'arrête, selon la formule fameuse, où commence celle des autres. « Le droit, écrit Kant, est la limitation de la liberté de chacun à la condition de son accord avec la liberté de tous, en tant que celle-ci est possible selon une loi universelle. » Mais il n'existe, c'est ce qu'on appelle le droit positif, que par des lois particulières.

A.2 Droit naturel

Ce serait un droit inscrit dans la nature ou la raison, indépendamment de toute législation positive : un droit d'avant le droit, qui serait universel et servirait de fondement ou de norme aux différents droits positifs. En pratique, chacun y met un peu ce qu'il veut (par exemple, chez Locke, la liberté, l'égalité, la propriété privée, la peine de mort), ce qui est bien commode mais ne permet guère de résoudre quelque problème effectif que ce soit. Que disent la nature ou la raison sur l'avortement, l'euthanasie, la peine de mort ? Sur le droit du travail et des affaires ? Sur le PACS et la libéralisation des drogues douces ? Sur le meilleur type de régime ou de gouvernement ? On a pu fonder sur le droit naturel, selon la conception qu'on s'en faisait, aussi bien la supériorité de la monarchie absolue (chez Hobbes) que celle de la démocratie (chez

Spinoza). C'est dire assez la malléabilité de la notion. Les droits de l'homme ? Ce n'est pas la nature qui les définit mais l'humanité, non la raison mais la volonté. Pour ma part, si l'on tient à parler d'un droit naturel, j'aurais tendance à dire que ce n'est pas un droit du tout, mais le simple règne des faits ou des forces. « Le droit naturel de la nature entière et conséquemment de chaque individu s'étend jusqu'où va sa puissance, écrit Spinoza, et donc tout ce que fait un homme suivant les lois de sa nature propre, il le fait en vertu d'un droit de nature souverain, et il a sur la nature autant de droit qu'il a de puissance » (*Traité politique*, II, 4). C'est ainsi, précise-t-il ailleurs, que « les grands poissons mangent les petits en vertu d'un droit naturel souverain » (*Traité théologico-politique*, XNT). C'est la loi de la jungle, dont seul le droit positif nous sépare.

A.3 Droit positif

L'ensemble des lois effectivement instituées, dans une société donnée, quel que soit par ailleurs le mode (coutumier ou écrit, démocratique ou monarchique..) de cette institution. C'est un *droit* qui existe en *fait*.

A.4 Justice

L'une des quatre vertus cardinales : celle qui respecte l'égalité et la légalité, les droits (des individus) et le droit (de la Cité). Cela suppose que la loi soit la même pour tous, que le droit respecte les droits, enfin que la justice (au sens juridique) soit juste (au sens moral). Comment le garantir ? On ne le peut absolument ; c'est pourquoi la politique, même lorsqu'elle y tend, reste conflictuelle et faillible. C'est pourtant la seule voie. Aucun pouvoir n'est la justice ; mais il n'y a pas de justice sans pouvoir.

« Sans doute légalité des biens est juste, écrit Pascal, mais... » Mais quoi ? Mais le droit en a décidé autrement, qui protège la propriété privée et par là l'inégalité des biens. Faut-il le regretter ? Ce n'est pas sûr (il se peut qu'une société inégalitaire soit plus prospère, même pour les plus pauvres, qu'une société égalitaire). Ce n'est pas impossible (notamment si on met la justice plus haut que la prospérité). Qui en décidera ? Le droit positif (*jus*, en latin, d'où vient justice), ou plutôt ceux qui le font. Les plus justes ? Non pas. Les plus forts — donc presque toujours, dans nos sociétés démocratiques, les plus nombreux. La propriété privée fait-elle partie du droit naturel ? Fait-elle partie des droits de l'homme ? Ce sont deux questions différentes, mais toutes deux insolubles par le droit seul. Questions philosophiques plutôt que juridiques, et politiques plutôt que morales. « Ne pouvant faire qu'il soit force d'obéir à la justice, continue Pascal, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force. Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien » (*Pensées*, 81-299 ; voir aussi le fr. 103-298).

C'est où l'on rencontre la fiction, mais éclairante, du contrat social. « La justice, écrivait Épicure, n'est pas un quelque chose en soi ; elle est seulement, dans les rassemblements des hommes entre eux, quels qu'en soient le volume et le lieu, un certain contrat en vue de ne pas faire de tort et de ne pas en subir » (*Maximes capitales*, 33 ; voir aussi les maximes 31 à 38). Peu importe que ce contrat ait existé en fait ; il suffit à la justice qu'il puisse exister en droit : il est « la règle, souligne Kant, et non pas l'origine de la constitution de l'État, non le principe de sa fondation mais celui de son administration » (*Réfl.*, Ak. XVIII, n° 7734 ; voir aussi *Théorie et pratique*, I, corollaire). Une décision est juste quand elle pourrait être approuvée, en droit, par tous (par tout un peuple, dit Kant) et par chacun (s'il fait abstraction de ses intérêts égoïstes ou contingents : c'est ce que Rawls appelle la « position originelle » ou le « voile d'ignorance »). Cela vaut pour l'État, mais tout autant pour les individus. « Le moi est injuste en soi,

écrivait Pascal, en ce qu'il se fait le centre de tout » (*Pensées*, 597-455), Contre quoi toute justice est universelle, au moins dans son principe, et n'agit, en chacun, que contre l'égoïsme ou par décentrement. Cela donne à peu près la règle, telle qu'Alain la formule, et qui ne vaut pour tous que parce qu'elle vaut d'abord pour chacun : « Dans tout contrat et dans tout échange, mets-toi à la place de l'autre, mais avec tout ce que tu sais, et, te supposant aussi libre des nécessités qu'un homme peut l'être, vois si, à sa place, tu approuverais cet échange ou ce contrat » (*81 chapitres*, VI, 4, « De la justice »). Cela vaut pour les individus, mais donc aussi pour les citoyens. Pour la morale, mais donc aussi — si les citoyens font leur devoir — pour la politique. « Est juste, écrivait Kant, toute action ou toute maxime qui permet à la libre volonté de chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle » (*Doctrine du droit*, Introd., §C). Cette coexistence des libertés sous une même loi suppose leur égalité, au moins en droit, ou plutôt elle la réalise (malgré les inégalités de fait, qui sont innombrables), et elle seule : c'est la justice même, toujours à faire ou à refaire, toujours à défendre ou à conquérir.

A.5 Loi

Un énoncé universel et impératif. En ce sens, il est clair qu'il n'y a pas de « lois de la nature » : on n'en parle que par analogie, pour évoquer ou expliquer certaines régularités observables. La rationalité de l'univers est au contraire toute silencieuse (pas d'énoncés) et simple (pas d'impératifs). L'identité est ordre qui lui suffit. Et sa nécessité, s'il fallait la formuler, ne se dirait qu'à l'indicatif. Les lois humaines tendent vers ce modèle (« tout condamné à mort aura la tête tranchée. »), sans pouvoir jamais complètement y atteindre. Faute de pouvoir, justement, ou abus de volonté. D'où l'idée de Dieu, qui serait une volonté toute-puissante : un indicatif-impératif. L'idée de silence, poussée à sa limite, nous débarrasse de ces deux anthropomorphismes.

Une loi, c'est ce qui s'impose (la nécessité), ou devrait s'imposer (la règle, l'obligation). On parle dans le premier cas de lois de la nature ; dans le second, de lois morales ou juridiques. Les premières, qui ne sont voulues par personne, s'imposent à tous. Les secondes, qui sont voulues par la plupart, ne s'imposent à personne : elles n'existent, comme loi, que par la puissance que nous gardons, malgré elles, de les violer. Si le meurtre ne restait possible, aucune loi n'aurait besoin de l'interdire. Si la gravitation universelle pouvait être violée, ce ne serait plus une loi.

C'est le sens juridique qui est premier : la loi est d'abord une obligation imposée par le souverain. On ne parle de lois de la nature que secondairement, parce qu'on imagine que la nature obéit elle aussi à quelqu'un, qui serait Dieu. Toutefois ce n'est qu'une métaphore. La nature n'est pas assez libre pour pouvoir obéir. Dieu le serait trop pour pouvoir commander.

On s'en voudrait de ne pas citer la définition fameuse que donnait Montesquieu : « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » (*L'esprit des lois*, I, 1). On ne peut pourtant s'en contenter : car comment, si cette définition était bonne, y aurait-il de *mauvaises lois*? C'est que Montesquieu, comme Auguste Comte après lui, pense d'abord aux lois de la nature, qui ne sont ni bonnes ni mauvaises, qui ne sont que « des relations constantes entre les phénomènes observés » (*Discours sur l'esprit positif*, §12). Les lois humaines sont d'une autre sorte : elles ne s'imposent que pour autant qu'on les impose, ce qui ne garantit ni qu'elles soient justes ni qu'il faille leur obéir. Ainsi cette notion de loi reste irréductiblement hétérogène : elle sert surtout à masquer cette dualité même qui la constitue, afin que le fait semble juste ou que la justice semble faite. C'est une façon d'échapper au désordre et au désespoir. La vérité est qu'il n'y a que des faits. Mais qui pourrait la supporter ?

Annexe B

John Rawls, encyclopedie de la philosophie

Rawls John (Baltimore, Maryland, 1921) philosophe américain. Professeur à Baltimore, il a proposé dans de nombreux écrits (*Justice as Fairness, The Journal of Philosophy*, n° 22, La Justice comme équité, 1957; Distributive Justice in P. Lasen et W.G. Runcinan (ed.) *Philosophy, Politics and Society, La Justice distributive*, 1967; *A Theory of Justice, Théorie de la justice*, 1971) une théorie de la justice distributive qui a eu une large influence. L'objectif de Rawls est de mettre en évidence les critères qui règlent l'attribution des coûts et des bénéfices parmi les participants à l'entreprise sociale. Les critères proposés doivent être justifiés rationnellement. A cette fin, Rawls présente deux arguments qu'il développe : parallèlement dans son exposé : l'argument du contrat et l'argument intuitif. Le premier reprend de manière originale le modèle classique du contrat social. Il fonde les principes de la justice sur la démonstration selon laquelle ces principes seraient préférés s'ils faisaient l'objet d'un choix rationnel de la part de citoyens hypothétiques. Mais le choix des principes ne doit pas être seulement rationnel, il doit être également moral : c'est pourquoi les termes du choix doivent être précisés de manière à garantir l'équité des conditions qui, à leur tour, garantiront l'équité du choix en tant que tel. L'argument intuitif veut, quant à lui, montrer le caractère plausible, d'un point de vue intuitif, aussi bien de la manière dont on décrit cette situation de choix (position originaire) que des principes de la justice. La position originaire prévoit que les sujets du choix soient dotés d'une égale liberté, qu'ils soient rationnels (dans le sens classique de la théorie économique), qu'ils soient réciproquement désintéressés et qu'ils ignorent tout de leurs conditions sociales respectives : les seules indications dont ils disposent ne sont que générales. Ce dispositif dit du « voile d'ignorance » transforme des individus modérément égoïstes en ce que Kant appelait des personnes morales, c'est-à-dire animées seulement par des considérations universelles, mais non pas par des intérêts privés. Nul ne sait ce que sera son niveau de vie mais, quel qu'il soit, il exigera certaines ressources fondamentales, les biens principaux, comme la santé, la liberté, un revenu, certaines compétences et une certaine dose d'estime de soi. Pour chacun des sujets du choix, il est donc rationnel de maximiser les biens principaux. Par ailleurs, comme on ne sait pas quelle position sociale on pourra occuper, il est rationnel de choisir, comme critère de distribution des biens, le principe de maximum, qui maximise les avantages pour les positions désavantagées. Conformément à cette caractérisation de la situation du choix, les principes de justice mis en jeu sont alors au nombre de deux. Selon le premier (principe d'égalité), tous ont un droit égal à la plus large liberté compatible avec celle d'autrui. Ce principe est prioritaire, car c'est de la liberté que dépendent la possibilité de choisir son niveau de vie et le respect de soi. Le second (principe de différence) est le véritable principe distributif : les seules inégalités admissibles sont celles qui peuvent produire des avantages pour les désavantagés, et qui sont liées à l'ouverture universelle des charges et offices. L'œuvre de Rawls (en même temps que celle

de Thomas Nagel par exemple) a représenté un retour assumé de la recherche éthique analytique vers des thèmes et des problèmes propres à l'éthique normative, après une longue période de concentration presque exclusive sur des questions de caractère métaéthique (R. Hare, Ch. L. Stevenson).

Annexe C

John Rawls, pratique de la philosophie

C.1 Pratique de la philosophie

C.1.1 Repères biographiques

RAWLS JOHN (NÉ EN 1921)

Philosophe américain, né en 1921. Son ouvrage *Théorie de la justice* (1971) a connu un retentissement considérable aux États-Unis et continue de susciter actuellement de nombreux débats et polémiques. Le succès de l'ouvrage est à la mesure des critiques — aussi nombreuses que véhémentes — qu'il a pu susciter.

C.1.2 Un premier paradoxe

Contemporaine du déclin de la doctrine marxiste, la philosophie de John Rawls renoue avec la tradition idéaliste de la philosophie politique. Écartant tous les faits (comme Rousseau) dans un premier temps au moins, John Rawls pose le problème de la justice en termes d'instauration : comment pourrait-on instituer, se demande-t-il, une forme juste d'organisation sociale, abstraction faite de toute considération particulière (traditions et mœurs propres à telles et telles sociétés) ? Partant de là, il imagine une situation parfaitement hypothétique (comparable à l'« état de nature » des anciens théoriciens du contrat social), dans laquelle un ensemble de personnes doivent choisir les principes de répartition des biens fondamentaux qu'ils souhaitent adopter pour une société à venir. Le point important est le suivant : ces personnes ignorent quelle sera leur position dans cette future société (« voile d'ignorance »). Ils ne peuvent donc vouloir favoriser qui que ce soit : par hypothèse donc, ils opteront pour l'organisation la meilleure pour tous, c'est-à-dire pour la solution qui serait la plus avantageuse globalement, et qui ne sacrifierait à priori aucune catégorie sociale (ni les plus favorisés par la naissance, ni les plus démunis, ni qui que ce soit...). La décision générale — pour finir — est très paradoxale : bien qu'aucun individu raisonnable placé dans une telle situation ne puisse désirer une société injuste (qui puisse sacrifier les intérêts ou les droits de quelques-uns au profit de la communauté ou de l'une de ses parties), tous pourtant doivent s'accorder sur la reconnaissance du bien-fondé des inégalités sociales et économiques.

C.1.3 Deux principes de base

Les principes retenus seront, selon John Rawls, les suivants :

« 1. Chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous, qui soit compatible avec le même système pour les autres.

« 2, Les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois : a. on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun ; b. qu'elles soient attachées à des positions et des fonctions ouvertes à tous. » (*Théorie de la justice.*)

Le premier principe, qui exprime l'engagement de John Rawls en faveur du libéralisme, signifie que la liberté est le premier des biens et que la justice — conçue comme équité — est d'abord et essentiellement la répartition égale entre tous les hommes de cela même qui constitue leur valeur et leur dignité. Ce principe ne peut souffrir aucune exception, et il est absolument prioritaire : la liberté de quiconque ne saurait être sacrifiée, en aucun cas, et pour quelque raison que ce soit. Le deuxième principe en revanche, est beaucoup plus original et ambigu. Que signifie-t-il exactement ? Que les inégalités sociales et économiques peuvent être tolérées, en ce sens qu'elles constituent globalement une situation plus fructueuse pour tous (les inégalités, en effet, servent de stimulant à l'activité, elles augmentent les réserves totales de biens et de produits disponibles). Mais cette tolérance rencontre des limites très strictes : les positions les plus favorisées doivent être accessibles à tous (principe démocratique de l'égalité des chances) et les inégalités ne sont tolérables que si elles profitent à tout le monde, où aux plus défavorisés. Admettons par exemple qu'une disposition soit apparemment très inégalitaire : l'institution d'une école privée de très haut niveau, où même d'une filière très élitiste dans l'école publique. Faut-il la rejeter d'emblée ? Certainement pas, répondrait John Rawls, car l'une ou l'autre, à certaines conditions (bourses, encouragement et soutien des plus motivés, en particulier lorsqu'ils sont défavorisés), peuvent profiter à tous. Ainsi le maintien d'une première classe, dans un métro, peut profiter à tous, si l'on décide d'en faciliter l'accès aux plus handicapés aux heures de pointe...

La théorie de John Rawls a été contestée par les milieux intellectuels de droite et de gauche, et sur plusieurs plans. À droite, on lui reproche de célébrer l'État-providence (État-assistance) parce qu'il insiste sur la nécessité de prendre d'abord en compte l'intérêt des plus démunis ; à gauche, de légitimer la logique des institutions économiques dominantes (le « marché »). D'autres enfin s'indignent de sa prétention à tirer d'une conception individualiste, occidentale, et pour tout dire, « kantienne » de l'homme, une conception de la justice intemporelle et universelle. John Rawls a répondu à ces critiques dans ses travaux ultérieurs, et le débat est loin d'être clos. Cf. Michaël Walzer.

PRINCIPAUX ÉCRITS : *Théorie de la justice* (1971) ; *Anarchie, État et Utopie* (1988) ; *Justice et démocratie* (1993).

Bibliographie

- [1] André Comte-Sponville. *Dictionnaire philosophique*. Presses Universitaires de France, 2001. [646 pages, 1265 entrées].
- [2] Garzanti. *Encyclopédie de la philosophie*. La pochotèque, 2002. [1770 pages, 2500 notices].
- [3] Hachette. *Dictionnaire encyclopédique de poche*. Hachette, 1999. [370 pages, 50 000 mots].
- [4] Hansen, Clément, Demonque, and Kahn. *La pratique de la philosophie*. Hatier, 2000. [480 pages, 870 notices].