

Le Droit

Définition du droit comme ensemble de règles et donc comme fait social et politique

Un des sens étymologiques du mot droit (direction et règle) indique que le droit se définit par la notion de règles : **le droit, c'est un ensemble de règles.**

Cette définition n'a de sens que si on précise **pour qui** elles existent et **par qui** elles valent comme règles qui prescrivent des conduites.

Il ne peut y avoir de règles que **pour une société** (qui commence à exister lorsque les rapports sociaux s'étendent au-delà des rapports internes à la famille). Aucune société humaine ne peut se passer de règles de vie qui codifient les rapports entre ses membres.

Mais dès lors qu'il y a des règles établies dans une société, faut-il parler de droit ? Pas sûr. Le droit ne commence à exister que **lorsque ces règles sont édictées par une autorité publique** (qui veille à leur respect) au lieu d'être des règles admises par tous, mais dont personne n'est l'auteur. (Dans un tel cas, les règles relèvent de la coutume, des usages, de la tradition et ne se distinguent pas clairement de règles morales. Y compris si il existe des individus qui disposent plus spécifiquement du pouvoir coutumier de veiller à ce qu'elles soient respectées et le cas échéant de sanctionner les contrevenants. Ce pouvoir ne peut être confondu avec celui de faire la règle, c'est un pouvoir judiciaire, pas législatif).

En ce sens, **le droit est un fait politique**, inséparable de l'existence de l'État ou d'une autorité publique reconnue. Faire et défaire les lois, donc les règles qui forment le droit, voilà la prérogative majeure de l'État et l'instrument par lequel il définit la direction dans laquelle il entend orienter les conduites. Mais ce n'est pas avec cet instrument qu'il exerce son pouvoir (la capacité à faire vouloir faire quelque chose) : en tant que telle, la loi est sans pouvoir. Le pouvoir dépend des moyens de coercition dont l'État se sert pour faire respecter les lois.

Toutefois, cela ne veut pas dire que l'État (ou l'autorité publique) est nécessairement l'auteur des règles de droit : il peut ne faire que donner à des règles nées sans son intervention (coutumes, usages notamment contractuels et privés, jurisprudences, morales...) une forme juridique en en faisant des lois. Il peut aussi plus simplement ou plus couramment les accepter comme telles dans la simple mesure où il ne s'y oppose pas par les règles qu'il impose. (Mais il peut aussi lutter contre des règles coutumières en leur opposant des règles de droit. Exemples : la loi indienne est contraire aux castes, dont l'existence est coutumière ; la législation des pays musulmans peut interdire la polygamie ; l'État peut interdire le « droit » d'ainesse, qui est coutumier dans certaines régions, en matière d'héritage...) Si l'autorité publique se contente d'accepter la présence d'obligations, de règles dont il n'est pas l'auteur, ces règles ne sont pas des règles du droit, mais d'une autre nature (morale, coutumière, traditionnelle, religieuse...).

L'autorité publique n'est alors pas l'auteur des règles et elles ne sont pas des règles du droit. Mais elles peuvent fonder le droit. C'est le cas par exemple des règles juridiques d'inspiration religieuse.

La coutume est tout au plus un droit positif en puissance, qui deviendra du droit en acte en fonction des décisions de l'autorité publique.

Mais alors, comment distinguer les règles du droit des autres ?

Le droit est un ensemble de règles édictées par une autorité publique qui prescrivent des conduites. Mais il existe d'autres normes prescriptives : règles linguistiques, règles de convenance et surtout règles morales ou coutumières ou religieuses. Comment les distinguer ?

Pas par le contenu des règles : toutes les règles quel que soit leur contenu peuvent être ou devenir des règles de droit. On ne peut pas distinguer des secteurs dans la conduite humaine qui seraient chacun régi par les règles spécifiques. Ce qui distingue les règles juridiques des autres, c'est qu'elles sont assorties de sanctions par l'autorité publique qui les a créées, que ces sanctions sont elles-mêmes soumises à des règles dans leur application et que cette application appartient exclusivement à l'autorité publique.

RQ : Sur la distinction entre droit et morale chez **Kant**. Selon lui, ce qui distingue la moralité de la légalité, ce n'est pas le contenu de la règle, ce qui est prescrit par le devoir, mais la manière de faire son devoir. La morale et le droit se distinguent en cela que le droit ne suppose qu'une conformité extérieure des actions à la loi juridique, tandis que la moralité suppose que le mobile de l'action soit l'idée même du devoir défini par la loi morale. L'action morale n'est pas une action simplement *conforme au devoir*, mais *accomplie par devoir* (ce qui exclut en particulier qu'elle soit accomplie en raison de l'intérêt de l'accomplir, comme s'éviter des ennuis, gagner le paradis...). Dans ces conditions, l'obéissance à la règle est morale lorsqu'elle est autonome (qu'on y obéit de soi-même), tandis que la simple conformité au devoir (l'obéissance en tant que simple mise en conformité de sa conduite avec la règle sans qu'on y soit intimement et personnellement conduit) suppose et appelle un appareil de sanction qui motive l'obéissance : on obéit par intérêt (celui de ne pas s'exposer à des sanctions) et non par sens du devoir.

Questions et problèmes :

1) Puisqu'il n'y a de droit que lorsqu'une règle est instituée par une autorité publique, la question est de savoir à quel titre cette autorité publique l'instaure ou devrait le faire ? Ou bien l'autorité publique qui instaure la règle le fait ou devrait le faire pour instituer un droit qui existe indépendamment d'elle, qui est découvert par la raison, ou bien le droit est posé

par sa volonté ; ou bien le droit est donné et à instaurer dans la vie sociale, ou bien il est entièrement construit par l'autorité politique.

C'est la question de la source du droit, de son origine et de son fondement.

2) Le droit est très souvent rapproché de la justice. Les tribunaux, chargés de faire respecter le droit, ne sont-ils pas les lieux où on rend la justice ? Cependant, est-ce l'idée du juste qui fonde le droit ou le droit qui définit le juste ? Mieux encore, est-ce que le droit tient sa légitimité de ce qu'il instaure la justice ou à d'autres fonctions, finalités ?

C'est la question de la légitimité du droit en relation avec sa finalité.

3) Il n'y a de droit que lorsqu'il existe une autorité publique qui instaure des règles et un système de sanction lui-même soumis à des règles. Pour qu'un tel système de sanction puisse fonctionner, il faut que l'autorité publique dispose d'un pouvoir qui parvient à imposer ses règles et ses sanctions. Autrement dit, le droit n'existe dans les faits que s'il a le concours d'une force. D'où une question : la force est-elle simplement au service du droit ou au contraire, le droit n'est-il qu'un déguisement de la force ?

C'est la question des rapports ambigus entre la force et le droit.

I) la question du fondement : jusnaturalisme contre positivisme juridique

Commençons par une distinction fondamentale entre ce qu'on appelle le droit positif et le droit naturel. Le droit positif, c'est l'ensemble des règles ou lois en vigueur à un endroit et un temps donnés. Ce sont les lois telles qu'elles sont dans les faits à tel endroit, à tel moment. Il est bien évident que le droit positif varie d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Le droit naturel sert à désigner non pas le droit tel qu'il existe, mais un ensemble de règles idéales, parfaites, rationnelles et conformes à la fonction du droit. A ce titre, le droit naturel est universel (valable pour tous et tout le temps) à la différence du droit positif. Et il est objectif au sens où il est donné par la nature.

NB : ne pas confondre le droit naturel avec les droits naturels ou droits subjectifs attachés aux individus par nature (en gros, les droits de l'homme). Le droit naturel correspond à un ensemble cohérent de règles qui prescrivent des conduites et non pas à une liste de droits personnels qui, au lieu de prescrire des obligations, autorisent des actes. Ne pas confondre non plus le droit naturel avec les lois naturelles telles qu'elles sont explicitées par Hobbes par exemple, qui ne sont rien d'autre qu'une transposition sous la forme de lois prescriptives des manières d'agir communément observées : agir en vue de préserver sa vie et ses biens, dans la mesure de ses forces. Ce sont des lois naturelles au sens où tous les êtres, notamment les hommes, sont poussés par la nature (en l'occurrence leur spontanéité) à agir de la sorte.

La distinction entre droit positif et droit naturel sert notamment à mesurer le degré de légitimité du droit positif en fonction de sa plus ou moins grande distance avec le droit naturel. Cette distinction fonde donc la distinction entre le **légal** (positif) et le **légitime** (naturel) et en conséquence la possibilité de contester le premier au nom du second. L'illustration tragique de la différence et du conflit : **Antigone** qui oppose à la décision de **Créon**, roi de Thèbes, l'obligation religieuse d'ensevelir les morts pour assurer leur salut.

Toute la question est de savoir si et comment on peut définir un droit naturel. Si on le peut, alors il faudra soutenir que le droit peut être découvert par la raison, qu'il nous est donné, qu'il est quelque chose d'objectif (encore que parfaitement idéal ou rationnel) et qu'il nous appartient alors de le rendre positif (ce sera le rôle de l'autorité publique), ou alors, si on conteste la possibilité même de découvrir un droit naturel ou son existence, il faudra soutenir que le droit est entièrement positif, imposé par la volonté et entièrement construit et donc aussi qu'il n'existe pas de moyen objectif de mesurer (et donc de contester) la légitimité du droit (positif).

A) Le droit naturel ou le fondement cosmique ou rationnel du droit. Le jusnaturalisme.

La notion de droit naturel est ambiguë en ce sens qu'elle suggère qu'il faudra s'inspirer de ce qu'on observe dans la nature pour fonder le droit. Or dans la nature, les gros poissons mangent les petits, les forts tuent les faibles qui en s'associant tuent les forts. On ne peut rien fonder sur ces observations.

La nature à laquelle fait référence la notion de droit naturel est d'un autre ordre que celui des faits observables. Pour les tenants du droit naturel, la nature correspond ou bien à l'ordre des choses, du cosmos (droit naturel classique), ou bien à la nature humaine, l'homme étant sociable et raisonnable (droit naturel moderne). La raison n'y joue pas le même rôle. Pour les premiers, elle sert à la découverte d'un droit inscrit dans l'ordre du monde (elle n'est qu'un instrument de connaissance du droit). Pour les seconds, la raison n'est pas que l'instrument par lequel on apprend ce qu'est le droit, elle est d'abord ce qui contient les principes universels du droit. Dans le premier cas, la nature, c'est le Cosmos, dans le second, naturel signifie rationnel.

Il faut noter que l'apparition du droit naturel moderne avec Grotius est liée à un contexte historique précis, celui des guerres de religion. L'enjeu de l'établissement du droit naturel est de fonder le droit sur des principes qui n'ont pas de rapport avec les diverses religions, sur des principes universels qui transcendent les croyances religieuses, sans s'opposer à elles.

« Cette *sociabilité* [...], ou ce soin de maintenir la société d'une manière conforme aux lumières de l'entendement humain, est la source du *Droit*, proprement ainsi nommé, et qui se réduit en général à ceci : *Qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer ce que l'on peut en avoir entre les mains, ou le profit qu'on*

en a tiré : Que l'on est obligé de tenir sa parole : Que l'on doit réparer le dommage qu'on a causé par sa faute : Et que toute violation de ces règles mérite punition, même de la part des hommes. » Grotius, Le droit de la guerre et de la paix, Discours préliminaire, § VIII

Analyse rapide : Dire que les lois naturelles se fondent sur la nature sociable et rationnelle de l'homme, cela signifie que ces règles sont d'abord destinées à instaurer une vie sociale juste et harmonieuse à partir de la connaissance de lois que nul être doué de raison ne peut ignorer. Dans ces conditions, les lois du droit naturel ne se distinguent guère dans leur contenu de règles morales universelles, valant indépendamment de toute référence religieuse, même si elles sont également prescrites par les religions.

Rq : Les tenants du jusnaturalisme : Platon, Aristote, pour les Anciens, Cicéron (qui est pourtant un ancien, mais une des sources des modernes), Grotius, Pufendorf et Léo Strauss, pour les Modernes.

Transition : Le caractère aussi moral que vague, général des règles du droit naturel ne permet guère de fonder une législation complexe, mais offre certes des critères pour juger les lois positives. Cependant, ces critères reposent sur l'idée qu'il existe des lois inscrites dans notre raison, inhérentes à notre nature d'êtres sociables et raisonnables. Mais est-il possible de dire que la connaissance de ces lois naturelles est fondée ? On peut en douter dans la mesure où les seules connaissances dont on puisse dire qu'elles sont fondées rationnellement sont les connaissances scientifiques, qui portent sur des faits dont on peut faire l'expérience. Dans ces conditions, les lois naturelles invoquées par le jusnaturalisme sont des entités métaphysiques au sujet desquelles aucune connaissance assurée n'est possible. La nature du droit naturel n'est pas la nature de la science, cette dernière étant la seule dont on puisse avoir une connaissance garantie par une méthode éprouvée. Il faut en conclure que la notion de droit naturel est une fiction sans doute utile, mais sans objectivité ni universalité. Mieux, le jusnaturalisme n'est qu'un positivisme qui s'ignore comme tel : il invoque comme naturels et universels des principes qui sont entièrement issus de l'histoire, de la culture, c'est-à-dire des normes qui valent simplement parce qu'on les tient pour valables, parce qu'elles sont en vigueur.

B) la nature ne prescrit rien, le droit est acte d'autorité, sans rapport avec la vérité ou avec un fondement transcendant et universel. Le positivisme juridique.

Pour les tenants du positivisme juridique, le droit est le produit de la volonté de l'autorité publique et/ou vaut par l'accord unanime des hommes qui se donnent ainsi des règles de vie communes. Pour eux, nulle transcendance, nulle vérité ne joue de rôle dans l'établissement du droit. La nature, la raison ne prescrivent rien (en dehors de la nécessité peut-être de se doter de règles juridiques, ce qui relève plus d'un calcul de l'intérêt bien

compris que d'une prescription morale ou juridique). Dans ces conditions, la juridicité ou sa validité juridique d'une règle doit tout à son auteur, à sa forme et à son mode de validation, rien à son contenu (exactement le contraire de ce qu'affirment les jusnaturalistes). Le droit est donc entièrement positif : il n'existe pas d'autre droit que le droit en vigueur, et donc les divers systèmes de droit.

Sur quels arguments se fonde le positivisme juridique à la fois pour défendre la caractère positif de tout droit et pour réfuter le jusnaturalisme ? On en trouve chez **Kelsen**. Il entend fonder une science du droit indépendante de son contenu, se concentrant sur ce qui est le propre du droit : un ensemble de normes qui prescrivent qu'un comportement doit avoir lieu.

« Dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains « est valable », c'est affirmer qu'elle est obligatoire, que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit. Déjà dans un chapitre précédent, on a expliqué qu'à cette question de savoir pourquoi une norme est valable, c'est-à-dire pourquoi des individus doivent se conduire de telle ou de telle façon, on ne peut pas répondre en constatant un fait positif, un fait qui est, et qu'ainsi le fondement de validité d'une norme ne peut pas se trouver dans un semblable fait. De ce que quelque chose est, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose doit être; non plus que, de ce que quelque chose doit être, il ne peut s'ensuivre que quelque chose est. La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle. [...]

Comme on l'a noté dans un alinéa précédent, la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée, — elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême : la norme fondamentale. » **Kelsen**, *Théorie pure du droit* (1962)

Analyses : le principe fondamental sur lequel repose le positivisme juridique, c'est qu'il n'est pas possible de fonder une norme, une obligation, une loi sur des faits. (Idée qu'on trouve déjà chez Hume). Kelsen part d'une question toute simple : qu'est-ce qui fait qu'on obéit à une norme de conduite ? Pourquoi obéissons-nous et au nom de quoi invitons-nous les autres à obéir ? (Questions enfantines qui mettent dans l'embarras les adultes). La réponse qu'il donne consiste à dire qu'on n'obéit pas simplement parce que

c'est comme ça qu'on fait, mais parce que c'est comme ça qu'on doit faire, parce qu'il est bon de faire comme ça. En apparence, cela ne signifie rien d'autre que : il faut obéir parce qu'il faut obéir. Mais en réalité, cela signifie que ce n'est pas du côté des faits qu'on trouve une réponse à cette question.

En d'autres termes, la connaissance des faits ne permet pas de savoir ce qu'il faut faire, comment il faut agir. Réciproquement, une obligation ne permet pas de connaître quoi que ce soit : ce n'est pas parce qu'une loi impose telle ou telle obligation que je peux en déduire que les hommes se conduisent de telle ou telle manière. L'ordre de la connaissance des faits est totalement indépendant de l'ordre du devoir, de la prescription, de l'obligation, des normes.

De là découle une série de conséquences :

1) La validité d'une norme dépend d'une autre norme. On ne peut se dire qu'il faut obéir à une règle, qu'il faut se soumettre à une obligation parce que des faits nous montrent qu'il faut le faire, mais parce qu'on admet qu'il est bon de le faire. En somme, on se soumet à une norme s'il et seulement si une autre norme nous dit qu'il faut le faire, qu'il est bon de s'y soumettre. Une norme n'est valide ou possède une validité qu'en vertu d'une autre norme, supérieure à la première. Lorsqu'on dit qu'il faut obéir à une règle parce que c'est une bonne chose de le faire, il semble qu'on ne fait que répéter qu'il faut obéir, mais en réalité, on invoque l'idée d'un bien comme fondement de l'obéissance à cette règle.

2) Peut-on échapper à un redoublement de la question initiale : en quoi la norme supérieure vaut-elle ? Le pourquoi remonte d'une norme à sa supérieure. Et on peut invoquer une nouvelle norme, encore supérieure pour justifier la deuxième et la troisième indirectement. Le risque, c'est une régression à l'infini. Que les enfants ne cessent pas de poser la question de pourquoi il faut accorder une validité à toutes les normes qu'on invoque. Or, il est impossible de remonter sans cesse : il faut bien finalement qu'une norme suprême valide toutes les autres.

3) Mais cette norme suprême ne se fonde elle-même sur rien. Elle n'est pas une norme suprême posée, mais une norme supposée. Elle ne peut pas être posée par une autorité parce que cela supposerait que cette autorité ait le droit de la poser en vertu d'une norme encore plus haute. Cela signifie donc qu'il n'existe aucun fondement absolu pour les normes, les règles du droit. Donc aussi qu'il est parfaitement possible de rencontrer des normes fondamentales différentes. Et finalement que les normes fondamentales sont simplement admises comme telles et surtout ne valent que parce qu'elles le sont, au moins par ceux qui sont en mesure de les faire respecter.

RQ : Il faut bien comprendre que le positivisme juridique a beaucoup à voir avec l'avènement de la science. De Hobbes à Kelsen, le même motif joue : la nature n'a rien à nous apprendre du juste et donc ne peut fonder le droit. Mais la nature dont ils parlent, c'est celle de la science, dépourvue d'ordre cosmique (qu'il faudrait imposer aux affaires humaines lorsqu'elles s'en écartent), de finalités, de relations étroites tant avec dieu qu'avec l'homme. Si le droit est pensé comme une sorte de machine à notre usage, c'est d'abord parce que la nature est rendue muette par la science en matière de norme

puisqu'elle est pensée comme de l'ordre des faits observables. La nature naturante (Cosmos) n'existe plus, la nature naturée (factuelle) ne dit rien.

Commentaire : Du point de vue d'une science du droit et donc de la hiérarchie des normes, il est nécessaire d'affirmer que la norme fondamentale est une norme simplement présumée, un fondement de fait et non pas un fondement en droit. Mais la signification de cette thèse non plus dans le cadre d'une science du droit, mais d'une analyse des différents droits positifs implique de soutenir que la norme fondamentale d'un système juridique donné est sinon arbitraire, du moins injustifiable. Et donc qu'elle ne vaut comme norme fondamentale que par sa reconnaissance comme telle. Or, dans les faits, non pas les faits naturels, mais les faits sociaux et culturels, cette reconnaissance s'apparente à l'assentiment accordé à un état de fait de la norme : « C'est comme ça parce que c'est comme ça ! ». Là où Kelsen écarte les faits, un pur état de fait historique, social, culturel, voire d'autorité factuelle, réapparaît.

Voici comment **Kelsen** réfute le droit naturel :

« C'est l'idée même qu'une doctrine de droit naturel pourrait donner une réponse absolue à la question du fondement de la validité du droit positif qui repose sur une illusion; selon ces doctrines, la validité du droit positif a pour fondement le droit naturel, c'est-à-dire un ordre établi par la nature en tant qu'autorité suprême, supérieure au législateur humain. En ce sens, le droit naturel est, lui aussi, un droit posé, c'est-à-dire un droit positif; mais alors que le droit positif proprement dit est posé par des volontés humaines, le droit naturel le serait par une volonté supra-humaine. Sans doute une doctrine de droit naturel peut-elle bien affirmer comme un fait - que la nature commande que les hommes doivent se conduire de telle ou telle façon. Mais puisqu'un fait ne peut pas être le fondement de la validité d'une norme, une doctrine de droit naturel correcte du point de vue logique ne peut pas nier que l'on ne peut donner un droit positif conforme au droit naturel comme valable que si l'on suppose la norme: on doit obéir aux commandements de la nature. Telle est la norme fondamentale du droit naturel. La doctrine du droit naturel ne peut, elle aussi, donner à la question du fondement de la validité du droit positif qu'une réponse conditionnée ou relative. Si elle affirme que la norme qui prescrit d'obéir aux commandements de la nature est immédiatement évidente, elle se trompe. Cette affirmation est inacceptable; non seulement d'une façon générale, il ne peut exister de normes de conduite humaine immédiatement évidentes; mais cette norme en particulier est beaucoup moins immédiatement évidente encore que toute autre. Car, pour la science, la nature est un système d'éléments régis par la légalité causale. Elle n'a aucune volonté, et, par suite, elle ne peut pas poser de normes. On ne peut admettre l'existence de normes immanentes à la nature, que si l'on inclut dans la nature la volonté de Dieu. Or l'idée que, dans la nature qui est une manifestation de sa volonté - ou de toute autre façon -, Dieu commanderait aux hommes de se conduire d'une certaine façon, est une thèse métaphysique que ne peut pas être acceptée d'une façon générale par une science quelconque et en particulier par la science du droit: la connaissance scientifique ne peut avoir pour objet un quelconque processus que l'on situe au-delà de toute expérience

possible. » **Kelsen**, *Théorie pure du droit* (1962)

Le positivisme peut reposer sur l'idée selon laquelle les normes, les valeurs, les principes du droit ne sont pas des objets de connaissance : ce qu'on connaît, c'est ce qui est, pas ce qui doit être et on ne peut déduire le deuxième du premier (Kelsen). Dans ce cas, toute conception du droit qui affirme un fondement naturel est conçue comme une théologie déguisée.

Autre forme de positivisme juridique, plus atypique, celle de Pascal. Selon lui, des valeurs, une justice en soi existent, mais nous ne sommes pas en mesure de les connaître parce que nous sommes égarés ou misérables. Aucun relativisme chez Pascal, mais une conception anthropologique (marquée par l'idée de pêché originel) qui exclut que l'homme puisse prendre connaissance des valeurs qui pourraient fonder le droit. C'est pourquoi chez lui, la relativité constatable des valeurs (sur laquelle il insiste lourdement), est moins le point de départ d'une conception relativiste du droit, qu'un constat ironique sur la misère de l'homme, incapable de saisir des valeurs universelles. Du coup, son conventionnalisme (associé à un utilitarisme assez brutal : la paix civile justifie tout) est un pis-aller, un faute de mieux, un moindre mal qui souligne une fois de plus à quel point l'homme est misérable.

« Sur quoi fondera-t-il l'économie du monde qu'il veut gouverner ? Sera-ce sur le caprice de chaque particulier ? Quelle confusion ! sera-ce sur la justice ? il l'ignore. Certainement s'il la connaissait il n'aurait pas établi cette maxime, la plus générale de toutes celles qui sont parmi les hommes, que chacun suive les moeurs de son pays. L'éclat de la véritable équité aurait assujetti tous les peuples. Et les législateurs n'auraient pas pris pour modèle, au lieu de cette justice constante, les fantaisies et les caprices des perses et allemands. On la verrait plantée par tous les états du monde, et dans tous les temps, au lieu qu'on ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat, trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité. En peu d'années de possession les lois fondamentales changent, le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne. Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.

Ils confessent que la justice n'est pas dans ces coutumes, mais qu'elle réside dans les lois naturelles communes en tout pays. Certainement ils le soutiendraient opiniâtrement si la témérité du hasard qui a semé les lois humaines en avait rencontré au moins une qui fût universelle. Mais la plaisanterie est telle que le caprice des hommes s'est si bien diversifié qu'il n'y en a point.

Le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les actions vertueuses. Se peut-il rien de plus plaisant qu'un homme ait droit de me tuer parce qu'il demeure au-delà de l'eau et que son prince a querelle contre le mien, quoique je n'en aie aucune avec lui.

Il y a sans doute des lois naturelles, mais cette belle raison corrompue a tout

corrompu. Nihil amplius nostrum est, quod nostrum dicimus artis est. Ex senatus-consultis et plebiscitis crimina exercentur II. Ut olim vitis sic nunc legibus laboramus.

De cette confusion arrive que l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodité du souverain, l'autre la coutume présente, et c'est le plus sûr. Rien suivant la seule raison n'est juste de soi, tout branle avec le temps. La coutume (est) toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue. C'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramènera à son principe l'anéantit. Rien n'est si fautif que ces lois qui redressent les fautes. Qui leur obéit parce qu'elles sont justes, obéit à la justice qu'il imagine, mais non pas à l'essence de la loi. Elle est toute ramassée en soi. Elle est loi et rien davantage. Qui voudra en examiner le motif le trouvera si faible et si léger que s'il n'est accoutumé à contempler les prodiges de l'imagination humaine, il admirera qu'un siècle lui ait tant acquis de pompe et de révérence. L'art de fronder, bouleverser les états est d'ébranler les coutumes établies en sondant jusque dans leur source pour marquer leur défaut d'autorité et de justice. Il faut, dit-on, recourir aux lois fondamentales et primitives de l'état qu'une coutume injuste a abolies. C'est un jeu sûr pour tout perdre; rien ne sera juste à cette balance. Cependant le peuple prête aisément l'oreille à ces discours, ils secouent le joug dès qu'ils le reconnaissent, et les grands en profitent à sa ruine, et à celle de ces curieux examinateurs des coutumes reçues. C'est pourquoi le plus sage des législateurs disait que pour le bien des hommes, il faut souvent les piper, et un autre, bon politique, Cum veritatem qua liberetur ignoret, expedit quod fallatur. Il ne faut pas qu'il sente la vérité de l'usurpation, elle a été introduite autrefois sans raison, elle est devenue raisonnable. Il faut la faire regarder comme authentique, éternelle et en cacher le commencement, si on ne veut qu'elle ne prenne bientôt fin. » **Pascal**, *Pensées*.

Avec Pascal, on peut soutenir que le jusnaturalisme est un positivisme qui s'ignore : invoquer comme le droit naturel le fait la nature comme source des lois, cela peut revenir à dire, si on estime, soit que la nature ne prescrit rien (Kelsen), soit que nous sommes incapables de reconnaître ce qu'elle prescrit (Pascal), que les hommes se donnent des règles totalement arbitraires tout en faisant comme si ils les découvraient dans l'ordre des choses. En d'autres termes, comme le dit Pascal, si la convention est une seconde nature, la nature est une première convention. Autant dire que la nature qu'on invoque comme source du droit est une fiction, mais une fiction qui est reçue comme une réalité, qui en tout cas fait l'objet d'un consensus fondateur.

« Pourquoi la coutume n'est-elle pas naturelle ? J'ai grand'peur que cette nature ne soit elle-même qu'une première coutume, comme la coutume est une seconde nature. » **Blaise Pascal**, *Pensées*, fragments n° 92 et 93 de l'éd. Brunschvicg, Garnier-Flammarion,

Mais le positivisme peut aussi reposer sur le refus de faire intervenir une

transcendance ou même des valeurs ou des principes (moraux ou religieux) dans la fondation du droit, en envisageant le droit comme l'expression de l'autorité publique qui le pose en vue de l'intérêt commun. C'est le cas chez **Hobbes**.

Dans tous les cas, le droit est une affaire d'autorité, de conventions, d'utilité, mais pas de vérité. Il y a donc un lien étroit (mais pas nécessaire) entre positivisme et utilitarisme juridique.

RQ : Le positivisme a ainsi deux versants, un versant volontariste (très politique) comme chez **Hobbes**, un versant simplement gnoséologique ou scientifique, comme chez **Kelsen**, mais qui peut avoir un aspect conservateur (donc politique) lorsqu'il s'agit non pas seulement d'étudier le droit positif, mais d'écarter toute autre forme de droit et donc de contestation.

Une des conséquences du positivisme, c'est le relativisme et en conséquence la difficulté de faire valoir une contestation du droit qui reposerait sur des principes universels. On peut bien sûr encore contester le droit en vigueur si on est positiviste, opposer une autre norme à celle en vigueur, mais sans les moyens de l'imposer, c'est en pure perte. Cela est par exemple évident lorsque les positivistes excluent qu'on puisse faire valoir des droits subjectifs naturels contre le droit objectif (Hobbes ou Rousseau).

Transition : le droit naturel est incertain, mais s'en passer, c'est perdre toute possibilité de contester le droit positif, de juger une loi injuste par exemple et de la combattre. Or n'est-on pas fondé à le faire parfois ? Mais au nom de quoi ?

C) le problème du relativisme juridique : peut-on invoquer un principe universel opposable aux droits positifs ?

Est-il possible d'opposer au droit en vigueur autre chose que le sentiment d'une injustice (en lui-même incapable de fournir une raison de s'opposer), est-il possible de maintenir la distinction entre légalité (du droit positif) et légitimité, est-il possible de dépasser le relativisme juridique nécessairement lié au positivisme, sachant que le recours à l'idée d'un droit naturel est rendu impossible par le caractère incertain (parce que métaphysique) de ce droit ?

Un des moyens a été de restaurer une conception minimale du droit naturel : c'est ce qu'a fait Léo Strauss, dans *Droit naturel et histoire*.

« Le besoin du droit naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires. Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En formulant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un critère du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif et qui lui est supérieur : un critère grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif.

Bien des gens aujourd'hui considèrent que le critère en question est l'idéal de justice adopté par notre société ou notre « civilisation », tel qu'il s'incarne dans ses façons de vivre ou ses institutions. Mais, d'après cette même opinion, toutes les sociétés ont leur idéal, les sociétés cannibales pas moins que les sociétés dites civilisées. Si les principes tirent une justification suffisante du fait qu'ils sont reçus dans une société, les principes du cannibale sont aussi défendables et aussi sains que ceux de l'homme civilisé. (...) S'il n'y a pas de critère plus élevé que l'idéal de notre société, nous sommes parfaitement incapables de prendre devant lui le recul nécessaire au jugement critique.

Or le simple fait que nous puissions nous demander ce que vaut l'idéal de notre société montre qu'il y a dans l'homme quelque chose qui n'est pas totalement asservi à la société et par conséquent que nous sommes capables, et par là obligés, de rechercher un critère qui nous permette de juger l'idéal de notre société comme de toute autre. (...) Le problème soulevé (...) ne peut être résolu si nous n'avons pas connaissance du droit naturel. » **Léo Strauss**, *Droit naturel et histoire*, 1953.

Analyse rapide et critique : on le voit, l'argumentation de Strauss consiste moins à établir qu'il existe des principes universels et naturels au moyen desquels on peut juger le droit positif qu'à affirmer que la nécessité même de pouvoir critiquer le droit positif, dans la mesure où la critique peut porter sur le droit dont on dépend, implique qu'un droit naturel existe. Il raisonne un peu de la manière suivante : on a besoin de pouvoir critiquer le droit positif, nous le faisons d'ailleurs, nous invoquons pour cela des principes qui semblent ne pas se réduire à ceux que notre culture nous a inculqué, donc il existe des principes naturels et universels sur lesquels notre critique se fonde. Caricature: on en a besoin, donc ils existent. Tout le problème, c'est qu'il est difficile de fonder l'existence de principes sur le fait qu'on en a besoin et qu'on pense les connaître. Autre problème : une culture a des principes dominants, des valeurs dominantes, mais aussi des valeurs négligées ou jugées inférieures. En d'autres termes, une culture n'est pas monolithique du point de vue des valeurs et principes fondateurs. En conséquence, critiquer le droit positif dont on dépend peut parfaitement se faire au nom de valeurs qui ne sont pas centrales, qui ne sont pas dominantes, qui ne sont pas celles qui fondent le droit positif, tout en appartenant malgré tout à notre culture et qui donc n'ont rien à voir avec des principes ou des valeurs naturels.

Sinon, en dehors de cette restauration (un peu désespérée) de la tradition du droit

naturel, pour parvenir à dépasser le relativisme juridique, on peut envisager deux voies :

La première est celle qui repose sur l'idée de lois naturelles telle qu'elle est formulée par **Hobbes**. A savoir : nous sommes par nature animés par des passions qui rendent la vie sociale impossible pour cause de guerre de tous contre tous, mais nous sommes par nature aussi des êtres raisonnables, capables à la fois de comprendre comment agir dans notre intérêt et de saisir des lois naturelles qui nous prescrivent de ne pas agir contre sa vie et son bien.

En effet, quoi que positiviste, **Hobbes** parle de lois naturelles. Mais ces lois ne sont pas les règles qui fondent le droit ou qui sont à convertir en droit par l'autorité publique. Chez Hobbes, elles invitent les individus vivants dans l'état de guerre de tous contre tous à fonder l'État de manière à ce qu'elles soient respectées, mais les lois établies par l'autorité publique ne sont pas des reprises dans l'ordre juridique de ces lois naturelles.

« Une loi de la nature est un précepte, une règle générale découverte par la raison, par laquelle il est interdit aux gens de faire ce qui mène à la destruction de leur vie » **Hobbes**, Léviathan, Chap. 14.

C'est en vertu de cette loi que les hommes sont amenés à fonder un ordre social par contrat, dans la mesure où la paix qu'il instaure est un moyen de préserver sa vie. Mais le contrat social lui-même ne stipule rien en relation avec cette loi. Les hommes renoncent ainsi d'eux-mêmes à une liberté qui menace leur vie, non par obligation morale, mais par calcul et par « obligation » égoïste.

Dans ces conditions, ce qui permet de juger le droit en vigueur, sans invoquer un droit naturel (un corpus de règles universelles auquel on pourrait comparer les lois en vigueur), c'est de se demander si le droit positif met en place une situation politique et sociale conforme aux lois naturelles, c'est-à-dire s'il met en place la paix et la sécurité pour tous les membres de la société.

Il y a bien une référence faite à la nature, à des lois universelles, mais pas au sens du droit naturel, puisque ces lois sont immanentes à la nature observable et ne font que formuler le sens de conduites spontanées.

Cependant, cette manière de dépasser le relativisme n'offre que peu de possibilités de contestation du droit positif puisque la seule chose qu'on peut reprocher au droit, c'est de ne pas garantir la paix et la sécurité. Or, on peut l'obtenir parfois par des moyens qui peuvent nous heurter, comme l'autoritarisme, voire la terreur (qu'on reproche justement de permettre à Hobbes).

- La deuxième consiste à invoquer des droits subjectifs naturels inaliénables dont tous les hommes sont dotés par nature, en clair les droits de l'homme. Dans ces conditions, on peut contester les lois en vigueur lorsqu'elles portent atteinte à ces droits. Cela offre plus de possibilités de contestation que les lois naturelles.

On observera que la nature (et donc quelque chose d'universel et qui transcende les lois en vigueur) est toujours invoquée, mais d'une autre manière encore que celle du droit naturel ou que de la loi naturelle. Il s'agit cette fois de penser la nature humaine comme intrinsèquement dotée de droits. On peut le faire en affirmant que ces droits sont attachés à la personne par nature (et dans ce cas, on n'est pas très éloigné de l'idée de

droit naturel, avec sa dimension métaphysique), mais on peut le faire aussi d'une manière pragmatique, c'est-à-dire sans engager de présupposés métaphysiques, en affirmant seulement que de tels droits offrent une possibilité de contestation de droit positif en vue de la mise en place à l'échelle sociale et politique des conditions d'une vie digne pour tous, ce qui n'est rien d'autre qu'une fin spontanément recherchée par tous.

A noter : les deux manières de dépasser le relativisme juridique sont incompatibles entre elles parce qu'elle repose sur des principes opposés : pour Hobbes, les hommes n'ont pas de droits naturels, sinon un droit sur toute chose, sans borne, alors que pour les partisans des droits naturels de l'homme, il existe un ensemble de droits naturels ou pré-politiques en nombre limité attaché à toute personne.

II) la question de la finalité ou de la fonction du droit : (r)établir la justice, assurer la sécurité, la liberté, gouverner en vue du bien commun. Le juste vaut-il comme tel ou n'est-il que l'autre nom qu'on donne aux autres finalités du droit ?

Le droit est intimement lié à la justice au point qu'on les confond facilement : on pense que le droit a pour fonction de dire le juste et les tribunaux de le faire respecter dans la mesure même où ils prononcent des jugements fondés sur le droit, les règles en vigueur. A ce titre, la finalité du droit est d'instaurer ou de restaurer la justice.

Cependant les rapports entre le droit et la justice ne sont pas simples. D'un côté, on peut dire que l'idée de justice est antérieure au droit et en conséquence que le droit doit établir des règles conformes à cette idée (on reconnaît là un des aspects du jusnaturalisme, mais aussi l'idée selon laquelle les normes du droit peuvent lui être fournies par d'autres domaines de la culture comme la morale. Dans ce cas, l'idée du juste est moins antérieure au droit qu'extérieure à lui), d'un autre côté, on peut dire que l'idée même de juste et d'injuste est déterminée par le droit, que c'est lui qui en détermine le contenu (ce qui est une des conséquences du positivisme juridique).

Il semble en effet que le droit ne peut remplir sa fonction d'établir ou de rétablir la justice que si les lois sont subordonnées à des principes supérieurs et/ou extérieurs au droit qui définissent ce qu'est la justice et fondent les lois. Mais d'un autre côté, comme les idées et les sentiments relatifs à ce qui est juste varie parfois beaucoup d'un individu à l'autre (sans parler d'une culture à l'autre), il faut bien trancher et fixer des principes qui s'appliquent à tous, c'est-à-dire des lois qui finalement donnent un contenu précis à l'idée de justice (avec pour conséquence qu'on dira dans ce cas que tout ce qui est légal est juste simplement parce que c'est légal). Ce problème ne se distingue pas essentiellement du précédent (traité dans le I).

Mais quoi qu'il en soit, on peut affirmer que c'est bien l'enjeu du droit d'établir ou de

rétablir la justice, que son idée soit antérieure ou postérieure à la loi. Cela semble même être une évidence. Toutefois cette idée ne va pas de soi : en quoi le droit établit-il la justice ? Est-ce du point de vue des individus et des rapports sociaux ou est-ce du point de vue de la société dans son ensemble ? Est-ce en donnant à chacun ce à quoi il a droit ou en imposant à tous des conduites qui permettent d'atteindre des buts dont l'utilité ou la valeur rendent les lois légitimes ?

Problème : la finalité du droit est-elle la justice ou consiste-t-elle à être utile à la vie sociale ?

A cet égard, ce qui est **en jeu**, c'est la question de l'assentiment au droit. Pour qu'il obéissent aux lois, il ne suffit jamais que les hommes y soient contraints : la seule peur du châtimeut ne suffit pas à fonder l'obéissance aux lois. Pour que les hommes obéissent aux lois, il est nécessaire qu'ils consentent à le faire, bon gré mal gré. Cela n'est pas possible simplement parce que la loi est la loi (ce serait confondre le droit et la morale, un impératif hypothétique et un impératif catégorique, une détermination externe de la conduite avec une détermination autonome), mais cela n'est possible que si les hommes voient dans l'obéissance à la loi la condition (on est bien dans l'impératif hypothétique) de la réalisation d'une fin à laquelle ils attachent une valeur (on n'est pas seulement dans la peur de la sanction, dans un mobile négatif, mais dans un mobile positif, une volonté d'atteindre une fin jugée bonne et pas dans la seule peur d'éviter une sanction). De ce point de vue, trois fins distinctes se présentent : le juste, la liberté et le bien commun.

Rq : c'est peut-être ce qu'il faut ajouter à la définition du droit, en plus de la coercition : le droit n'est que s'il obtient un consentement de la part de ceux qui obéissent, sans quoi il serait vécu non comme droit, mais comme commandement arbitraire, simple parure de la force. Parce que sans ce consentement, on aurait de fait un État policier ou un droit sans effectivité, ce qui signifie pas de droit du tout.

A) Le droit a pour fonction d'établir ou de rétablir la justice

Le droit est là pour dire et faire respecter la justice (quelle soit rationnelle, universelle ou culturelle, conventionnelle, relative).

Dans *L'éthique à Nicomaque*, Au livre V, **Aristote** définit ce qu'il appelle la justice particulière, laquelle est très liée aux lois et à l'exercice de l'autorité judiciaire.

La justice particulière concerne les biens utiles au bonheur (qui sont convoités comme tels) et ceux qui à l'inverse peuvent rendre malheureux, qui tous peuvent être attribués ou ôtés par l'État ou par les autres. Elle touche à ce titre aussi bien à la **justice au sens politique**, c'est-à-dire à la façon dont l'État répartit les biens entre les citoyens, que la **justice pénale**, celle qui sanctionne les délits et les crimes que la **justice civile**, celle qui dédommage les atteintes aux biens et aux personnes (non pas pour sanctionner,

mais pour réparer le dommage subi).

Il distingue au sein de la justice particulière, la justice **distributive** et la justice **corrective** (ou commutative).

La justice distributive concerne la distribution des biens comme les honneurs, la richesse et tous les avantages profitables aux individus membres de la communauté. C'est l'État qui le fait directement ou par la loi. Elle concerne aussi la justice pénale (encore que Aristote n'en parle pas explicitement dans ce chapitre) qui sanctionne les crimes et délits.

Par extension, elle concerne ce qu'on appelle de nos jours la justice sociale, c'est-à-dire la justice dans la distribution des biens comme la richesse (les salaires, les impôt, les revenus indirects), les conditions d'existence, les chances..., aux membres d'une société.

Le principe de la justice distributive, c'est la **proportion** (ou égalité proportionnelle géométrique) : ce qui est juste, c'est que dans l'attribution des biens aux personnes, chacun reçoive ce à quoi il a droit (en bien ou en mal), ce qu'il mérite comparativement aux autres. Il est juste que les égaux reçoivent la même chose et que les inégaux reçoivent des choses inégales, dans les mêmes proportions. Qu'il s'agisse de biens ou de maux (de sanctions pénales par exemple : elles sont justes lorsqu'elles sont les mêmes pour les mêmes crimes ou délits). Mais il y a aussi justice lorsque les charges qui pèsent sur la communauté sont réparties en fonction de ce que chacun doit à la communauté, comme les impôts.

Or **Aristote** précise que la question du mérite, de la juste proportion est une question politique : on ne se fait pas la même idée du mérite selon les régimes politiques et donc on ne pensera pas une juste distribution des biens de la même manière selon les régimes, c'est-à-dire selon les principes fondamentaux du droit, ceux qui commandent tous les autres. Dans une oligarchie, c'est la richesse ou la filiation qui décide du mérite, dans une aristocratie, c'est la vertu, dans une démocratie, on ne parle pas de mérite, mais d'égalité des membres de la communauté politique. On distribue les biens selon le critère du mérite : ils iront aux riches dans une oligarchie, aux plus vertueux dans une aristocratie et ils seront également distribués dans une démocratie.

La justice correctrice concerne les relations entre particuliers lorsqu'elles mettent en jeu des biens détenus par les individus (biens matériels ou bonnes choses dans le sens le plus large, comme l'intégrité de son corps, sa femme ou ses enfants...) dans la mesure où ces biens entrent dans des échanges par contrat ou sont affectés par des délits ou des crimes. Dans le premier cas, la justice correctrice concerne les conditions d'un échange juste (les règles d'égalisation de la valeur de choses difficiles à comparer) et de correction des éventuels abus lors d'un échange contractuel. Dans le deuxième cas, la justice correctrice, c'est ce qu'on appelle la justice civile, celle qui par les tribunaux, tâche d'attribuer des réparations à la suite d'un préjudice (sans qu'il soit question de sanction, de punition, mais seulement de réparer un préjudice).

Le principe de la justice correctrice, c'est la **stricte égalité** ou égalité arithmétique : on ne tient pas compte des mérites des personnes impliquées par un contrat ou un crime ou un délit, seul compte la réalité du dommage, du tort causé et la nécessité de le réparer. Un crime ou un délit rompt une égalité : si je vole, j'ai plus que ce à quoi j'ai droit et le volé, moins. La justice correctrice consiste à réparer le dommage en restaurant la situation initiale : le voleur doit fournir au volé l'équivalent de ce qu'il a volé à celui qu'il a volé. Dans le cas des crimes, la sanction pénale (la punition pour transgression) peut faire partie de la réparation (tuer un meurtrier fait partie de la réparation pour le dommage causé par la mort de la victime, sans que soit confondu néanmoins la sanction pénale et la réparation, sans quoi la peine serait en réalité non pas une sanction, mais une vengeance en faveur de la partie lésée qui vaudrait comme réparation).

Rq : il y a un rapport étroit entre cette conception de la finalité du droit et le **jusnaturalisme** dont **Aristote** est un représentant.

Transition : cependant, dans cette perspective, comme on l'a vu avec la justice distributive, le droit est très soumis à des considérations politiques (le régime politique) ce qui ne permet pas de faire du droit le moyen d'établir ou de restaurer la justice en soi. Le droit ne fait que mettre en œuvre une conception de la justice qui n'est pas indépendante des conditions politiques. Cela signifie que le droit est moins une manière de faire régner la justice qu'un instrument politique, c'est-à-dire un moyen de poursuivre des fins qui n'ont pas les individus pour buts premiers, mais un certain état de la communauté politique, de la société. En clair, le droit est un instrument politique. Mais pour quelle finalité, au-delà de la justice ? Ou plutôt, quelles sont les finalités (ou utilités) du droit qui, en retour, permettront de dire que le droit est juste ou légitime ?

B) Le droit a pour but le bien commun. La politisation du droit.

On peut dire que le droit instaure le juste non pas parce qu'il instaure une distribution juste des biens et des maux, parce qu'il corrige des injustices dans les rapports entre particuliers, mais parce qu'il permet d'atteindre des fins qu'on jugera justes ou légitimes. Sous quelles formes ? Par exemple par ses effets sociaux et politiques, notamment parce qu'il assure la sécurité publique et d'une manière générale le bien commun.

De ce point de vue, ce qui fonde la légitimité du droit, ce n'est pas qu'il dise le juste, mais qu'il soit un instrument au service des intérêts mutuels des hommes, un instrument au service du bien commun, comme c'est le cas chez **Hobbes**. Ce qui rend le droit juste, c'est qu'il est le moyen d'établir la paix et la sécurité. Dans ces conditions, la raison pour laquelle les individus obéissent aux lois est leur intérêt bien compris (ne pas s'exposer à une sanction légale, favoriser la paix civile dont nous avons tous besoin pour vivre bien).

Rq : Il faut noter que cette conception utilitariste du droit est liée au règne de l'artifice et de la technique : la finalité du droit est celle d'une machine conçue pour notre

usage, sans aucune norme externe. En conséquence, elle est très présente chez les positivistes.

Cette conception du droit est celle de **Hobbes** et de **Rousseau**. Pour eux, le droit, les lois dont l'État est l'auteur, ne visent rien d'autre qu'établir le bien commun, l'intérêt général, c'est-à-dire établir ce qui est utile à tous les membres de la société. Par là, l'enjeu du droit n'est pas de dire le juste, mais d'être un instrument de pacification et de gouvernement de la société. (Cela a pour conséquence notamment que le droit est conçu de telle sorte que les droits des uns sont protégés par les devoirs des autres. Dans cette conception, il ne peut pas y avoir de conflits entre les droits subjectifs des uns et des autres. Précisément parce que la pacification de la vie sociale passe par la délimitation précise des droits subjectifs afin de prévenir tout conflit. C'est ce qui fait dire à **Hobbes** qu'on n'a le droit de faire que ce qui n'est pas interdit par la loi : définition négative des droits subjectifs qui résulte d'une conception purement instrumentale du droit). En ce sens, on peut dire que le droit est l'expression même du pouvoir politique en tant que pouvoir de faire vouloir faire ce qui est bon pour tous (et donc ce qui est voulu par tous, non pas tant en tant qu'individu privé ou homme, mais en tant que citoyen).

" Hors de l'état civil, chacun jouit sans doute d'une liberté entière, mais stérile; car, s'il a la liberté de faire tout ce qu'il lui plaît, il est en revanche, puisque les autres ont la même liberté, exposé à subir tout ce qu'il leur plaît. Mais, une fois la société civile constituée, chaque citoyen ne conserve qu'autant de liberté qu'il lui en faut pour vivre bien et vivre en paix, de même les autres perdent de leur liberté juste ce qu'il faut pour qu'ils ne soient plus à redouter. Hors de la société civile, chacun a un droit sur toutes choses, si bien qu'il ne peut néanmoins jouir d'aucune. Dans une société civile par contre, chacun jouit en toute sécurité d'un droit limité. Hors de la société civile, tout homme peut être dépouillé et tué par n'importe quel autre. Dans une société civile, il ne peut plus l'être que par un seul. Hors de la société civile, nous n'avons pour nous protéger que nos propres forces ; dans une société civile, nous avons celles de tous. Hors de la société civile, personne n'est assuré de jouir des fruits de son industrie; dans une société civile, tous le sont. On ne trouve enfin hors de la société civile que l'empire des passions, la guerre, la crainte, la pauvreté, la laideur, la solitude, la barbarie, l'ignorance et la férocité; dans une société civile, on voit, sous l'empire de la raison, régner la paix, la sécurité, l'abondance, la beauté, la sociabilité, la politesse, le savoir et la bienveillance." **HOBBS** *Le Citoyen*.

Analyse : Ce texte consiste en une série de comparaisons entre l'état civil ou société civile, c'est-à-dire la situation dans laquelle se trouve une société lorsqu'elle est sous l'autorité d'un État, et son contraire, l'état de nature qui est aussi état de guerre.

Cela signifie que le moyen de mettre fin à l'état de guerre de tous contre tous est d'ordre juridique : c'est par la loi, le droit que l'État peut établir et garantir la paix civile : il impose aux libertés absolues mais vaines de chacun des limites sous forme d'interdits et d'obligations légales qui garantissent à chacun de pouvoir jouir tranquillement des libertés

qui lui reste, de celles qui ne lui ont pas été ôtées par la loi, le droit.

L'individu n'a dans ce cadre que le droit de faire ce qui n'est pas interdit par la loi, comme le dit **Hobbes**. Ces droits, implicites car informulés par l'État, correspondent à tout ce qui ne peut pas nuire aux autres dans la collectivité. C'est de ce seul point de vue qu'ils sont pensés : les droits implicites de chacun ne sont que les droits que peuvent avoir les individus compte tenu de la menace qu'ils font peser sur la paix civile. Les droits qu'ils ont ne sont pas des droits attachés à la personne en tant que telle et explicitement formulés comme tels, mais les droits qui restent lorsqu'on a éliminé tous ceux qui représentent un danger pour les uns ou les autres.

Ce qui implique par exemple pour Hobbes que l'État détermine de manière autoritaire la religion que les individus doivent avoir et pratiquer et surtout qu'il n'y en ait qu'une seule parce que la pluralité des religions dans un peuple est toujours susceptible de provoquer des conflits et donc de mettre fin à la paix civile. Cela signifie donc que la sphère privée fait elle aussi l'objet de restrictions légale.

Le droit est donc conçu comme un instrument de régulation sociale, d'harmonisation sociale, selon le principe qui veut que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres. Ou plutôt, la liberté des uns s'arrête là où commence l'insécurité des autres. Il s'agit simplement d'ajuster les obligations de chacun de telle sorte qu'elles concourent à la tranquillité générale.

Comment ? En procédant à des ajustements entre droits et devoirs, de telle sorte que les droits des uns correspondent aux devoirs des autres, de telle sorte qu'à tous les droits accordés correspondent toujours des devoirs ou des interdictions qui assurent le respect des droits en question. Il s'agit donc d'une régulation de la vie sociale purement juridique, qui fait du droit l'instrument utilisé par l'État pour pacifier et harmoniser la vie sociale.

C'est la politisation du droit : il est l'instrument par excellence du pouvoir politique comme pouvoir qui vise à faire vouloir faire ce qui devrait et peut être voulu par tous en tant que membres de la communauté politique, en tant que citoyen égal à tous les autres, mais aussi ce que chacun a naturellement tendance à négliger parce que chacun est aussi en proie à des passions naturelles antisociales (**Hobbes**) ou sensible à ses intérêts particuliers en tant qu'homme et non pas citoyen (**Rousseau**).

Transition : la politisation du droit pose le problème de l'autoritarisme. Cette conception du droit a l'inconvénient majeur de ne reconnaître aucun droit aux individus en dehors de ceux accordés par l'État et de mettre les individus en demeure de se comporter toujours en citoyens, c'est-à-dire sans considération pour leurs intérêts particuliers ou privés, voire sans considération pour une vie privée autonome. Les individus sont mis au service des fins de l'État. C'est en tout cas ce que reproche les libéraux à Hobbes et Rousseau. Or les libéraux ont une autre conception du droit, de la finalité du droit : faire respecter les droits naturels de chaque homme.

C) Le droit a pour but la préservation des liberté individuelles. La judiciarisation de la politique.

La conception libérale du droit se fonde sur l'idée selon laquelle des droits sont attachés à la personne, que cette conception se rattache explicitement aux droits de l'homme ou à un constat lié à la culture et à l'histoire. Elle se fonde aussi, négativement, sur une méfiance très forte vis à vis des interventions de l'État dans la vie sociale.

Cette conception est par exemple celle de **Locke** et de **Benjamin Constant**. Les tenants de cette conception du droit visent à dépolitiser le droit et à soumettre la politique, c'est-à-dire le pouvoir politique exercé par l'État au respect du droit, lui-même essentiellement destiné à protéger les droits subjectifs, c'est-à-dire les droits individuels. Il s'agit de tout faire pour que les individus puissent jouir de leurs droits naturels subjectifs et qu'ils en jouissent plus pleinement grâce au droit qu'ils n'en profitent sans lui, c'est-à-dire sans l'État.

Locke, dans le *Second traité du gouvernement civil, essai concernant la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, plus souvent appelé *Traité du gouvernement civil*, publié en 1690, entend fonder une conception de l'État dont les pouvoirs sont à la fois limités par les libertés individuelles et fondés sur elles (sur le consentement des gouvernés).

Les points de départ de sa doctrine : les droits naturels et la loi naturelle. Tous les hommes sont libres et égaux par nature et sont capables par leur raison de saisir des lois naturelles. De ces deux choses découle que les hommes possèdent par nature des droits : la liberté, l'égalité et la propriété. La fonction essentielle de l'autorité publique et plus précisément du droit est de protéger ces droits parce qu'il / lorsqu'il n'est pas / plus possible de le faire par ses propres moyens (naturels). Les droits naturels sont inaliénables et il n'est permis à personne de transgresser les lois naturelles, que ce soit les particuliers ou l'État.

Locke estime (sans que cela soit chez lui une simple hypothèse ou une fiction méthodologique) que d'abord les hommes vivent sans État, c'est-à-dire dans l'état de nature. Cet état de nature est un état de liberté et d'égalité, sans être (encore) un état de guerre de tous contre tous (l'expression est de **Hobbes**) parce qu'il est réglé par les lois naturelles (qui sont aussi bien divines que rationnelles chez **Locke**, ce qui permet deux lectures, une religieuse, l'autre entièrement rationnelle). Elles commandent à la fois de défendre son intégrité et de ne léser personne dans sa vie, ses biens et sa liberté, ce qui fonde le droit individuel de punir ceux qui contreviennent à ces lois.

Mais la multiplication des rapports sociaux et surtout (avec l'apparition de la monnaie) les inégalités de richesse vont rendre la vie sociale plus conflictuelle de telle sorte qu'il est nécessaire d'entrer dans l'état civil : il s'agit de créer un droit et une force publique qui vont permettre de rendre effectif de respect des lois naturelles et des droits naturels de chacun. Il ne s'agit pas d'aliéner (abdiquer) sa liberté (sa souveraineté sur soi-

même), mais d'une délégation partielle et conditionnelle de sa liberté entre les mains de représentants chargés d'établir le droit. Il apparaît ainsi que la loi (le droit) est la condition de la réalisation de la liberté naturelle et non ce qui la supprime. Il n'y a de liberté que par le droit dans la mesure où le droit (qui s'appuie sur un ensemble de sanctions) défend les droits naturels de chacun. En somme, les individus délèguent à la puissance publique leur droit naturel de punir ceux qui transgressent les lois naturelles.

Rq : on voit chez **Locke** comment la notion de lois naturelles assure le passage de l'idée de droit naturel à l'idée de droits naturels subjectifs. Le droit naturel, chez Grotius par exemple, se présente sous la forme de devoirs ou d'obligations universels, possédant une forte dimension morale. Les droits subjectifs naturels, comme la liberté ou la propriété, sont eux non pas des obligations, mais des libertés, des permissions. Droit naturel et droits naturels s'opposent donc comme obligation et liberté. Les lois naturelles font la transition entre les deux notions dans la mesure où elles formulent aussi des biens des obligations que des autorisations. Les lois naturelles nous enseignent qu'il ne faut pas porter atteinte à la vie, la santé, les biens et la liberté des autres (obligations), mais aussi que le premier de nos devoirs (et de nos désirs également) est celui de pourvoir à notre propre sauvegarde et de recourir pour cela à l'utilisation des choses qui y contribuent (il ne s'agit pas d'une obligation, mais d'un désir autorisé, conforme à la raison ou à la volonté de dieu). Ces lois fondent ainsi des droits naturels : ils correspondent aux libertés nécessaires à notre sauvegarde.

Ainsi au chapitre VII, il écrit : « Les hommes étant nés tous également dans une liberté parfaite, et avec l droit de jouir paisiblement et sans contradiction, de tous les droits et de tous les privilèges des lois de la nature ; chacun a, par nature, le pouvoir, non seulement de conserver sa vie, sa liberté, ses richesses, contre toutes les entreprises, toutes les injures et tous les attentats des autres, mais encore de juger et de punir ceux qui violent les lois de la nature. »

De la sorte, de la protection indirecte des individus que le droit naturel (en tant qu'il prescrit des obligations) assurait aux individus, on passe à l'affirmation de droits naturels subjectifs que le droit positif a pour fonction de sécuriser.

De cette manière, la fonction de l'État et du droit ne va pas au-delà du nécessaire pour assurer la protection les libertés naturelles des individus. Autrement dit, la politique a essentiellement une fonction protectrice : c'est la judiciarisation de la politique. Les lois naturelles, les droits naturels sont à la fois le fondement et la fin de la politique.

Remarque : droit et politique. Entre les défenseurs comme Hobbes et Rousseau de la politisation du droit au nom du bien commun et les défenseurs comme Locke de l'inscription de la politique dans le cadre de règles et de droits naturels qui le précèdent, le conflit porte sur le sens même de la politique étant entendu que le droit est toujours un fait politique : ou bien la politique, c'est l'organisation de la cohabitation d'individus dotés de droits naturels (conception libérale de l'État et du droit), ou bien la politique, c'est, par le

droit, la mise en œuvre d'un gouvernement (d'une gouvernance) de la société en vue d'atteindre certaines fins, indépendamment de la prise en compte de droits naturels.

Politisation du droit ou judiciarisation de la politique. Étant entendu que ce qui définit la politique, c'est d'être un pouvoir qui fait vouloir faire à chacun ce que chacun veut ou devrait vouloir en tant qu'il est conscient de vivre en société, au milieu d'égaux, dans une communauté, en tant que citoyen, en tant qu'individu objectivement liés aux autres. (Ce qu'il faut ici comprendre, c'est que tout est dans le « en tant que » : c'est ce statut, qui est à la fois voulu de l'intérieur et imposé de l'extérieur, qui détermine la finalité du pouvoir politique et ses modalités d'application, notamment par rapport au droit).

Limite et critique : la conception libérale du droit en consacrant la propriété comme un droit naturel défendu par la force publique, favorise la prospérité économique, mais aussi les inégalités de richesse de telle sorte que la question de la justice, subordonnée jusqu'ici ou bien au bien commun, ou bien au respect des droits naturels de chacun, revient, sous la forme inédite de la justice sociale, c'est-à-dire des inégalités sociales en tant qu'elles affectent les droits des plus pauvres (qui n'ont pas les moyens matériels de jouir de leurs droits) et la cohésion sociale. Le droit va à nouveau être mis à contribution pour résoudre la tension entre liberté et justice.

Une nouvelle conception des droits subjectifs va apparaître : non plus seulement des droits-libertés, mais des droits-créances, non plus le « droit de », mais « avoir droit à ». Droit au travail, au logement, à un salaire minimum, à une assurance maladie ou chômage. A chaque fois, il s'agit de garantir aux individus de pouvoir bénéficier non pas d'une liberté, mais de conditions matérielles et sociales qui permettent de vivre dans la dignité et de jouir de ses droits-libertés. Tout en garantissant les conditions d'une justice sociale qui préserve la cohésion sociale. Les droits-créances sont une extension des droits naturels subjectifs dans la mesure où il s'agit de rendre effectifs (et pas seulement théoriques) les droits naturels que sont la liberté et l'égalité, mais en même temps, ils jouent contre les droits-libertés puisqu'ils consistent à créer des obligations soit pour les particuliers (employeurs, pollueurs, ...), soit pour la collectivité, qui limitent leurs libertés d'action et donc leurs droits.

III) la question des modalités de mise en œuvre du droit : le droit et la force, ou la tension entre les moyens et les fins du droit. La droit met-il fin aux rapports de force ou les perpétue-t-il sous une autre forme ?

Le droit suppose l'usage de la force et même de la violence, à laquelle il s'oppose. Il tend à supprimer le recours à la force dans les rapports sociaux qu'il soumet à la règle, mais il n'y parvient que dans la mesure où il obtient (en partie au moins) l'obéissance à la loi par la menace de la sanction, qui consiste à exercer par la force une violence sur les individus. Le droit ne s'impose que s'il prive les individus du libre usage de leur force (qui ne peut conduire qu'à la violence généralisée) pour détenir le monopole de son usage. En quoi on voit une fois de plus que le droit est un fait politique : le monopole de la violence

physique (légitime) appartient à l'État (Max **Weber**)

Ce paradoxe donne lieu à un problème simple : ou bien le droit n'est que l'habillage, le camouflage de la force (**Pascal, Rousseau, Marx**), ou bien le droit exerce une violence par délégation, au service des individus et à titre de pur moyen. Dans le premier cas, le droit remplace la force dans les rapports sociaux, mais vise les mêmes fins (en faisant des concessions marginales à la justice pour la forme). La défense du droit n'est alors qu'une défense des puissants. Dans le deuxième cas, l'usage de la force, la menace, les sanctions sont tenues pour des moyens sans doute regrettables, mais inévitables en raison de leur efficacité de faire respecter le droit, sans que cet usage fonde le soupçon d'un droit au service de la force.

A) le droit s'appuie sur la force pour mettre fin aux rapports de force

Le droit ne va pas sans un ensemble de sanctions elles-mêmes soumises à des règles définies par le droit. Ce système de sanction ne peut être mis en œuvre que par la force, appelée force publique (la police, éventuellement l'armée). C'est avec ce système de sanction ou de punition que se met en place la justice pénale, celle qui précisément consiste à punir ceux qui transgressent les lois (à la différence de la justice civile qui vise à réparer les dommages). On peut même dire que sans justice pénale, il n'y a pas de droit du tout et que le droit se présente nécessairement comme un ensemble de lois assorties de peines prévues pour les contrevenants. A cet égard, la loi est une menace, la menace étant une des modalités de l'exercice du pouvoir.

Cet usage de la force et même de la violence peut être pensé comme une capture (ou une délégation) du pouvoir et du droit individuel de punir (Locke) ou de se venger par (ou à) l'autorité publique.

La question qu'on peut se poser est celle de savoir si cette capture consiste à exercer un droit à la vengeance au nom des individus ou s'il s'agit d'une capture qui met fin à la vengeance pour établir la justice.

On peut répondre à cette question que l'autorité publique met fin à la vengeance précisément en instaurant des règles et un système réglé de sanctions mis en œuvre par des personnes choisies et sans rapport avec les victimes ou les auteurs des crimes et délits. On peut ainsi opposer la vengeance et la justice et dire que la capture par l'autorité publique de l'usage de la force ne revient pas à l'exercer au nom des individus, mais va à l'encontre de l'usage qu'ils en feraient s'ils en avaient le droit.

Voir **Nietzsche**, *Généalogie de la morale* : de toutes les valeurs, la justice est la seule à être entièrement étrangère au ressentiment, à l'esprit de vengeance, quelle que soit l'époque.

Ceci dit, la force publique en tant qu'elle détient et exerce le monopole de la violence physique légale ou légitime, en tant qu'elle détient le droit que mettre en œuvre le pouvoir de sanctionner que la loi prévoit, ne dispose que d'un pouvoir limité, non pas au

sens où la force publique ne dispose pas de moyens importants, mais au sens où le pouvoir qu'elle détient est seulement celui qu'on exerce par la peur : qu'elle s'exerce ou qu'elle ne fasse que menacer de s'exercer, la force publique ne fait vouloir faire quelque chose que sous la menace d'une sanction ou que pour s'épargner une nouvelle sanction. Elle ne produit pas d'adhésion, mais de la prudence et de la ruse.

Transition : Seulement dire que la force est au service de la justice et du droit, cela suppose que le droit ou la justice aient pu la mettre à son service. Or le droit ou la justice en ont-ils les moyens ? La force a les moyens de ne pas reconnaître la justice et même de la définir en fonction de ses intérêts.

"Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force ; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette à dispute, la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste." **PASCAL**

Analyse : Après avoir montré que justice et force sont indissociables, il se demande comment elles peuvent s'unir : la force fortifie-t-elle la justice ou, au contraire, la justice justifie-t-elle la force ?

Pascal soutient que cette union nécessaire pour l'une comme pour l'autre ne peut que tourner à l'avantage de la force : la force impose toujours sa conception de la justice comme la seule valable. Qu'est-ce que cela signifie ? Que partout où il est question de justice : dans la vie courante, dans les tribunaux, dans les Etats ou entre eux, c'est-à-dire finalement partout où les conduites sont déterminées par les lois ou des principes, ce qui est appelé justice n'est pas vraiment juste, que ce qu'on appelle la justice n'est jamais contraire, ni très éloigné des intérêts des puissants. Mais est-ce que cela signifie que sous couvert de justice, c'est la force pure et dure qui règne, que la tyrannie de la force se poursuit sans qu'on s'en rende compte ? Pas exactement : ce n'est pas possible parce que si la force se contentait de se faire passer pour la justice sans rien changer à sa manière de faire, l'imposture finirait par apparaître de telle sorte qu'elle serait critiquée, donc fragilisée. La force ne peut régner qu'en donnant quelques gages à la justice qui la mettent à l'abri de ses critiques et qui lui donne le semblant de légitimité dont elle a besoin pour se faire obéir sans réserve et durer.

Le droit est donc au service de la force, qui une fois qu'elle a mis le droit en place s'appuie sur la force publique.

B) Le droit ne fait que donner une forme juridique à des rapports de force

Que faut-il entendre par force en général ? La notion est confuse. Elle désigne un pouvoir (la capacité à faire vouloir faire quelque chose à quelqu'un) basé sur une puissance (physique, militaire, économique, symbolique, institutionnelle...). Cela permet de distinguer la force de tout ce qui permet d'exercer du pouvoir sans s'appuyer sur une puissance, comme la ruse ou la persuasion.

L'exercice du pouvoir par la force n'exige pas le recours à la force, la violence, mais peut s'accréditer en tant que puissance en faisant un usage violent de sa puissance (en passant de la menace à la mise à exécution de sa menace). En tant que puissance, la force a des intérêts et des projets (et même une conception du monde et des valeurs) qu'elle défend par le pouvoir que lui confère sa puissance.

Le pouvoir d'une force quelconque ne peut être que plus discret et plus fin dans ses modalités d'exercice s'il parvient à se donner la forme du droit.

En quoi cette force fait-elle le droit ? Et de quelle force s'agit-il ici ? Deux options : ou bien la force est celle des faibles contre les forts, ou bien c'est la force des forts contre les faibles.

1) Le droit défend les faibles contre les forts. Il peut sembler paradoxal de dire que la force qui fait le droit, c'est la force des faibles contre les forts. Mais cela cesse de l'être si on précise que les faibles peuvent s'associer contre les forts pour être plus fort qu'eux et leur imposer leur conception de la justice et donc du droit. C'est la thèse de Calliclès dans le *Gorgias* de **Platon**.

Calliclès distingue la justice selon la nature et la justice selon la loi ou la convention. Selon la nature, ce qui est juste, c'est que le fort exerce sa puissance sur les faibles. Selon la convention, ce qui est juste, c'est de s'abstenir d'exercer sa puissance sur les autres, notamment les plus faibles que soi. Or, la conception de la justice conventionnelle est précisément celle que les faibles ont imposé aux forts par leur nombre : « Le malheur est que ce sont, je crois, les faibles et le grand nombre auxquels est due l'institution des lois. Aussi instituent-ils ces lois par rapport à eux-mêmes et à leur avantage. »

Dans une approche non juridique, mais culturelle, **Nietzsche** défend une thèse voisine : les valeurs dominantes issues notamment du christianisme, celles qui servent à fonder la morale et le droit, sont les valeurs du ressentiment, c'est-à-dire les valeurs qui valorisent les faibles et font passer les forts pour des méchants. De la sorte, les forts, qui certes ne sont guère tendres avec les faibles, se voient destitués du droit d'exercer leur force parce qu'une telle manière d'agir est jugée contraire au bien, à la vertu, à la moralité. La force des faibles, c'est leur intelligence qui s'est exercée sur le terrain des valeurs.

2) Le droit défend les forts contre les faibles. C'est par exemple la thèse de **Rousseau** notamment dans *Le discours sur l'origine de l'inégalité*. « Je vois (...) partout le fort armé contre le faible du redoutable pouvoir des lois. » A l'origine des premières lois, **Rousseau** voit les désordres provoqués par l'apparition de la propriété qui a engendré un

état de conflit entre les riches et les pauvres. En l'absence de loi qui fonde la propriété en droit, les riches sont dans un état d'insécurité auquel ils décident de remédier en instaurant des lois qui consacrent leurs possession de fait en propriété de droit.

C'est aussi la thèse de **Marx**. A chaque mode de production (un mode technique de production et d'échange des biens nécessaires à la vie) correspond une organisation sociale qui oppose toujours deux classes. C'est la lutte des classes. Lorsqu'une classe domine du point de vue économique, elle prend le pouvoir politique et décide du droit en fonction de ses intérêts (sociaux et économiques). Le droit est donc toujours favorable aux intérêts de ceux qui sont les plus forts parce que leur puissance économique leur ont permis de prendre le pouvoir politique pour le mettre à leur service.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre les critiques très sévères que **Marx** adresse aux droits de l'homme. Sous couvert de formuler des droits naturels attachés à chaque individu, les droits de l'homme ne font que consacrer dans l'ordre des représentations tenues pour vraies et indiscutables une conception bourgeoise de l'homme, centrée sur des valeurs de liberté individuelle, de propriété, de sécurité personnelle, niant le caractère foncièrement social de l'homme pour ne voir en lui qu'un individu qui conçoit les autres comme des menaces ou des agents économiques.

On peut en conclure que le droit n'est que la forme prise par la force pour exercer un pouvoir qui sert ses intérêts propres.

Toutefois, comme le montre **Rousseau**, la force en tant que telle ne fait le droit : on n'est pas tenu d'obéir à la force, on y est contraint ou on le fait par prudence. Il y a hétérogénéité des rapports de force et des rapports de droit : la force contraint, le droit oblige, et donc on n'est pas obligé de se soumettre à la force.

« Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir. De là le droit du plus fort ; droit pris ironiquement en apparence, et réellement établi en principe. Mais ne nous expliquera-t-on jamais ce mot ? La force est une puissance physique ; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté ; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir ?

Supposons un moment ce prétendu droit. Je dis qu'il n'en résulte qu'un galimatias *inexplicable. Car sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause ; toute force qui surmonte la première succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément on le peut légitimement, et puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort. Or qu'est-ce qu'un droit qui périclète quand la force cesse ? S'il faut obéir par force on n'a pas besoin d'obéir par devoir, et si l'on est plus forcé d'obéir on n'y est plus obligé. On voit donc que ce mot de droit n'ajoute rien à la force ; il ne signifie ici rien du tout.

Obéissez aux puissances. Si cela veut dire, cédez à la force, le précepte est

bon, mais superflu, je réponds qu'il ne sera jamais violé. Toute puissance vient de Dieu, je l'avoue ; mais toute maladie en vient aussi. Est-ce à dire qu'il soit défendu d'appeler le médecin ? Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois, non seulement il faut par force donner la bourse, mais quand je pourrais la soustraire suis-je en conscience obligé de la donner ? car enfin le pistolet qu'il tient est aussi une puissance. Convenons donc que force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. Ainsi ma question primitive revient toujours. »
ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Livre I, chap. III

Conséquence : faut-il en conclure qu'affirmer avec Calliclès ou le Rousseau du *Discours sur l'inégalité* ou avec Marx, que la force décide du droit pour le mettre à son service, est une thèse totalement fautive ? (Ce qui au passage voudrait dire que Rousseau se contredit entre le *discours* et le *contrat social*). Pas exactement. Rousseau explique qu'on ne peut pas confondre rapport de force et rapport de droit, soumission par contrainte et obéissance consentie, mais il ne dit pas qu'on ne peut pas passer de l'un à l'autre. Le plus fort peut obtenir qu'on lui obéisse (et non pas seulement qu'on le craigne) s'il transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir.

On le voit par exemple dans les rapports de force (qui se distingue d'un rapport du fort au faible). Un rapport de force repose sur la confrontation entre deux puissances ou forces qui ont des objectifs distincts et qui ne peuvent se réaliser que si l'autre force y apporte son concours d'une manière ou d'une autre (qui va de la neutralité à l'instrumentalisation pure et simple). En tant que rapport entre des forces ou des puissances, un rapport de force est fait de menaces, d'attaques, de représailles, mais aussi de ruses, de mensonges, de bluff dans le but d'exercer un pouvoir sur l'autre force, c'est-à-dire de s'en faire obéir. Ce qui décide de l'issue d'un rapport de force, ce n'est pas seulement la puissance des forces en présence, c'est aussi la capacité de chacune d'elle à faire des sacrifices à l'occasion de la confrontation : le plus fort n'est simplement celui qui a le plus de force (ou de ruse), mais celui qui peut admettre au cours de la confrontation de perdre le plus de biens. (Exemple : une grève est un rapport de force dont sort victorieux celui qui peut aller le plus loin dans la perte de richesse).

Mais si la force ne fait pas le droit, un rapport de force se termine le plus souvent par des négociations qui viennent sanctionner en termes de droit le résultat de la confrontation (exemple : un traité de paix, un accord syndicats/patronat, ...) C'est exactement ce qui se passe dans le contrat social dont parle Rousseau dans le *Discours sur l'inégalité*. Les riches parviennent à imposer des lois qui protègent leur propriété en les faisant accepter par les pauvres dans la mesure où ils sont eux aussi intéressés à ce qu'il existe des lois. Dans ces conditions, le rapport de force engendre du droit (un rapport contractuel). Il peut certes être remis en cause lors d'un autre rapport de force, mais il vaut tant que les rapports de force restent stables.

Oui, mais comment transforme-t-on des rapports de force en rapport de droit ? Pour qu'il y ait des rapports de droit, notamment de l'obéissance consentie, une obligation d'obéir face à un droit de commander, il est nécessaire que les individus consentent à l'obéissance, adhèrent aux règles du droit. Or, cela suppose que le droit présente en

réalité ou en apparence une **légitimité**. Ce qui nous ramène à la question du II) : **sur quoi se fonde le droit ?** A savoir : la justice, le bien commun ou la protection des libertés individuelles. C'est à la condition impérative que le droit remplisse au moins une de ces trois fonctions qu'il sera possible d'obtenir un consentement des individus à la règle, consentement sans lequel la règle n'est pas une règle de droit, mais un ordre arbitraire qui ne fait pas le droit.