

Capes externe de philosophie

Notions de philosophie

La justice et le droit

Cours

Noëlla Baraquin
Jacqueline Laffitte

La justice et le droit

Par Noëlla Baraquin et Jacqueline Laffitte

Sommaire

Première partie :	
Analyse des notions et de leurs rapports	3
1. Justice et droit définis l'un par l'autre	3
2. Le sentiment de la justice.	3
3. Ambiguïté de la notion de justice : justice légale et justice morale.	4
4. L'institution de la justice. La nécessité de la loi.	5
5. Peut-on résorber la justice dans le droit positif ? Le positivisme juridique.	5
6. La question du fondement et de la nature du droit objet de la justice.	13
7. Un droit naturel ? D'Antigone à John Rawls.	15
8. Le juste entre le légal et le bon.	17
Deuxième partie :	
L'approche philosophique de la politique : lieu de la confrontation du juste et du droit	21
1. La distinction entre justice et légalité et le problème philosophique de la politique	21
2. Le statut du droit naturel et la signification du retour aux textes canoniques de la philosophie politique.	22
3. Aristote : la communauté politique, lieu de l'actualisation de la vertu de justice.	24
4. Etude de l'argumentation d'Aristote dans le livre i de la politique. La difficulté théorique inhérente à la justification aristotélicienne de la contrainte civile.	27
5. Le juste de nature invalide chez Aristote l'idée de la loi de nature	30
6. La reprise de la problématique aristotélicienne par le jusnaturalisme moderne. Le projet de construire un système du droit naturel sur la <i>natura socialis</i> de l'individu chez grotius.	32
7. La rupture hobbesienne avec les prémisses classiques de la politique. La fondation de la communauté sur le contrat et la réduction de la différence du juste et du légal.	34
8. La souveraineté et la pensée des droits de l'homme	34
9. Etude de l'argumentation de Kant dans le <i>contre hobbes</i> . La destruction de la doctrine civile par Hobbes et sa restauration par Kant sur de nouveaux fondements	36
Annexe 1 : Explication d'un texte d'Aristote	43
Annexe 2 : Explication d'un texte de Hobbes	51
Bibliographie	59

PREMIERE PARTIE

ANALYSE DES NOTIONS ET DE LEURS RAPPORTS

JUSTICE ET DROIT DEFINIS L'UN PAR L'AUTRE

Ces deux notions sont inséparables, comme l'étymologie de *Justice* le montre : *Jus* désigne le Droit ; JUSTICE désigne *la Vertu qui exige le respect du Droit*, sa défense, son extension. Pour reprendre la formule des Anciens, elle est *Constans voluntas jus suum tribuedi* : *volonté constante d'attribuer à chacun le Droit qui lui est dû*. Etre juste, c'est agir selon le droit.

Mais le droit peut être défini à plusieurs niveaux :

- comme DROIT SUBJECTIF, en tant qu'exigence de la conscience, lorsqu'on fait état d'une légitimité (celle d'une règle ou celle d'un principe) pour réclamer un bien, un « dû ». Il signifie alors *le pouvoir moral d'agir, de posséder ou d'exiger quelque chose*. Ce pouvoir demeure, même si ce droit n'est pas encore inscrit dans un code objectif ou s'il n'est pas respecté par la société dominante.
- comme DROIT OBJECTIF, OU POSITIF, il désigne *les lois écrites, le Code propre à une société donnée*, variable selon temps et lieux, c'est-à-dire l'ensemble des normes qui règlent la vie sociale et sont exprimées dans les lois, coutumières ou écrites. Le droit positif est appliqué par le pouvoir exécutif de l'Etat.

Subjectif ou objectif, le droit a toujours pour finalité de faire régner ou reconnaître une forme de justice.

2. LE SENTIMENT DE LA JUSTICE

Dans l'expérience vécue, la justice est appréhendée comme un sentiment, une aspiration, une réaction profonde recelant une dimension d'idéal, à la lumière de laquelle nous apprécions nos relations avec le monde et les autres : « les hommes ne connaîtraient pas le nom de Justice si les choses injustes n'existaient pas » (Héraclite). Frustrations, comparaisons, attentes, non-résignation, sont des conditions pour une conscience de *l'idée* de Justice. Au début des *Confessions*, Rousseau décrit comme un événement significatif pour toute sa vie sa première expérience de l'injustice, lorsqu'il fut durement puni, enfant, d'un crime qu'il n'avait pas commis :

« quel renversement d'idées ! Quel désordre de sentiments !
Quel bouleversement dans son coeur, dans sa cervelle, dans tout son petit être intelligent et moral ? <...> je ne sentais que l'indignation, la rage, le désespoir <...> ces moments me seront toujours présents quand je vivrais cent mille ans. Ce premier sentiment de la violence et de l'injustice est restée si profondément gravé dans mon âme, que toutes les idées qui s'y rapportent ma première émotion, et ce sentiment, relatif à moi dans son origine, a pris une telle consistance en lui-même, et s'est tellement détaché de tout intérêt personnel, que mon coeur s'enflamme au spectacle ou au récit de toute action injuste, quel qu'en soit l'objet et en quelque lieu qu'elle se commette, comme

si l'effet en retombait sur moi <...> Là fut le terme de la sérénité de ma vie infantine. Dès ce moment je cessai de jouir d'un bonheur pur... ».
(Rousseau, *Confessions*)

Le sentiment implique une affectivité qui risque de le dévoyer ; il est sans rigueur quant il s'agit de définir un critère de justice. Le despote n'admet pas être renversé justement, le spoliateur trouve des raisons pour dénoncer l'injustice des limitations apportées à ses exactions, etc. Quelle que soit la valeur initiatique du sentiment de la justice, trouver un fondement à celle-ci ne saurait être le fait du sentiment : « le moi est juste » 1

AMBIGUITÉ DE LA NOTION DE JUSTICE JUSTICE LEGALE ET JUSTICE MORALE.

La Justice est le respect du droit, sous sa forme subjective et sous sa forme objective. Elle peut donc se définir doublement en rapport au droit :

- La **justice objective** renvoie au code établi ; **elle définit l'ensemble des droits particuliers, les pouvoirs d'agir considérés comme licites. Etre juste, c'est obéir aux lois**, lesquels doivent être respectés absolument, sauf à annuler le Droit, qui comporte une valeur d'universalité. Aussi le Droit exige-t-il un appareil judiciaire chargé de l'application des lois et des sanctions légales pour rétablir le Droit.

- la **justice morale** renvoie à l'attitude d'un homme vis-à-vis de son prochain quant au respect de sa personne dans toutes ses dimensions (biens, dignité) ; elle implique la valeur de réciprocité.

Bien que distincts, ces deux aspects de la Justice sont liés, car le Code et les Juges sont censés avoir la mission de faire régner ce qui *est* juste. Or ce n'est là qu'une présomption souvent démentie par les faits. La nécessité d'assurer la sécurité et l'ordre fait que le droit est souvent l'expression d'un ordre imposé par les plus forts comme l'exprime la formule du juriste Hauriou « le Droit assure un ordre social saupoudré de Justice ». Il y a des lois justes et des lois injustes et c'est au nom de la justice morale qu'ont lieu des luttes pour améliorer les lois. La justice apparaît toujours déchirée entre la révolte qui l'inspire et le pouvoir qui l'assure. Contre l'injustice, on fait appel à la loi pour rétablir le droit bafoué ; contre la loi injuste, on fait appel à la révolte.

Ces remarques invitent à poser le problème du **fondement de la justice** : renvoie-t-elle à un idéal, à un absolu que l'homme se propose sans jamais l'atteindre ? Mais que signifierait un concept qui ne s'ancrerait dans rien de réel ? Que signifierait lutter pour une justice qui ne saurait être de ce monde ? Notons que la justice a évolué au cours des siècles en rapport avec l'évolution *sociale*, avec la prise de conscience de situations concrètes et des concepts que ces situations traduisent. Elle fut une conception *aristocratique* chez les Anciens, fondée sur la hiérarchie sociale, plus proportionnelle qu'égalitaire : à chacun selon son rang dans la hiérarchie naturelle. Selon Aristote, la justice est la proportionnalité au mérite et l'égalité est égalité de *rapports*, non de *personnes*. Une connotation nettement *démocratique* se précise au XVIII^{ème} siècle, en rapport avec l'essor des idées libérales, éclairées — « tous les hommes sont égaux en droit » -, puis une connotation *sociale* au XIX^{ème}, en rapport avec la réflexion sur « la misère », liée aux « contradictions » d'un capitalisme en plein essor. Marx stigmatise l'abstraction idéologique et mystificatrice de l'idée démocratique universaliste d'une justice

1 Lire sur ce point : *La justice*, Gérard Potdevin, édition Quintette, collection Philosophe, pages 4 à 8

en soi (valeur idéale, transcendante aux situations), héritée du siècle des Lumières ainsi que de la tradition chrétienne.

Aujourd'hui, l'évolution de la justice va dans le sens

1° d'une **individualisation** plus grande, d'une intériorisation : on se prétend toujours plus facilement *victime* d'injustice, frustré, opprimé.

2° d'une **universalisation** : quand un droit est revendiqué, il l'est pour tous. Ex. le droit de vote, qui s'est étendu à tous les hommes, puis aux femmes, et tend à concerner de plus en plus les jeunes, les étrangers ; [ex. la](#) lutte contre l'esclavage, contre la prostitution des enfants au niveau mondial, l'idée nouvelle de droits de l'enfant, la protection des femmes contre la violence domestique.

3° d'une plus grande **attention au réel concret** : la question est davantage de définir les *conditions d'application* de la justice que son contenu. A une égalité abstraite doit se substituer une égalité réelle dans son application.

4. L'INSTITUTION DE LA JUSTICE:: LA NECESSITE DE LA LOI

Aux errements de la subjectivité qui ne sait pas trouver un critère clair de la justice, opposons la clarté de l'institution justice — le Droit positif, le droit inscrit dans des lois — qui asseoit sur une *loi* la décision d'un *juge*. Dans son sens premier, ce qui est juste, c'est ce qui est conforme au droit en tant qu'il est défini par la loi. Le mot français lui-même est emprunté au *latin justus, de jus*, droit. Aussi Thomas d'Aquin dit-il que **le droit est l'objet de la justice** et est appelé ainsi — « *jus* » - parce qu'il est juste — « *justum* ».

Le rôle joué par la *loi* est essentiel : en cas de litige — comment déterminer ce qui est dû, à partir de quoi ? — c'est à la loi qu'on a recours pour que soit dit ce qui revient aux uns et aux autres, ce qui est juste. « Nul n'est juge en sa propre cause » : la loi est impersonnelle, gage d'égalité, gage de l'impartialité d'une décision qui rend à chacun son dû :

« Le juste est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité, et l'injuste ce qui est contraire à la loi et ce qui manque à l'égalité »
(Aristote, *Ethique à Nicomaque* V, 2) ².

5. PEUT ON RESORBER LA JUSTICE DANS LE DROIT POSITIF ? LE POSITIVISME JURIDIQUE.

Sous l'appellation **positivisme juridique** on groupe essentiellement deux écoles de pensée qui ont en commun par delà d'immenses divergences, de nier qu'il existe derrière la forme positive du droit une justice supérieure capable de la juger : 1/ le positivisme *volontariste*, qui remonte aux sophistes et surtout à Hobbes, a eu un grand succès lors de la constitution des Codes au moment de la Révolution française (Codes Napoléon), mais « s'est effondré idéologiquement après la Première Guerre Mondiale » ²³. Une entité *Justice* est inutile derrière le droit positif, celui-ci étant considéré comme émanant de la *volonté* d'un souverain ou d'une assemblée qui reçoivent leur légitimité d'un pacte sociale. *Auctoritas non veritas facit legem* (c'est l'autorité qui fait la loi non la vérité). Le mouvement remonte au Moyen Age, où le *réalisme* grec (en particulier l'idée de *justice naturelle* d'Aristote) rencontra les critiques *nominalistes* de G. d'Ockham, remettant en cause l'idée que la nature

² Lire C. Abensour, *Le Droit*, p. 42,43,45 ; G.Potdevin, *La Justice*, p.11-12.

J.-M. Trigeaud, Art. Positivisme juridique, *Encyclopédie philosophique universelle, Dictionnaire des Notions*, PUF, t.II p.1994, article dont je vous recommande la lecture.

humaine ou sociale puisse servir de fondement absolu au droit, que les idées humaines aient une autre réalité que celles de mots, nommant des réalités particulières.

On retrouve le même conventionnalisme chez Hume, dans la ligne du doute humaniste (Montaigne, P. Charron, Pascal : « Plaisante justice qu'une rivière borne ») : le motif juste qui est à l'origine de l'acte juste ne saurait être tiré de la *nature* humaine, mais de l'artifice d'une *convention*. L'acte *juste* sera celui que la loi (décidée par convention) détermine à accomplir. Toutefois, il ne s'agit que d'un calcul utilitaire ; la convention exprime une compensation des carences de la nature humaine par le législateur. Tout le courant utilitariste (Bentham, St. Mill) renforcera le positivisme, servira le courant qui mènera à la constitution des grands Codes modernes. Résorber le juste dans le légal est l'ambition de l'époque révolutionnaire, d'un rationalisme universaliste correspondant à la volonté de rompre avec la pluralité particulariste (symbolisant l'arbitraire féodal) pour faire régner la raison exprimée par des lois.

L'autre courant dit « positiviste » est tout différent, voire opposé à ce dernier puisqu'il a des échos chez les penseurs contre-révolutionnaires, E. Burke, L. de Bonald, J. de Maistre, méfiants de la raison humaine, des constructions théoriques en politique (engendrant la terreur pour s'imposer au réel malgré lui), conscients de l'ancrage des idées dans la pratique, respectueux des traditions où les idées, tout imparfaites soient-elles, font leurs preuves. Il s'agit notamment de l'Ecole historique allemande du Droit, opposée au jusnaturalisme et à l'esprit contractualiste des Lumières (Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861) : le droit est avant tout une création de l'esprit des peuples, une production spontanée de l'histoire et non une élaboration théorique de savants : avant de prendre la forme de la loi, la *règle* a celle de la coutume ; la volonté du souverain serait arbitraire si elle ne se soumettait au contrôle du phénomène coutumier. *Le droit positif est le sujet de la loi, « organe du droit du peuple »*

Cette conception naturaliste et particulariste du droit voit en celui-ci non l'effet d'une décision, d'une entreprise de la raison, mais l'élaboration créatrice d'un donné mystérieux et obscur, celui de l'Histoire. Il y a une *nécessité* du droit qui ne provient pas d'une valeur de justice objet de réflexion, et qui résiste à sa remise en question extérieure, au jugement. Le droit exprime la nature et les boisons de tel ou tel peuple, comme le font les mythes ou la langue, et d'abord aussi inconscients qu'eux.⁴

Ces idées recèlent une contradiction interne : l'esprit du peuple (*Volksgeist*) y reçoit le statut même que le jusnaturalisme attribue à la raison universelle : permanence, normativité. Aussi bien le droit romain se trouvait-il être, pour Savigny, l'expression privilégiée des exigences rationnelles de l'esprit du peuple allemand, ce qui explique qu'il se soit si bien développé en accord avec la coutume germanique.

« L'historicisme se condamne lui-même en faisant le procès de toute conscience du juste hors de l'Histoire, car il prouve finalement ce qu'il prétend nier : l'existence d'un élément réfractaire au devenir temporel (cf. L. Strauss) »⁵.

D'une manière générale, le positivisme juridique, quel qu'il soit, s'est toujours vu objecter l'insuffisance du droit positif, son impossible exhaustivité. Un néo-positivisme s'est développé, dans une perspective *formaliste*, visant à constituer le droit de manière scientifique, et qu'illustre la *Théorie pure du Droit* de Hans Kelsen (1881-1973).

⁴ Lire l'article « Savigny » dans le *Dictionnaire des Œuvres philosophiques de l'Encyclopédie philosophique universelle*, PUF, t. 1, p.2080-2081.

⁵ J.-M. Trigeaud, art. cité.

Contrairement au positivisme antérieur, celui-ci « ne récuse pas l'existence d'une valeur de justice en dehors de la règle juridique ou véhiculée par elle, il ne fait pas dépendre le juste de ce qui est voulu, il déclare en faire abstraction et écarter tout élément du contenu » (Ibid.) - tous les éléments méta-juridiques empruntés à des disciplines voisines (morale, politique, science, etc). Posant comme principe méthodologique de la science juridique la distinction entre *Justice et Validité*, Kelsen (néo-kantien) établit que *la forme prime le contenu, que la validité l'emporte sur la justice*. Il comprend la norme comme un devoir-être qui se définit non par rapport à une exigence de justice supérieure et a priori, mais par rapport à son seul « mode d'existence », lequel renvoie à son mode de constitution. C'est de ce mode d'existence spécifique que se tire la *validité* de la norme, celle-ci étant donnée d'une façon particulière : comme un devoir-être (*solen*), différemment d'un acte de volonté naturel appartenant au domaine de l'être (*sein*).

Il faut donc distinguer radicalement le caractère normatif des énoncés du droit et la relation entre ces énoncés, laquelle n'est ni normative ni naturelle : les énoncés du droit (ex. si un délit A est commis, alors la peine B doit être appliquée) ne relie pas les choses quant à leur *existence*, mais quant à leur *devoir-être*. La science du droit ne se préoccupe pas de la *valeur* de l'imputation, mais de la *cohérence* des énoncés normatifs. Il s'agit d'axiomatiser le droit, d'en poser les énoncés initiaux dont les autres seront déduits. La norme fondamentale, axiome de validité, s'énonce ainsi :

« On doit se conduire comme la Constitution le prévoit ».

Dans un Etat, toutes les règles juridiques doivent se rapporter à cette « norme juridique fondamentale » qui institue le premier organe de création du droit (principe d'un ordre juridique par degrés, de la pyramide juridique). Cette norme fondamentale n'indique que « le fondement de validité » des règles, elle est un critère formel de validité, critère qui n'est pas *posé* mais correspond à une *supposition logique*. L'autorité d'une règle provient de sa place dans le système des lois ; le fondement systématique a donc complètement remplacé le fondement naturel, dans la logique du droit moderne, qui déjà avait rompu avec le droit traditionnel, lequel hiérarchisait les droits selon ceux à qui ils appartiennent, la hiérarchie du monde, la hiérarchie des fonctions dans le corps social. Par exemple, la souveraineté selon le droit traditionnel appartient de droit à certains individus ; en droit moderne, le suffrage concerne tous ceux qui ont la capacité juridique d'exercer le droit de souveraineté. Avec Kelsen, la formalisation des hiérarchies est encore plus radicale : c'est le droit, et non plus seulement des classes vides, qui est hiérarchisé. La hiérarchie des normes dans le système juridique relève d'un rapport syllogistique (si le délit A se produit, la peine B sera appliquée, or A, donc B), mais qui, à la différence du syllogisme scientifique déductif, où la loi contient le particulier, repose non sur la causalité mais sur l'imputation, c'est-à-dire sur la compatibilité. La règle inférieure ne résulte pas directement de la supérieure, seule sa validité résulte de celle-ci. Le « syllogisme juridique » procède non par déduction mais par enchaînement de propositions non contradictoires et la loi se contente d'édicter des règles générales - une interdiction singulière n'est pas contenue dans l'énoncé légal : le juge examine donc les circonstances et les mobiles, interprète la norme supérieure pour appliquer son contenu au cas singulier. La norme juridique, comme le disait Montesquieu, ne définit pas des actes légaux, seulement des limites extrêmes ; mais il y a une spécificité du droit et le juge n'est pas la voix automatique de la loi et de la règle supérieure. La systématisme n'est pas la condition d'existence de la règle, mais la condition de sa validité juridique ; le juge peut créer le droit, pourvu qu'il se conforme aux règles supérieures.

« C'est donc rendre justice à Kelsen que de voir dans la *Théorie pure* une étape décisive dans le procès d'autonomisation que nous décelons

avec la modernité juridique, étant entendu que ce procès d'autonomisation est lié à la liberté définie comme la sphère d'utilité de l'individu. La formalisation n'a pas d'autre fin que de fonder un ordre propre du droit, autrement dit un système du droit, qui tire la légalité d'une source autonome. A la légitimité naturelle ou morale du droit, Kelsen oppose une légitimité juridique fondée sur le respect formel d'un principe de non-contradiction »⁶

La science du droit n'a pas à légitimer le droit. « N'importe quel contenu peut être droit ». La norme fondamentale exclut la validité « subjective » des énoncés, la validité qui ne reposerait pas sur la conformité à la Constitution. *La subjectivité de la valeur est remplacée par l'objectivité de la validité.* Il n'y a pour Kelsen aucun sens à opposer la morale à la loi, la Justice morale à la justice inscrite dans les règles du Code. Je ne peux me soustraire aux lois au nom de la moralité, au nom d'une position qui serait transcendante par rapport au régime de la légalité. Alors que la règle morale est un impératif catégorique et autonome commandant sans condition, la règle juridique est un impératif hypothétique et hétéronome, dont le respect nécessite la force coercitive de l'Etat. Cette «théorie pure du droit» de Kelsen, plébiscitée par les juristes, a donné naissance au *contrôle de constitutionnalité*, illustré par le Conseil constitutionnel, créé par la Constitution française de 1958.⁷

Le positivisme juridique se caractérise par un **légalisme** c'est-à-dire **l'opinion qui tient le régime du droit pour une instance ultime.** — « **tout ce qui n'est pas contraire au droit positif est licite** ». A ne pas confondre avec un **juridisme**, pour qui seule compterait **la lettre de la loi** et qui estimerait que « **tout ce qui n'est pas contraire à la lettre de la loi est licite** ». Formel ne signifie pas littéral :

« Le détournement de pouvoir, en droit administratif, montre ainsi par exemple que le juge peut statuer quant au but poursuivi par un agent public, même si la procédure adoptée est légale. Le détournement de pouvoir n'est pas pour autant une ouverture « subjective », qui permettrait de sanctionner le but poursuivi, mais l'inadéquation objective entre l'action légale et le but réel de cette action. Le détournement de pouvoir ne sanctionne pas l'illicéité du but, mais l'illicéité de la procédure par rapport au but »⁸.

Le droit, par définition, « suit toujours le délit. Les tribunaux...connaissent avant le législateur les délits nouveaux liés à des technologies naissantes. La violation des fichiers informatiques ou les « virus » de logiciels ont fait l'objet de jugements avant même que la loi ne vienne confirmer la jurisprudence. Dans ce cas le juge doit innover, faute de quoi le délit resterait impuni. La création de normes par le juge n'est ni absolument contrainte, ni absolument libre. Le juge crée le droit dans les limites du droit existant. En l'occurrence, le juge s'appuie sur des principes généraux : par exemple, il réprime un nouveau genre de vol à partir de l'enrichissement sans cause du voleur. Le droit positif, à un moment donné, ne peut prévoir et anticiper tous les délits possibles. Dès lors, un acte n'est pas légitime parce qu'il est conforme aux seules lois existantes. En revanche, le propre d'une position authentiquement légaliste est d'admettre qu'une pleine conformité à la loi est la seule condition de légalité d'une action »⁹. A la différence de Rousseau, qui juge que le respect de la loi par l'individu est une condition nécessaire mais non suffisante de la citoyenneté, et qu'il y faut encore un

⁶ C. Abensour, *Le Droit* (Quintette), p.38. On lira sur Kelsen les pages 32-41 de cet ouvrage, ainsi que les passages le concernant in *Eléments de philosophie politique* de S. Goyard-Fabre.

⁷ Ibid. p. 39.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

amour de la loi (cf. l'avant-dernier chapitre du *Contrat social* sur la Religion civile : le pire des crimes envers l'Etat est le respect sans amour de la loi), Kelsen fonde le droit sur le seul *respect de la loi*.

Une comparaison s'impose avec une évolution analogue vers la formalisation dans le domaine des théories du pouvoir¹⁰ : à la même époque que Kelsen, Max Weber (1864-1920) définit un type de domination nouveau par rapport aux critères traditionnels de la domination : la domination légale ou « rationnelle », où ce n'est plus l'individu qui exerce le commandement, mais la « bureaucratie », appuyée sur la croyance en la justesse du régime de la légalité, en plein accord avec Kelsen : ce n'est pas l'autorité qui fait la force des lois, mais la force des lois qui fait l'autorité.

Le positivisme juridique cherche à exclure du champ de la loi les aléas de la subjectivité, à unifier les obligations, à asseoir l'idée de Justice sur la clarté et l'universalité de la Raison ;

il « s'efforce d'achever l'organisation par cette dernière d'un domaine qui peut y être jugé partiellement rétif. Mais par ailleurs, comme c'est en s'appuyant sur une conception étroite, formelle et instrumentale, de la rationalité que le positivisme juridique entend accomplir cette tâche et accéder ainsi à une précision et à une certitude de type scientifique, sa tentative s'expose à des critiques »¹¹

1/ Le positivisme juridique tend à évacuer toute position critique quant au droit, à se passer de tout horizon axiologique, ne pas faire intervenir de valeurs dans la résolution des problèmes de justice auxquels sont confrontées les sociétés humaines. Il faut rappeler que « des juristes nazis ont cherché dans un tel légalisme des appuis à leurs thèses », rappeler ces « fonctionnaires zélés que toutes les didactures, de Vichy à Staline, parviennent à recruter et dont le seul souci est d'ordre « technique » : appliquer de la façon la plus efficace possible des lois et des règlements, des *décisions* donc, sur la légitimité desquelles ils estiment ne pas avoir à s'interroger, comme si le *fait* de la légalité tenait lieu de *raison*. De ce point de vue, d'ailleurs, le choix effectué lors du procès de Nuremberg de tenir rigueur aux accusés de s'être conformés à la loi nazie témoigne de l'intégration dans la sphère juridique d'une exigence qui, pour le positivisme, relève de l'impensable ». « Tout système juridique, en distinguant le licite et l'illicite, présuppose des choix, effectués à propos des actions jugées acceptables ou inacceptables. », le positivisme juridique, en refusant de considérer les interrogations des hommes sur le bien-fondé de ces choix, suppose en fait la justesse de ces choix et postule que l'on peut « rendre compte de la normativité de la loi par de simples considérations formelles (par la clarification des procédures d'élaboration et d'harmonisation des textes de loi, indépendamment donc d'une réflexion portant sur leur finalité » (Ibid. p.12, 13).

Dans le contexte aristotélicien (*Éthique à Nicomaque*), la jurisprudence correspond à la « *correction des effets de la loi* » qui est la tâche normale du juge, la loi étant générale alors que les actions humaines sont marquées par la contingence et l'irrégularité constitutives du monde sensible. Adapter la loi, corriger la justice par l'équité engage la *vertu* de justice qui s'exprime par la *conduite* propre au juge : la prudence (*phronesis*). Aristote résout le problème de l'adéquation du général au particulier par le moyen d'une vertu et d'une conduite. Cette position, qui renvoie à la naturalité de la loi, est-elle encore sensée lorsqu'on

cf. J. Russ, *Les théories du pouvoir*, Le Livre de Poche.

11 Gérard Potdevin, *La justice*, p.11

juge impossible de fonder en nature le jugement rendu ? La nécessité de « penser une autre source du jugement que le légalisme <...> s'est imposée après 1945. Les tribunaux allemands et alliés se trouvèrent confrontés au dilemme suivant : les officiers nazis s'étaient livrés à des actes jugés inacceptables par l'opinion internationale sur ordre légal de l'administration nazie. Devait-on appliquer une solution légaliste, considérer donc que leurs actions étaient légales dans un contexte juridique donné ? Ou bien devait-on considérer que la loi et le régime légal ne les dispensaient pas d'agir selon certains principes ? Et ces principes consacraient-ils le retour au droit naturel ? Ou encore devait-on les punir en considérant qu'ils tombaient sous le coup de la loi du vainqueur ? En fait, les tribunaux saisis adoptèrent la solution rejetant le légalisme et reconnurent des principes valant au-dessus de tout droit positif »¹² Ils condamnèrent les officiers allemands au nom de principes valant comme norme positive pour tous les Etats, à savoir les droits de l'Homme, de l'Humanité — consacrant la notion de *crime contre l'Humanité*. C'était consacrer « en principe dynamique du droit moderne la conscience de victime »¹³, le caractère central de la notion de *victime*, notion *éthique* par excellence, car on peut être aussi victime du droit, de l'injustice du droit.

Cela ne signifiait pas pour autant le retour à un principe de droit naturel, mais « plutôt que le légalisme ne rend pas compte du processus de « création des normes » : pour le juriste américain Ronald Dworkin (1931-) le droit n'est pas un état initial, mais le résultat d'une histoire concrète où ce qui est créateur de droit, c'est la « conscience d'être *victime* », par exemple lésé par une égalité trop légaliste, qui ne tient pas compte de particularités (minorités, faiblesse),¹⁴ **Est victime celui qui subit une transformation de ses conditions d'existence sans y consentir.** Cette définition va plus loin que la notion strictement juridique de subir un *dommage*, elle fait intervenir le consentement, le *préjudice* subi, qui est plus éthique que légaliste et invite à distinguer dans le statut juridique de l'individu son *activité juridique* — son action à titre de créateur de normes et dépositaire de la souveraineté — et sa *passivité juridique* — le fait qu'il subisse le droit existant, et qui exprime le fait qu'il puisse en être la victime. D'où l'importance en droit moderne des « circonstances atténuantes », atténuant la responsabilité, marquant qu'il n'existe dans la société moderne que des rôles, et que personne ne peut revendiquer d'être l'auteur radical de son acte, alors même que la liberté devient le seul critère du droit dans ce contexte contractuel où le modèle de l'échange volontaire se substitue au modèle de l'ordre naturel, et où l'utilité des individus apparaît comme la nouvelle finalité du juste. « Le droit ne prescrit plus une conduite, mais des limites à l'action, en sorte qu'il n'y ait pas de victime de la liberté »¹⁵ (des lois iniques sont des lois qui font des victimes). Le droit est devenu autonome : il s'est affranchi de la morale, ou plutôt de l'éthique (la morale désignant un ensemble de règles, l'éthique une vision du monde, une conception de la vie bonne) ; il ne prescrit pas une moralité de la conduite. On peut dire simplement qu'il existe une conduite qui convient au droit.

Mais il reste que « le droit ne nous dit pas ce qu'il faut faire, que l'évaluation de nos conduites ne peut pas être trouvée dans les règles juridiques. Dès lors, et sans qu'il s'agisse de l'arbitraire d'une décision individuelle, les hommes doivent trouver dans leur histoire une conduite qui leur convient »¹⁶.

2/ En éliminant du champ de sa réflexion la question des fondements, en tentant de résorber la justice dans la légalité, le légalisme positiviste laisse la question de la justice

¹² C. Abensour, *Le Droit*, p.42.

¹³ Ibid. p. 45.

¹⁴ Ibid. p. 43.

¹⁵ Ibid. p. 55.

¹⁶ Ibid. p. 56.

ouverte. « Par delà son intention de clarification, il demeure extérieur au problème premier du législateur : quelle finalité la loi reconnaît-elle ou instaure-t-elle et quoi celle-ci est-elle susceptible de réaliser la justice ? » (Ibid.). La pratique juridique, le rôle éminent de la jurisprudence, montre bien que le juge — le magistrat qui a à « dire la loi » dans ses sentences — ne se borne pas à mettre en relation le cas particulier dont il a à juger avec les principes généraux contenus dans le texte de la loi. Ce serait le cas si la justice n'était que ce que stipule la lettre de la loi. Dans ce cas, les principes généraux définiraient sans aucune ambiguïté le licite et l'illicite, les sanctions proportionnées aux transgressions de la loi. Le juge appliquerait rigoureusement la loi, au lieu de l'interpréter. Or en pratique il l'interprète ; et chacun attend de la loi qu'elle envisage les cas les plus particuliers. C'est la signification de la **jurisprudence** qui est en jeu dans le débat avec la théorie pure. On peut trouver que la jurisprudence dément que soit possible la résorption du juste dans le légal, ni même qu'elle soit le but du droit. Par fidélité à la justice, à l'esprit de la loi, la décision du juge doit parfois aller à l'encontre de la lettre de la loi. D'une part parce que la loi est générale et le réel singulier ; d'autre part parce que le texte de la loi n'est pas exempt d'ambiguïtés qui ne sont manifestes qu'en présence des cas d'espèce ; enfin parce que le législateur ne peut prévoir les difficultés résultant de l'évolution en tous domaines : pratique sociale, économique, connaissances, techniques. C'est donc pour des raisons à la fois techniques — liées à la nature de la loi et du réel — et morales — l'exigence d'une meilleure justice — que l'application du droit comporte une **jurisprudence — l'autorité d'un ensemble de règles qui se dégagent des décisions des tribunaux**. Lisez p. 15-16 et 19-20 de l'ouvrage de G. Potdevin l'analyse comparée du statut de la jurisprudence d'une part dans les pays de droit français et de la famille juridique romano-germanique — où la jurisprudence est un accomplissement de la loi, en termes aristotéliens la correction de la justice stricte par l'équité — et d'autre part dans les pays anglo-saxons où la *common law* constitue un droit jurisprudentiel volontairement inachevé, système juridique souple qui se méfie des règles abstraites et de toute codification trop stricte et préfère souvent confier l'arbitrage à la justice privée de particuliers choisis pour leur *sens civique* et jugeant sans référence au code. Ces particuliers quittent parfois subrepticement le terrain du juridique pour le terrain de la morale (exigeant de l'arbitre la *vertu de justice*). Dans ce dernier cas particulièrement, on peut trouver

« l'affirmation implicite... que c'est, en définitive, au jugement qu'il incombe d'être juste et que dans cette mesure il est vain de prétendre éliminer la subjectivité du champ de détermination de la justice» ¹⁷

On notera que la recherche d'une autonomisation intégrale du droit — la compréhension du droit comme un système clos de validité — est un fait moderne, plus précisément de la modernité proche, opposée à l'idée de droit naturel et qui se dresse contre les jusnaturalistes, les théoriciens du droit naturel moderne, (Hobbes, Locke, etc.), en tant que ces penseurs ont conservé la référence à un tel droit naturel, même s'ils ont mis sous la notion tout autre chose (l'individu, la nature humaine, ses passions et sa raison calculatrice) que ce qu'y mettait l'antiquité (un ordre cosmique sensé ordonné au divin, une raison *naturellement* tournée vers le Bien)¹⁸. « Le droit moderne se constitue en légitimité....à partir de Hobbes, pour être mis en oeuvre dans les sociétés à partir de la Révolution française, dont nous dirions volontiers qu'elle est la révolution du droit. Le droit moderne se caractérise par le centrage de la légitimité du droit autour de l'individu, le droit étant censé être la condition de possibilité de la liberté de l'individu. Cette conception du droit se cristallise avant tout autour de la notion de contrat, entendu comme archétype de la modernité et par opposition aux

¹⁷ Gérard Potdevin, *La justice*, p.16

¹⁸ Lire C. Abensour, op. cité, p.16-30.

légitimations traditionnelles du droit »¹⁹ Le droit moderne se constitue contre ce droit « naturel », par l'abandon de toute idée de loi naturelle telle qu'elle avait été 1/ reprise de l'antiquité par les conceptions d'Ancien Régime légitimant le droit par un ordre hiérarchique fondé sur une théologie 2/ modernisée avec un nouveau contenu, mécaniste et individualiste, par les jus naturalistes (qui conservent le langage de la « loi naturelle », du « droit naturel », de la « droite raison », bien qu'ils rompent avec l'univers aristotélicien et théologique d'Ancien Régime.

La révolution juridique qui conduit au droit moderne s'est jouée dans la signification du droit plus que dans son contenu : « ce qui a changé entre les Anciens et les Modernes, c'est la finalité du système juridique, la réponse à la question : de quel droit le droit ? <...> la modernité donne une nouvelle légitimité au droit, à savoir la liberté »²⁰, engendrant des problèmes nouveaux : que signifie cette légitimité nouvelle ? Si le droit a pour fin de rendre les hommes libres, s'il tend à acquérir une autonomie absolue, que devient la signification morale de la justice qui le fonde ?

Il semble donc bien que la justice n'est réductible ni au sentiment que nous en éprouvons, ni au droit positif, qui pourtant constitue le dépassement du sentiment de justice dans la loi stable et objective. **Il n'est pas possible de résorber les notions de légitimité — et d'équité — dans celle de légalité. Une axiomatisation du droit n'épuise pas la question du recours aux critères du juste et de l'injuste :** « admettons avec Kelsen (*Théorie pure du droit*) qu'une action, d'un point de vue juridique, ne doive s'apprécier que dans son rapport aux règles. Admettons que, du point de vue d'une science du droit, il n'y ait pas lieu de justifier ou de juger le droit. Est-ce que cela signifie qu'il n'y a pas lieu de le faire du tout ? Est-ce que le philosophe, l'historien et même le juge ne produisent pas des énoncés normatifs quant au droit ? <...> On doit pouvoir à la fois adopter une position descriptive à l'égard du droit descriptif et faire droit en même temps à une critique du droit, qui pose la question de la norme en dehors de ses rapports cohérents au tout juridique <...> reconnaître avec Kelsen le caractère formel du respect de la loi, tout en cherchant à mettre en lumière le procès de création des règles de droit » <...> le positivisme se contente de fixer des règles de compatibilité aux règles qui pourraient surgir. Il ne dit rien de ce qui fait surgir de nouvelles règles, ni de la réinterprétation de règles anciennes »²¹. On peut d'ailleurs remarquer que la distinction philosophique, ancienne, entre légitimité et légalité est reconnue aujourd'hui « par la législation même de la majorité des nations, dans la mesure où celles-ci ont introduit indirectement dans leurs droits la reconnaissance du droit de résistance à l'oppression, en ratifiant la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948. Ce droit de résistance²² suppose précisément que la légalité n'est pas en elle-même source d'obligation et que, pour l'être, elle doit respecter les *droits de l'homme* définis par cette *Déclaration*, laquelle toutefois n'a pas, juridiquement, de fondement autre que sa procédure légale de ratification et ne fait que repousser, en la clarifiant, mais sans la résoudre, la question de la source de l'obligation » (Ibid. p.18)²³.

C. Abensour, op. cité, p.7.

²¹ C. Abensour, op. cité, p.41

²² Voir dans la Deuxième partie de ce Cours : le droit de résistance chez Hobbes et Kant.

Sur la question du droit de résistance (ou de révolte), il est intéressant d'observer les positions contrastées des philosophes en fonction des critères qu'ils adoptent pour fonder la souveraineté et le droit : Locke l'admet, Kant le refuse. On lira Domenico Losurdo, *Autocensure et compromis dans la pensée politique de Kant*. (Edition Septentrion, collection Philosophie, janvier 1998)

L'inflation législative contemporaine rendue nécessaire par la complexification sociale — multiplication des textes d'application des lois, particularisation toujours plus poussée des textes des lois-, si elle va dans le sens de la conception positiviste de la justice, par le culte qu'elle rend à la loi, en revanche dévalorise celle-ci : la prolifération des lois, qui soumet la détermination du juste à la littéralité de la loi positive, « engendre la croissance indéfinie d'un texte toujours partiellement inadéquat à la réalité », alors qu'il est supposé rendre compte intégralement de cette réalité pour la régler, la rendre plus *juste* !²⁴ Cela ne signifie pas une évidente supériorité des flottements anglais de la législation, qui, en allant jusqu'à « compléter » ou compenser le vide de la loi par le recours à une pratique purement morale (« civique ») de la justice, risque de retomber dans les dangers de la subjectivité, ouvrant la porte au relativisme, à l'arbitraire du sentiment.

Il semble bien que la *science* du droit, sa description formelle, ne puisse faire abstraction de la discussion sur le juste et l'injuste. Le relativisme juridique a la valeur d'un instrument méthodologique de description du droit, mais n'épuise pas les exigences qu'on peut ressentir devant un système juridique donné. On ne peut s'en tenir à apprécier une action que dans son strict rapport aux règles. Ce serait adopter le *positivisme* ou *décisionnisme* (cf. K. Popper) qui, par anti-finalisme, par hantise de toute philosophie de l'histoire (« historicisme »), de toute idéologie évolutionniste, prend pour postulat que le système de valeurs qui préside à la formation d'un droit positif ne consiste qu'en un rapport de forces ou un arbitraire de la volonté, individuelle ou collective : on peut discuter de la cohérence interne d'un système juridique, mais non du choix du système et rien ne permet de fonder la validité d'une décision portant sur la valeur. Discuter du juste et de l'injuste n'est pas plus fondé que de discuter du beau et du laid.²⁵

6. LA QUESTION DU FONDAMENT ET DE LA NATURE DU DROIT OBJET DE LA JUSTICE.

S'interroger sur la distinction entre *légalité* et *légitimité*, ou *légalité* (droit positif) et *justice* entendue comme *équité*, c'est poser le problème du fondement et de la nature du droit (et de la loi), c'est-à-dire du juste défini comme « ce qui est conforme à la loi » (Aristote) ou encore du droit qui est l'objet de la justice et qu'elle a pour fonction de mettre en oeuvre. Le problème ainsi posé constitue la question centrale de la philosophie politique dès son origine chez Platon et Aristote : quelle organisation politique, est capable d'établir des relations de justice entre les membres d'une société, de faire régner les conditions d'un ordre juste ? Mais la dimension politique n'est pas séparable du fondement moral : en quoi consiste cette **vertu de justice** dont le droit positif ne peut faire l'économie s'il veut être à l'origine de jugements *justes* et non simplement *légaux* ?

« Tout le monde entend signifier par justice cette sorte de disposition qui rend les hommes aptes à accomplir les actions justes, et qui les fait agir justement et vouloir les choses justes »
(Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 1).

On dit qu'un homme est juste lorsqu'il observe la *loi*- c'est-à-dire la justice légale ou *universelle* — et qu'il respecte *l'égalité* — c'est-à-dire la justice *particulière* (ou *équité*). La définition de la justice comme *habitus*, disposition permanente, manière d'être (et non *habitude*) indique que l'homme juste est celui qui fait sans effort des actions justes, voire prend plaisir à pratiquer la justice, laquelle est pour lui comme une seconde nature. Pour

²⁴ Cf. op. cité p. 19.

²⁵ Cf. Abensour, op. cité, p. 40-56.

étudier « la justice », dit Aristote qui ne croit pas aux Idées pures, il faut observer les actions des hommes justes, et il n'y a pas là un cercle vicieux : l'expression adéquate de la justice est inséparable de son incarnation concrète. Cela correspond bien à ce que nous avons établi : en matière d'évaluation du juste (et de l'injuste), on ne peut s'en tenir à un droit positif et qu'il faut avoir recours au jugement équitable, à une pratique concrète et particulière de la justice, perfectionnant la loi positive.

Or celle-ci ne contient pas une justice pure, elle n'est pas l'expression d'une Idée, d'un critère formel, mais renvoie à la *finalité* de la vie humaine, à l'accès au « bonheur » c'est-à-dire dans ce contexte au Souverain Bien : lorsqu'Aristote définit la justice-vertu par l'observation de la justice universelle ou loi, il ne l'identifie pas au légalisme — la loi est supposée conforme à l'essence humaine, à la finalité qui doit être celle de l'homme. **La justice universelle est la disposition à accomplir des actions justes, entendues comme**

« toutes celles qui tendent à produire ou à conserver le bonheur avec les éléments qui le composent, pour la communauté politique »
(Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 3).

La justice nous ordonne à un *bien commun* : à la différence des autres vertus (sagesse, courage ou tempérance) qui ont pour finalité le bien propre de chacun. La justice se rapporte à autrui ; aussi est-elle « toute vertu », requise indirectement par les diverses vertus individuelles, bien commun qui doit (par la loi) harmoniser les biens particuliers. En fait de « juste milieu », celui de la justice l'est entre un trop et un trop peu qui relèvent d'un même vice, l'injustice. Le juste est donc un juste milieu objectif, défini sans considération de la façon dont le sujet accomplit l'action.

A quelle finalité renvoie la justice ? 1/ le juste est *ce qui est conforme à la loi*, mais si la loi positive peut n'être pas conforme à son essence, n'être pas juste elle-même, comment déterminer cette essence ? 2/ le juste est *ce qui respecte l'égalité*. Mais pour quelle raison respecter l'égalité ?

Bien connue est la réponse sceptique et sophistique : au nom d'aucune valeur ! On ne peut justifier la justice, elle est une convention arbitraire de ceux qui y ont *intérêt*. Je vous renvoie aux discours de Glaucon et Thrasymaque (*République II*) et de Calliclès (*Gorgias*)²⁶.

La pensée antique fonde la justice sur l'être : **la justice est conçue comme un bien moral à fondement ontologique, unissant bonheur et vertu**. Aussi la justice est-elle un bien pour celui qui l'accomplit, non seulement pour celui qui bénéficie de l'ordre juste ainsi instauré, fruit de la vertu de justice. S'il est meilleur pour chacun de subir l'injustice que de la commettre, c'est parce qu'il est bon pour soi-même d'être juste, parce que la pratique de la justice est aussi une pratique sur soi (un art de soi), une action intérieure de l'âme par rapport à elle-même (cf la théorie platonicienne de l'harmonie entre les parties de l'âme, *Phèdre*, *République IV*, *Phédon*)²⁷. La justice ou l'injustice dans l'âme sont fonction du respect par chacune des composantes de l'âme de la destination qui découle de sa nature. Chaque partie de l'âme ne doit pas prendre plus que son dû, sous peine d'instaurer un déséquilibre, une rupture d'harmonie. *Une harmonie naturelle est postulée* : elle servirait de paradigme même à une troupe de brigands, incapables, dit Socrate, d'être absolument injustes, sauf à ne plus se maintenir ensemble ! **Toujours revient cette remarque : la nécessité d'un modèle idéal s'impose à celui-là même qui prétend l'ignorer** ; elle est ce qui donne sens à la distinction entre légalité et légitimité.

²⁶ Ibid. p. 27-31. Cf. également J. et

Laffitte, « les figures du pouvoir dans le *Gorgias* », in *Les figures du*

pouvoir, Vuibert, 1994.

²⁷ Ibid. p.35-38.

C'est donc à la distinction entre droit positif et droit naturel qu'on se retrouve confronté, distinction dont *l'Antigone* de Sophocle²⁸ fournit l'immortel paradigme — la distinction entre lois écrites et non écrites — et dont la théorisation contemporaine revient à Léo Strauss (*Droit naturel et histoire, La Cité et l'homme*). La définition qu'en donne Cicéron, dans l'esprit stoïcien, parle au cœur, et certes son écueil est de se prêter à couvrir les aléas du sentiment de justice, toujours prompt à confondre le contenu de sa spontanéité avec un absolu !

« Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr, qui nous appelle impérieusement à remplir notre fonction, nous interdit la fraude et nous en détourne <...> Ni le sénat ni le peuple ne peuvent nous dispenser de lui obéir<...> Cette loi n'est pas autre à Athènes, autre à Rome, autre aujourd'hui, autre demain, c'est une seule et même loi éternelle et immuable, qui régit toutes les nations et en tout temps : Il y a pour l'enseigner et la prescrire à tous un dieu unique <...> Qui n'obéit pas à cette loi s'ignore lui-même et, parce qu'il aura méconnu la nature humaine, il subira par cela même le plus grand châtement, même s'il échappe aux autres supplices» (Cicéron, *De Republia* Livre III §22)

Peut-il exister un critère fiable de ce droit universel autre que la certitude intérieure ? Plus précisément, de quelle « nature » la certitude intérieure porte-t-elle témoignage, si ce n'est pas la nature humaine aux manifestations fluctuantes ?

Quel serait le *contenu* du droit naturel, de la loi naturelle ? Thomas d'Acquin montre que la diversité des lois humaines n'est pas en conflit avec l'idée d'une loi naturelle une, mais tout au contraire est impliquée par celle-ci, principe d'élaboration d'un droit positif à adapter aux besoins variables dans le temps et l'espace (*Somme théologique, Des lois*). Aujourd'hui, la question est d'inscrire la liberté dans la détermination de la justice comme *bien commun* ; l'idée de droit naturel n'a pas pour garant un ordre objectif, mais plutôt une exigence de liberté de type transcendantal, qui seule permet d'échapper au relativisme tout en posant la liberté comme source de valeur, dans la postérité de Rousseau : « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté ». Si l'ordre juste est bien égalité, proportionnalité des libertés, la question est de faire reconnaître ce caractère inviolable de la justice, au sein d'une société où tend plutôt à dominer le principe utilitariste du calcul rationnel, le bien commun — objet de la justice légale — étant défini comme le bien-être du groupe, identifié à la somme arithmétique des satisfactions individuelles, communauté-agrégat aux antipodes de la société organique des classiques. C'est l'entreprise de John Rawls (1921-) dont voici résumée brièvement la démarche :²⁹

- la société utilitariste du bien-être tend à limiter la liberté de certains pour améliorer la situation du plus grand nombre. Cela heurte l'exigence du sens commun, l'idée qu'il faut distinguer entre la recherche du bien-être social global et les exigences de justice (reconnaissance de la liberté inviolable de la personne), et qu'il convient plutôt de donner la priorité à la justice.

- Rawls analyse ces convictions communes en dégagant leurs réquisits théoriques : elles sont la conséquence de principes rationnels, posant la priorité du juste sur le bien (entendu comme bien-être).

²⁸ Ibid. p.39-42 et, dans *Le Droit*, de C. Abensour (éd. Quintette), les pages 7 à-10.

²⁹ Cf. G. Potdevin, op.cité, p.56-59

- dans la ligne des théoriciens du contrat social (Locke, Rousseau) et de Kant, Rawls cherche quels seraient les principes constitutifs d'une société dont la justice ferait l'objet d'un accord originel entre ses membres — libres et raisonnables — et qui serviraient de base à tous les accords ultérieurs de ceux-ci. Dans cette *position originelle*, les membres sont supposés ignorer leur place dans la société (classe...), leur statut de naissance (race, dons...), etc...

- Placés par hypothèse sous ce *voile d'ignorance*, de tels individus s'accorderaient sur **deux principes fondamentaux** :

1/ un principe de liberté garantissant à chacun qu'il pourra s'efforcer de parvenir aux fins qu'il se propose (d'où des droits multiples : politiques, de propriété privée, de liberté d'opinion, etc.) : « 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/ un principe de différence, pour compenser le fait que les plus forts et les plus doués réussiront mieux, pérennisant les inégalités : L'acceptation des inégalités socio-économiques sera subordonnée au fait qu'elles soient organisées en vue de la production d'avantages pour tous et prioritairement pour les plus démunis, ensuite « qu'elles soient attachées à des positions et des fonctions ouvertes à tous », afin de ne pas mettre en péril les libertés fondamentales.

Ainsi Rawls fonde des perspectives qui demeureraient sans cela au niveau du sentiment et de l'opinion. Il assigne, écrit P. Ricoeur, la vertu de justice à des *institutions* : « On peut en effet comprendre une institution comme un système de partage, de répartition, portant sur des droits et des devoirs, des revenus et des patrimoines, des responsabilités et des pouvoirs ; bref des avantages et des charges. C'est ce caractère « distributif » qui pose des problèmes de justice. Une institution a en effet une amplitude plus vaste que le face-à-face de l'amitié ou de l'amour : dans l'institution, et à travers les processus de distribution, la visée éthique s'étend à tous ceux que le face-à-face laisse en dehors au titre de tiers »³⁰. D'autre part, la démarche de Rawls, qui entend produire une *théorie* de la justice, « fait sortir le lien social d'un contrat entre des individus capables de délibération et de choix raisonné »³¹. Si Rawls peut se permettre à la fois de poser sans contradiction la société avant l'individu et de faire dériver la société d'un contrat passé entre individus, c'est qu'il cherche à dépasser le clivage entre une conception *holiste* de la société (à la manière de Durkheim, dans une perspective *fonctionnaliste*, considérant la société comme un tout ayant son fonctionnement autonome) et un *individualisme méthodologique* (qu'adopte, dans la postérité de M. Weber, une grande partie des sociologues contemporains) ; il considère le système social comme « un processus de distribution », le lien social comme « une aventure tournée vers l'avantage mutuel » : la société distribue aux individus des rôles, des bénéfices et des charges, mais aussi des obligations et des droits ; les individus deviennent des *partenaires* qui prennent *part* à une société vouée à répartir des *parts* ; « la justice consiste à attribuer à chacun sa part ». Dans cette conception « distributive » de la société, la justice, ainsi formalisée, dépouillée de sa connotation téléologique, séparée de l'idée du Bien qui s'attache à elle dans le contexte holiste antique, est la vertu majeure. Mais il n'est pas question de vertu : la question du juste se veut ici dissociée de la question du Bien.

C'est cette dissociation de toute finalité pour penser le juste que Ricoeur conteste, et il se plaît à découvrir au sein même de la démarche de Rawls — cherchant à résorber le juste dans

³⁰ P. Ricoeur, *Lectures I. Autour du politique*, Seuil, p.259. Cité in Olivier Mongin, *Paul Ricoeur*, Seuil, p.99.

³¹ Ibid., p.217.

le droit, à formuler une conception purement juridique de la justice — une dimension plus complexe, qui implicitement reconnaît une finalité éthique.

Cette finalité obligerait à donner à la justice une place intermédiaire : entre la légalité (le droit positif) et cette finalité irréductible au droit positif, apparentée au « droit naturel » antique, à l'éthique du Souverain Bien. Il faut, dit Ricoeur, placer le juste « entre le légal et le bon », c'est-à-dire entre le droit positif (ou la justice objective) et le Bien, l'idée de valeur présente dans la dimension subjective (au sens non relativiste du terme) de la justice³². Pour désigner cette dimension, Ricoeur privilégiera le terme *d'éthique*, dans la ligne des Anciens reconnaissant l'appel de la vraie vie, du meilleur, du Bien, de la « vie-bonne » ; il réservera *morale* pour désigner la dimension plus étroitement normative de la justice, sans fondement dans le Bien. Nous allons avoir l'occasion de revenir sur cette distinction.

Les belles analyses de P. Ricoeur concernant la dimension éthique du juste s'appuient sur la lecture des deux chapitres d'Aristote consacrés à l'amitié. **Cette dimension éthique (et non morale) tend à distinguer le registre du juste du registre du droit où on le cantonne volontiers pour le placer du côté de l'éthique au sens de visée de la vie bonne**, du bien-vivre dans la vue du Bien, et donc en quelque sorte, pour parler en termes antiques, d'une finalité « naturelle » de l'homme dans ses rapports à lui-même (sous le signe de la *philautia*) et à autrui (sous le signe de leur accomplissement dans *laphilia*).

Je vous invite à faire ces lectures, élément essentiel pour la compréhension de ce cours. Il s'agit de pages de P. Ricoeur extraites de *Soi-même comme un autre*, Seuil, (p.210-280) et de « Le juste entre le légal et le bon » in *Lectures I*, Seuil, (p.176-195, 214-227). Elles supposent évidemment la lecture des Livres VIII et IX de *l'Éthique à Nicomaque* d'Aristote sur l'amitié dont le commentaire le plus éclairant se trouve dans J.-C. Fraïsse, *Philia. La notion d'amitié dans la philosophie antique* (Vrin).

8 LE JUSTE ENTRE LE LEGAL ET LE BON.

Ricoeur fait observer que chez Aristote existe déjà la tentative de formaliser la justice sous la forme de l'égalité mathématique. Mais l'originalité de la formalisation rawlsienne est de conjuguer la dimension morale kantienne (le devoir de justice : « ne traite pas autrui comme un moyen », ne lui fais pas ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait) et la fiction contractualiste qui justifie les principes de justice par la supposition d'une délibération rationnelle (*contrat*). Ricoeur s'emploie à montrer que la dimension téléologique joue un rôle, si discret soit-il, dans cette tentative de formalisation intégrale de la justice et que Rawls ne peut faire abstraction de toute visée du Bien. Par exemple, quand il formule sa « Théorie de la justice comme équité » et énonce que le choix du principe de justice sera *équitable* (*fairness*), nommant ainsi la *condition d'égalité* « dans laquelle sont supposés se trouver les partenaires de la situation originelle délibérant sous le voile d'ignorance quant à leur sort réel dans une société réelle »³³. Ne fait-il pas appel alors, derrière son formalisme, et alors même que ce voile d'ignorance est destiné à mettre entre parenthèses les convictions personnelles qui pèseraient sur la délibération rationnelle, à une *conviction*, à un sens de *l'équité*, « fondé dans l'impératif kantien qui interdit de traiter la personne comme un moyen et exige de la traiter comme une fin en soi » ? Ricoeur juge inattendu dans ce contexte la résurgence de la *conviction*, terme explicitement utilisé par Rawls lui-même pour désigner le contenu de pensée des partenaires du contrat, équilibrant leurs « *convictions* bien pesées ». Il y a là pour Ricoeur une dimension irréductible à la pure norme (juridique et morale) et qui allègue implicitement la primauté du Bien, l'adhésion à la valeur d'un bien-vivre. Et cela malgré le

³² Sur « le juste entre le légal et le bon », et la critique adressée à Rawls, cf. Mongin, *ibid.* p.97-106. Sur le caractère constitutif de ce manque dans la pensée d'Aristote, cf. P. Aubenque, *Le Problème de l'Être chez Aristote*, P.U.F.

³³ *Ibid.* p.262.

fait que Rawls prétende s'en tenir à une conception de la justice purement *déontologique* — à un point de vue étroitement normatif, dans la ligne du *devoir*, du respect de la loi et de la raison pratique, de la morale au sens strict. Rappelons que Rawls s'oppose à la perspective finaliste de l'utilitarisme, qui enlève toute autonomie à l'idée de justice pour en faire le résultat de processus économiques prétendument automatiques et inconscients (cf. le laisser-faire du libéralisme et des pensées de l'« ordre naturel spontané »). Mais il est d'autres formes de téléologie, dont la critique est moins aisée que celle de l'empirisme utilitariste anglo-saxon : c'est le cas du finalisme des Anciens (et de leur postérité thomiste) dont nous avons hérité l'idée *éthique* de la vie bonne. Ricoeur se place sur ce registre pour justifier sa distinction entre *morale* et *éthique*³⁴. Il est d'autres types de distinction, l'essentiel est de s'entendre sur les mots au moment où on les emploie).

Avec la notion de *conviction*, la théorie déontologique de la justice n'est pas, selon Ricoeur, sans « faire appel à un sens éthique préalable de la justice »³⁵ : une conviction bien pesée est une conviction qui ne se résorbera pas dans la formalisation, qui propose un critère de valeur à celle-ci, donc une conviction qui ne s'est pas épurée de toute visée de Bien. La justice ne peut pas être appréhendée du seul point de vue de son formalisme, même si celui-ci (égalité, proportionnalité) en est une dimension essentielle. Ainsi Ricoeur découvre chez Rawls lui-même des raisons de penser que l'idée de justice ne peut avoir une signification purement *morale* en ce sens mais possède une signification *éthique*, et que « le juste » se tient « entre le légal et le bon », que « le sens de la justice ne s'épuise pas dans la construction des systèmes juridiques qu'il suscite »³⁶. Le sens de l'équité qui transparait dans l'effort pour formaliser la justice n'est pas, pour Ricoeur, une raison de reprendre telle quelle l'opposition entre téléologie et déontologie, justice éthique et justice légale, droit naturel et droit positif, finalisme antique et atomisation moderne, mais au contraire pour réfléchir plus profondément à cette opposition, dépasser son aporie. L'éthique passe par le formalisme mais le formalisme ne peut se soustraire à une représentation du Bien. Adaptant ces formules de Ricoeur à notre sujet, disons que la justice passe par le droit, mais que le droit ne peut se soustraire à une éthique de la justice. « La visée éthique doit passer par le crible de la norme »³⁷ ; la norme juridique et morale, la loi, est un moment obligé de l'effort de « bien-vivre », mais elle ne résume pas à elle seule la visée éthique, la vie selon l'éthique. Il n'y a pas deux raisons, théorique et pratique : « la raison est pratique<...> mais reconnaître la légitimité de cette règle d'universalisation n'empêche pas de se retourner contre toute prétention à faire de la législation la première démarche éthique. Tout le dynamisme éthique est identifié dans le kantisme à ce stade ultime. Si l'idée de loi est irremplaçable, le défaut du kantisme est d'avoir érigé en fondement ce qui n'est qu'un critère »³⁸.

Il n'y a pas à opposer Kant (législation, morale, devoir, norme, droit) et Aristote (éthique du Souverain Bien, finalité inscrite dans la nature de l'homme), mais à se demander pourquoi la loi est irremplaçable, ce que le droit apporte au juste, ou plus précisément ce que

³⁴ Sur morale/éthique, on lira : P. Ricoeur, « Avant la loi morale, l'éthique » in *Encyclopaedia Universalis*, Symposium ; la « petite éthique » in *Soi-même comme un autre*, Seuil, où l'auteur propose de réserver par convention « le terme d'éthique pour la visée d'une vie accomplie et celui de morale pour l'articulation de cette visée dans des normes caractérisées à la fois par la prétention à l'universalité et par un effet de contrainte » ; A. Jacob, « Différence entre morale et éthique » in *Encyclopédie Philosophique Universelle, Dictionnaire des Notions* t.1 PUF, p.874 ; J. Russ, *La pensée éthique contemporaine*, PUF QS, p.4-6 ; A. Badiou, *L'Éthique*, Hatier, p.4-6.

³⁵ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Seuil, p.264.

³⁶ P. Ricoeur, *Lectures I*, p.259.

³⁷ P. Ricoeur, *Lectures I*, p.256.

³⁸ P. Ricoeur, « Avant la loi morale, l'éthique », in *Encyclopaedia universalis*, Symposium.

la justice du droit *positif* apporte à la justice du droit *naturel*, ou, pour le dire dans les termes de Ricoeur, ce que la *morale* apporte à l' *éthique*.

« Ma réponse est brève : c'est à cause de la violence qu'il faut passer de l'éthique à la morale. Lorsque Kant dit qu'on ne doit pas traiter la personne comme un moyen mais comme une fin en soi, il présuppose que le rapport spontané d'homme à homme, c'est précisément l'exploitation. Celle-ci est inscrite dans la structure même de l'interaction humaine »³⁹.

Face aux multiples figures du mal,

« la morale s'exprime par des interdictions : « Tu ne tueras pas », « Tu ne mentiras pas », etc. <...> A toutes les figures du mal, de la violence, répond l'interdiction morale. Là réside sans doute la raison ultime pour laquelle la forme négative de l'interdiction est inexpugnable. C'est ce que Kant a parfaitement aperçu »⁴⁰.

Ce n'est qu'en apparence que le droit positif est un appauvrissement de la justice éthique. **Le mal et la violence exigent de passer par une conception morale et juridique normative, qui formalise et, comme c'est le cas dans l'analyse kantienne, dit ce qu'il ne faut pas faire, non ce qu'il faut faire**⁴¹.

Mais le dernier mot reste à la primauté de l'éthique sur la morale. Sur ce point je vous renvoie une nouvelle fois à la genèse de la justice à partir de l'amitié, et de son expérience-clé la *mutualité* (*allelous*, « l'un l'autre »), elle-même ancrée sur l'*estime de soi* (philautie) d'un moi naturellement tourné vers le Bien, et qui par-là rencontre l'autre comme « un autre moi-même » sans clôture égoïste, objet de *sollicitude*, comblant un *manque* qui est constitutif de la visée du Bien⁴²

« Deviennent ainsi fondamentalement équivalentes l'estime de *l'autre* comme un *soi-même* et l'estime de *soi-même* comme un *autre* »⁴³

Là, dans ce paradoxe des *sentiments éthiques*, réside la clé de la dialectique du droit et du juste, s'il est permis d'employer ce terme alors qu'ils ne sauraient se totaliser, s'il y a primauté du juste sur le droit, du Bien sur le juste.

³⁹ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p.261.

⁴⁰ P. Ricoeur, *Lectures 1*, p.262.

⁴¹ Ceci est remarquablement montré par E. Weil, *Philosophie morale*, Vrin.

⁴² Les pages de Ricoeur sur l'amitié selon Aristote, médiatrice de l'idée de justice par le biais de la mutualité, sur la sollicitude médiatrice entre l'estime de soi et l'amitié, sont résumées par Olivier Mongin, *Paul Ricoeur*, Seuil, p.185-188.

⁴³ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, p.226.

DEUXIEME PARTIE.

L'APPROCHE PHILOSOPHIQUE DE LA POLITIQUE, LIEU DE LA
CONFRONTATION DU JUSTE ET DU DROIT

1. LA DISTINCTION ENTRE JUSTICE. ET LEGALITE ET LE PROBLEME PHILOSOPHIQUE DE LA POLITIQUE.

Le thème du cours, « le juste et le droit », invite à définir mais aussi à rapporter l'un à l'autre deux termes communément allégués. De quoi parlons-nous quand nous parlons de Droit et de Juste, mais aussi bien que demandons-nous, l'espace de ce « et », quand nous introduisons la distance d'une conjonction entre deux notions que nous énonçons d'un seul et même souffle : on serait tenté en effet de dire qu'il n'y a de juste que par rapport à une loi et plus précisément par rapport à la loi publique de contrainte qui définit le droit comme un ordre déterminé du rapport entre les hommes à l'intérieur d'une société donnée et à titre de membres de cette société. Le **juste est ce qui est conforme au droit tel qu'il est défini par la loi, par la règle de droit.**

Mais aussi bien, penser la loi, former le concept de **loi — l'énoncé qui prescrit à une communauté d'hommes ce qu'il convient de respecter pour que s'établissent entre eux des relations justes** — n'est-ce pas délimiter la loi, la loi de Droit (le *Rechtgesetz* de Kant) et la justice, postuler qu'il n'est de légalité légitime que celle qui se donne pour fin de réaliser la **justice, par laquelle chacun reçoit ce qui lui est dû.**

Cela récuse l'identification massive du juste et du légal. Le Juste et le Droit se présentent immédiatement comme ne pouvant être pensés l'un sans l'autre. Il ne suffirait pas, en tout cas, de décréter que leur rapport est dialectique pour régler la question de leur unité : les définitions nominales recouvrent un sens équivoque des notions qui complique singulièrement la question de leurs *rappports*. Par exemple, le droit en vigueur dans un Etat et pour lequel on réclame la mesure de la Justice est pensé comme l'objet même de la vertu de Justice, *classiquement* (classique au sens d'antique) considéré comme le pouvoir du vouloir humain, en un sens *moderne* (*moderne* au sens des théories du contrat qui voient le jour au XVIIème siècle), avec leurs prolongements kantien et hégélien (la philosophie de Kant est une philosophie de la volonté). On ne distinguerait pas, pour les rapprocher, le Juste et le Droit, on ne les confronterait pas, en quelque sens que ce soit, s'il n'existait un domaine où ces rapports puissent s'établir. Quel est le lieu de leur rencontre ?

On peut dire sans contradiction que ce lieu est à la fois facile à cerner et énigmatique. On se reportera à la présentation de l'ouvrage de Michel-Pierre Edmond, *Philosophie politique* (Masson), p.11. Ce lieu n'est pas l'institution (la communauté politique elle-même). C'est dans la réflexion philosophique sur le Droit et l'Etat — à l'intérieur de la forme de vie en commun juridique et politique (qui a donné naissance à la philosophie, où la légalité fait problème) que juste et droit s'opposent et se réunissent. On peut dire en ce sens que la question du juste est *de droit*, qu'elle coïncide avec ce qu'on est convenu d'appeler le problème du droit naturel. Elle est la question de la « philosophie du droit » ou de la philosophie politique, celle qui porte sur le *concept* de Droit lui-même. On lira la présentation de ce problème au début de l'article d'Eric Weil : Du droit naturel, dans *Essais et Conférences*, tome I, Plon, p.175sq.

C'est dire que cette question du droit et du juste participe de la difficulté inhérente au projet même d'une philosophie politique, ou à son appréhension dans la conscience de notre temps⁴⁴. M. Edmond distingue la philosophie politique d'une science ou théorie scientifique des réalités politiques, ainsi que d'une pratique politique ; dans l'expression *philosophie politique*, le terme *philosophie* désigne un certain mode d'approche, et le terme *politique* renvoie à un objet : la vie politique. La corrélation des deux termes désigne la situation de la philosophie dans la vie politique. « Le mode philosophique d'accès à la compréhension de la nature des choses politiques est déterminé par l'objet propre de la philosophie », qui est la recherche de la vérité sur la nature de la totalité de ce qui est — la philosophie ne relevant à cet égard que des exigences de la raison. Cela revient à dire qu'il y a une primauté de droit de la philosophie (ou théorie) sur la politique (ou pratique), que la vie politique ne recouvre pas intégralement la vie philosophique. La pensée sur la politique ne peut pas, de ce point de vue, se confondre avec une politisation de la pensée. Le domaine politique n'est pas clos sur lui-même, comme il pourrait l'être dans une optique purement scientifique. En situant à sa place le domaine politique à l'intérieur de la Totalité, la philosophie politique « pose sa *relativité*. La situation privilégiée mais non exclusive du monde politique ou humain dans le tout, ouvre le politique à une dimension qui lui donne à la fois sa *consistance* et son caractère relatif. Cette situation permet de rapporter les idéaux propres aux sociétés à un étalon juste et bon, universel et non manipulable, sans l'existence duquel : I/ la pensée deviendrait collective et mercenaire 2/ les pratiques ne pourraient se référer qu'à d'autres pratiques (d'où le relativisme) »⁴⁵.

2. LE STATUT DU DROIT NATUREL ET LA SIGNIFICATION DU RETOUR AUX TEXTES CANONIQUES DE LA PHILOSOPHIE POLITIQUE.

Il n'est donc pas inutile de conjoindre les deux termes de notre interrogation dans une définition « traditionnelle » de la PHILOSOPHIE DU DROIT, comme celle-ci : la philosophie Ou droit est la science (philosophique) du juste. Le lien sémantique (et philosophique) entre juste et droit apparaît plus directement encore dans une expression allemande de cette même proposition : Rechtsphilosophie (Recht : droit) ist die Wissenschaft (savoir) des Gerechten (Gerecht : juste).

Nous savons toutefois depuis Kant qu'en philosophie, la rectitude ou la justesse d'une définition initiale est nécessairement provisionnelle. A supposer, comme Weil le note au début de l'article cité, que nous soyons invinciblement portés à distinguer le juste et le droit, à supposer que cette différence soit à elle-même sa propre justification, ou qu'elle soit philosophiquement fondée, quelles que puissent être les difficultés théoriques ou pratiques (politiques) inhérentes à l'intention même de délier la justice et la légalité et de refuser leur identification massive, une question se pose concernant le statut et la forme même de ce *savoir* nécessaire de ce qui est juste, de ce savoir *philosophique* dans lequel l'ordre du droit est ainsi allégué. Le Juste postulé requiert une autre connaissance que celle du droit en vigueur dans une société donnée, puisqu'il est censé valoir par soi, indépendamment de sa reconnaissance et de sa mise en pratique par les hommes, mais ce juste lui-même doit-il être entendu, à l'instar du droit positif comme un code d'ordre supérieur et pour ainsi dire un système de décisions effectives relevant de principes spécifiques ? Faut-il concevoir ce qui est censé fonder tout ordre et toute loi parmi les hommes à l'image ou à l'instar de ce qu'il fonde (dans un rapport de « simulacre » qui risquerait de mettre en danger l'idée même de droit

⁴⁴ M-P Edmond, op. cité p.11.

⁴⁵ Ibid. p. 13.

naturel, d'un Juste distingué du Droit) ? Faut-il dire au contraire que le Juste *n'est que* norme et critère pour juger des législations existantes ? Mais dans ce cas, que signifie cette restriction, ce *ne que*, s'agissant du Juste *absolument* dont le concept n'est pas censé laisser quelque chose en dehors de soi ? De quelle façon cette normativité sera-t-elle mise en évidence par une connaissance ? Ces questions excèdent le champ du savoir positif. On peut penser qu'elles ne relèvent pas pour autant d'un passé révolu. Ce sont celles précisément dont la philosophie politique, au titre de la question du *droit naturel*, s'est occupée au cours de son histoire.

Il est d'autre part tout aussi juste de dire que « le recours aux textes n'a de sens philosophique que s'il existe des problèmes permanents » (Edmond), faute de quoi une histoire des doctrines se réduirait à celle de doctrines historiquement situées. Il faudrait donc, pour éviter d'historiciser exagérément le sujet, commencer par travailler notre définition en nous efforçant de déterminer *le sens du problème* du rapport entre le droit et le juste. Il convient d'être conscient de la difficulté : on ne peut avoir une idée claire du juste et du droit avant d'avoir entendu ce que les philosophes politiques du passé ont développé à leur sujet. C'est par la lecture réfléchie des philosophes que nous nous formerons une telle idée claire, et par cette méthode sans doute aujourd'hui plus qu'hier, plus que les représentants de ce passé philosophique eux-mêmes.

Une autre raison encore rend nécessaire ce recours problématique aux textes. Léo Strauss — dont s'inspirent les citations d'Edmond — fait observer que nos idées ne sont qu'en partie nos idées. Ce n'est pas seulement que l'époque de ces idées les a reçues d'une pensée antérieure, mais aussi que cette époque est perçue *par elle-même* comme l'aboutissement d'un progrès, sous le signe duquel sa connaissance est placée, le procès de ce progrès passerait-il par une rupture avec la tradition et serait-il même la forme que pourrait revêtir le déclin de cette pensée. En matière de droit et de justice, *une pensée du progrès de la pensée* pensera nécessairement qu'un acquis existe en la matière, dont elle a hérité, à la faveur des modifications ou du bouleversement de la problématique philosophique survenue dans l'histoire, voire de l'abandon de cette problématique. Une pensée — moderne en ce sens — du droit et du juste « disposera » donc d'évidences dont l'origine s'est perdue, de définitions allant sans dire qui pourraient être hautement problématiques pour la pensée d'une époque antérieure — et questionnables en tant que telles — ou apparaître comme le résultat de tout un travail philosophique et d'une élaboration conceptuelle complexe.

Il en va particulièrement ainsi pour le problème qui nous occupe. *L'histoire* de la philosophie politique est nécessaire, non parce qu'elle devrait se substituer à l'étude philosophique des problèmes mais parce que les problèmes *permanents* de cette philosophie ne sont pas censés être à notre disposition et que la connaissance de son histoire est requise pour que nous puissions les formuler en termes propres (Cf. L. Strauss, fin de l'article « Qu'est-ce que la philosophie politique » dans *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*). Le POSITIVISME JURIDIQUE — *pour qui il n'est de droit que le droit en vigueur dans l'Etat (le droit positif)* et les tentatives de restaurer l'idée d'un droit naturel sont héritières de l'alternative formellement posée au départ. Cette alternative fournit la grille conceptuelle la plus simple que nous puissions appliquer à la lecture des textes pour nous orienter dans l'histoire de la pensée philosophique du droit et de la politique ; elle recoupe la division entre **DROIT NATUREL CLASSIQUE (OU ANTIQUE) ET DROIT NATUREL MODERNE : d'un côté la pensée d'un juste de nature pour laquelle l'idée de loi naturelle est vide de contenu et de signification philosophique même si on ne saurait dire que cette pensée ignore purement et simplement cette idée ou qu'elle lui est incompréhensible, d'un autre côté une pensée jusnaturaliste qui se constitue comme une doctrine de la loi naturelle publique et comme un système des principes du droit politique.** La façon dont le juste est ou n'est pas *loi* et

dont la loi peut être ou non *naturelle* commande la façon dont est compris le *et* qui régit la **relation du juste et du droit**, que ce rapport soit si étroit entre les deux notions, qu'il les constitue en unité, ou qu'il fasse apparaître sans jamais les réconcilier totalement à la fois leur opposition et leur complémentarité.

En conclusion : le rapport entre le droit et le juste peut être étudié dans l'horizon de l'idée *classique ou antique* de la Justice ou de l'idée *moderne* de la Loi naturelle. La mise en oeuvre de cette possibilité engage une certaine interprétation de l'histoire de la pensée politique. La réalisation de cette double possibilité doit nous éclairer sur les présuppositions historiques de notre pensée aujourd'hui et cette démarche ne peut aboutir qu'à partir d'une détermination concrète du problème dont la discussion commande la mise en relation des deux notions concernées. Le problème naît avec la philosophie politique et son destin est celui même de cette philosophie. L. Strauss, dans *La Cité et l'Homme*, soutient l'idée que c'est à Aristote plus encore qu'à Socrate que revient le titre de fondateur de la philosophie politique. Aristote est celui qui le premier a fait le pas qui mène de la pensée politique à la *compréhension* des choses politiques dans l'horizon du citoyen. Il reste en ce sens le père de toute la pensée philosophique ou post-philosophique de la politique à venir après lui, fût-il à ce titre méconnu, renié ou refoulé. C'est vers lui que nous nous tournons d'abord non pour la simple raison *historique* qu'il vient au commencement, mais en nous confiant à l'idée que nous pourrions dans l'élément de sa philosophie pratique retrouver un *sens commun* choses publiques éclairant pour notre question (cf. Introduction de *La Cité et l'Homme*).

3. ARISTOTE : LA COMMUNAUTE POLITIQUE, LIEU DE L'ACTUALISATION DE LA VERTU DE JUSTICE.

Aristote allègue le juste et le droit dès le livre I de *La Politique* : l'homme qui vit hors cité est, selon l'expression d'Homère, « sans lignage, sans loi, sans foyer » ; un tel homme « est du même coup passionné de guerre. Il est comme une pièce isolée au jeu de tric-trac »⁴⁶ ;

« La perception du juste et de l'injuste manifestée par la parole est ce qui sépare les hommes des autres animaux » : « c'est pourquoi il est évident que l'homme est un animal politique, bien plus que n'importe quelle abeille ou n'importe quel animal grégaire. Car, nous le disons souvent, la nature ne fait rien en vain. Et seul parmi les animaux l'homme est doué de parole. »
(Aristote, *La politique*, I)

Pour Aristote, finaliste, la nature a donné la parole à l'homme parce qu'il en a besoin pour mener une vie de citoyen, ce qui est sa finalité propre (son excellence propre, sa *nature* vraie). Si la voix (*phonème*), précise-t-il, suffit pour communiquer, la parole (*logos* : discours et raison) est indispensable pour discuter, débattre. Les esclaves n'ont pas vraiment besoin de la parole, qui n'ont pas à décider de ce qui est bien ou mal mais à obéir. La justice comme VERTU (*arête*) — **terme qui a chez Aristote le sens d'excellence en général, (et non exclusivement de qualité morale comme il l'a aujourd'hui en français), conférant à celui qui la possède une supériorité** — « appartient au domaine politique car c'est la notion de juste qui introduit un ordre dans la communauté politique »⁴⁷.

Le contexte de ces énoncés inauguraux d'Aristote est une réflexion sur la communauté politique, celle qu'on appelle la CITE. Plus précisément il s'agit de la découverte par Aristote, de l'invention aristotélicienne, du terme et de la notion de COMMUNAUTE POLITIQUE. Aristote

⁴⁶ Cf. Aristote, *La Politique* Livre I, Nathan (Intégrales), p.40.

⁴⁷ Cf. Ibid. p.41,89,91.

est en effet le premier à appliquer le terme *koinonia* à l'institution même : la POLIS, dans la théorie de laquelle il ne faut pas s'empresse de voir l'expression historique du particularisme grec mais qu'il convient plutôt de *concevoir* d'abord avec Aristote comme **la forme accomplie du vivre ensemble**. Cette identification de la Cité (*polis*) et de la communauté politique est d'entrée de jeu décisive pour les concepts de droit et de justice. Le problème de leur rapport ne se pose pas ici à l'intérieur d'une doctrine de la souveraineté puisque Aristote « ignore » l'existence d'un pouvoir d'Etat distingué de la société et s'opposant à elle — la question politique ne se pose pas à lui en ces termes qui nous sont familiers aujourd'hui. La *koinonia politikè* aristotélicienne ne permet pas à la différence de l'Etat et de la société de se poser et, avec cette différence, ne permet pas non plus de se poser à l'antagonisme entre la relation de pouvoir et le « lien social » en tant que tels : « Pour la philosophie politique classique, il n'y a pas de problème théorique de la souveraineté » (Edmond p.144). Le pouvoir, pourrait-on dire, n'est pas justifié par la souveraineté : par l'autorité qui revient de droit à la puissance suprême ou, sur un autre plan, par la raison d'Etat. Le problème de la contrainte civile légitime est d'emblée celui de l'existence d'une société politiquement constituée et de cette forme de société dont la Cité rend directement témoignage. **La politique aristotélicienne n'est pas une théorie du pouvoir mais une science pratique des conditions de possibilité d'une action raisonnable — le sens de cette action (raisonnable) étant défini par l'ordre des fins (des biens) auxquelles elle se rapporte et s'ordonne**, tels que cet ordre s'offre à la compréhension des acteurs au sein de la communauté que chacun forme avec les autres dans la visée de ces fins à titre d'être politique, d'être agissant et d'être parlant — vivant doué du logos. La *koinonia* — COMMUNAUTE dont la polis est la forme aboutie est tout à la fois le projet commun qui réunit les individus parlants, dans leur vouloir d'action, et la figure concrète de son institution.

Les travaux les plus éclairants sur le sujet sont ceux de Manfred Friedel. Voir notamment l'article « *bürgerliche Gesellschaft* » dans le *Dictionnaire* de Ritter t.3 p.466 (non traduit). Le commentateur montre que l'interprétation de la « Cité » comme « communauté politique » remonte au seul Aristote et que c'est Aristote qui a introduit dans la langue de la politique l'expression « *politikè koinônia* ». Le concept ne se rencontre pas avant Aristote, ni chez les présocratiques, ni chez Platon. S'il fait partie des expressions qui pouvaient être utilisées pour désigner occasionnellement la *Polis*, c'est dans le contexte théorique de la philosophie aristotélicienne qu'il reçoit sa clarification et sa justification, qu'il prend un sens rigoureux. Il est vrai que le terme *koinônia* est un terme fondamental de la pensée platonicienne, mais son sens reste équivoque dans les grands dialogues « politiques » platoniciens. Dans la Lettre III 316d, Platon nie qu'il aurait existé entre lui et le tyran Denys une *koinônia politikon* : une communauté dans les affaires politiques. Ce qui est visé, à ce titre, n'est donc pas l'institution en tant que telle, la *Polis* en tant qu'elle est pour le « vivant humain », agissant essentiellement par la « praxis », la condition d'une vie sensée. La « communauté » n'a trait ici qu'à l'action déterminée qui concerne la Cité. La situation concrète dans laquelle Denys et Platon seraient censés avoir agi de concert, confère à la réalité politique de cette action une consistance propre, qui se traduit par la substantification de l'adjectif : « communauté » (des) choses *politiques*, tandis que le rapport de « communauté » est limité aux deux partenaires à l'intérieur de la situation singulière. Platon, à la différence d'Aristote, ne constitue pas en unité les deux notions. L'expression la plus courante préfigurant le concept aristotélicien est l'appel que fait Socrate au *koinon tes polos*, au « commun » de la Cité (*Criton* 50a). Elle se rattache à l'équation *koinon-Polis* apparue avec Héraclite. Le champ d'action du *koinon* : le commun à tous les citoyens est en principe opposé au idion, le domaine de ce qui est propre à chacun en particulier et donc sépare le idion du koinon. Mais dans le *Criton*, le *koinon* reste lié à la situation spécifique du dialogue :

ce qu'il vise n'est pas le commun de l'Institution polis comme concept, mais la communauté qui constitue cette ville déterminée, Athènes, à laquelle Socrate appartient. Dans les rares passages où Platon définit la Polis, il emploie le terme *synoikia*, l'habitation jointe à une autre, renvoyant par-là à l'acte fondateur de l'institution (*les synoikia* désignaient aussi la fête donnée à Athènes en l'honneur de Thésée qui avait réuni les habitants du pays autrefois dispersé — cf. République 369b). Platon ne dispose pas d'un terme pour désigner l'institution même et *koinonia* n'est pas chez lui pris dans ce sens.

C'est en ce sens qu'on peut dire que la POLITIKE PRAGMATEIA (cf. Weil, *Philosophie politique*, Introduction : définition de la philosophie politique. Cf. également la présentation d'Edmond p.12) est l'application du penser philosophique, de sa méthode, à la forme de vie en commun dont la philosophie tire elle-même son origine. Elle a pour fin, comme le note Strauss, de remplacer *l'opinion* relative à la nature des choses politiques par la *connaissance* de la nature des choses politiques — autrement dit de *clarifier les concepts politiques fondamentaux*.

Une telle visée est inséparable d'une tentative de *justification* portant sur l'institution, comprise en ces termes, avec la relation d'autorité que celle-ci met en oeuvre. Aussi cette philosophie politique ne regarde-t-elle pas en direction du pouvoir souverain, mais du **MEILLEUR REGIME — de l'institution dernière (ou première), de cette forme de vie supérieure qu'elle identifie dans la polis et qui requiert justification**. La question du droit et du juste est la question du **POUVOIR qui donne force à la Loi**⁴⁸. Et la question du pouvoir, de l'AUTORITE — au sens aristotélicien de l'ARCHEIN- est la question même de la société des hommes : comment se fait-il que cette société engendre sous les espèces de la communauté appelée Cité **une relation d'autorité spécifique et fondatrice qui fait que le vivre ensemble ne se ramène pas à la formation de sociétés, de liens entre les hommes, qui s'expliqueraient suffisamment par les conditions naturelles de leur apparition ou les contingences empiriques des rencontres** (sociétés qui ont un fondement *naturel* comme la famille, ou société par *homologia*, qui rentrent les unes et les autres dans la constitution de la communauté politique, une communauté qui englobe toutes les autres plutôt qu'elle ne fait nombre avec elle).

Comment comprendre et justifier que la société des hommes soit politiquement constituée — qu'elle forme Cité, qu'elle soit non une société face à l'Etat, mais une Cité-Etat si on peut s'autoriser cette expression anachronique pour expliquer qu'il convient de ne pas opposer l'une à l'autre, société et Etat. On lira dans *La Cité et l'homme* de Strauss, le début du chapitre sur Aristote : chez ce dernier, la **POLITIQUE, le gouvernement des hommes, n'est pas un élément surajouté à une société déjà constituée mais une dimension constitutive de cette société même..** Tel est le contexte « politique », originel et originaire, de notre question.

La question du Juste naturel et de la distinction entre juste naturel et juste légal est abordée par Aristote thématiquement dans un passage — difficile et controversé — d'une vingtaine de lignes qui traite du **JUSTE POLITIQUE, c'est-à-dire des rapports qu'entretiennent entre eux les membres libres et égaux d'une communauté qui a l'autarcie pour visée**.

On lira ici *l'Ethique à Nicomaque* livre V 7 1131b7-8-1135 a 7 (Vrin, p.228-252). Et son commentaire essentiel par P. Aubenque dans «La loi selon Aristote » in *Archives de philosophie du droit* Sirey 1980 (cf. Bibliographie). Vous trouverez également en Annexe (page 43) une explication de ce texte d'Aristote.

⁴⁸ Cf. Introduction à l'article sur le Droit naturel cité ci-dessus.

Essayons d'apporter les éléments pour une compréhension politique de la question : pour une compréhension aristotélicienne de la forme politique concernée où se noue le rapport du Juste à l'ordre du *nomos* (loi). La constitution de ce lien entre le naturel et le légal au sein du juste politique est antérieure à son interprétation. Reportons-nous au commencement de la *Politique* d'Aristote.

Il est remarquable que le point de départ de l'analyse aristotélicienne ne soit pas le concept du pouvoir en tant que tel, de ce qu'Aristote appelle *Archè*, mais la critique d'une conception erronée du pouvoir, cette opinion pourrait-elle se recommander du titre philosophique ou coïncider avec la lettre de ce que Platon ou Xénophon par exemple enseignent sur le sujet. Il est faux de dire que le pouvoir est toujours et partout identique à lui-même, partout le même.

Le pouvoir n'est pas n'importe quel pouvoir. Ajoutons pour préciser la pensée d'Aristote et pour l'opposer aux représentations de notre temps que si le pouvoir était toujours le pouvoir, qu'il s'agisse de la société familiale, par exemple, ou d'une société politiquement constituée, d'une tyrannie ou d'une république, de la cité grecque ou carthaginoise ou de l'empire asiatique, le **POUVOIR** serait une figure de l'infini, de l'indéterminé (*apeiron*) au même titre que le plaisir dans le *Philèbe* de Platon. Aristote ne connaît pas la généralité vide du concept de pouvoir, ni le pouvoir d'Etat comme objet adéquat de la science politique, mais **des relations d'autorité définies, orientées et spécifiques qui ne peuvent être convenablement interprétées qu'au sein de l'ensemble concret où elles apparaissent. La relation de « pouvoir » est, en ce sens, au coeur de la relation « sociale » au sens aristotélicien de la *koinonia*.**

Aristote échappe à l'abstraction du pouvoir, ou bien, pour le dire autrement, le pouvoir comme tel, abstraitement considéré, échappe à la manière aristotélicienne de penser dans la mesure où, au seuil de sa politique, Aristote détermine la Cité comme communauté politique, *koinonia politikè*, et où, du même mouvement, il entreprend de comprendre les différentes formes d'autorité dans leur spécificité par la compréhension des « sociétés », des formes de vie en commun, auxquelles elles répondent. Il faut comprendre ce que Cité veut dire, ce qu'est la *polis* dans son essence. On doit lire ici *Politique* Livre I, fin du 1^{er} paragraphe — ce qu'est la communauté appelée Cité (Belles Lettres p.14-15, 52sq.) — pour comprendre d'une part ce que pouvoir et pouvoir politique veulent dire et d'autre part que les différentes autorités ne se distinguent pas à raison du nombre de ceux qui sont assujettis au pouvoir, mais en fonction d'un critère *qualitatif*, la fin visée par chacune de ces communautés.

Tout le commencement de la politique aristotélicienne n'est rien d'autre qu'une **mise en évidence de la synonymie foncière existant entre Polis et communauté politique : la cité est société — association de citoyens — et la *koinonia* est en tant que telle politiquement constituée.** La particularité grecque de la *polis* coïncide avec sa spécificité philosophique. On peut dire que les termes mêmes dans lesquels la question du pouvoir est posée tirent la réflexion philosophique dans l'horizon de l'institution avec les rapports d'association et de domination : les relations *politiques* telles qu'elles sont données dans l'expérience du citoyen. L'analyse *génétique* du Livre I par le moyen de laquelle Aristote récapitule ce qu'on pourrait appeler l'histoire philosophique de la formation de la *polis* a précisément pour fin de fonder l'équation cité = communauté politique en mettant en évidence, avec sa « naturalité, l'antériorité ontologique de la communauté politique par rapport aux communautés qui la précèdent dans l'ordre du devenir. Les associations « naturelles » - homme-femme, parents-enfants, maître-esclave- tout comme celles qui naissent par *homologia* dans le commerce

entre les hommes, ne constituent pas entre l'individu et la Cité un domaine qui aurait sa consistance propre. « Toutes les communautés » - dans lesquelles la Cité se décompose plutôt qu'elles ne la composent ou la constituent — « semblent être des parties de la communauté politique » (*Ethique à Nicomaque* 1160a8 et a28 : Vrin, p.408, 409-410). Elles renvoient à ce terme fondateur de toute communauté et de tout sens de communauté qu'est la *polis* et auquel conviennent tout aussi bien — ou tout aussi mal — le terme Etat que le terme Société.

Qu'est à son tour la KOINONIA POLITIKE ? Une société de citoyens libres et égaux. Il est essentiel à la communauté politique de réunir de tels citoyens : elle est, à ce titre, la communauté des <êtres> libres (*koinonia ton eleutheron*) et la communauté des égaux (*koinonia ton homoion*). On se reportera ici à *Politique* III 6 1279 a21 ; VII 8 1328 a 35-37 (Belles Lettres, p.67,78).

Entendons que **la cité associe des égaux — des hommes qui participent d'une même nature** -, à la différence des rois légendaires et de leurs sujets dans le rapport royal d'autorité évoqué au commencement, qui n'appartient pas à l'époque de la Cité. Elle associe des hommes libres, des hommes qui ne sont pas esclaves et qui sont donc en position de maîtrise dans la sphère de *l'oikos* (la maison domestique, la maisonnée comprenant le maître de maison, femme, enfants, esclaves).

Ce serait une lecture anachronique d'en conclure qu'Aristote fait reposer l'institution de la Cité sur la liberté et sur l'égalité comme principes. Il dit plutôt que la Cité se distingue parmi toutes les sociétés existantes en ce que les hommes libres et les citoyens considérés comme égaux y sont respectivement source et sujet de l'autorité. **Association de citoyens, la Cité est une association d'hommes libres** ; leur liberté présuppose le pouvoir, l'exercice de l'autorité sous deux espèces : d'une part l'autorité *despotique*, celle qui s'exerce sur une maisonnée (*l'oikos*, ou le *despotès* signifie le père de famille) et ce qui ressortit à celle-ci — le pouvoir qu'on exerce sur les non-libres (les esclaves), sur ceux qui ne sont pas encore libres (les enfants), sur les êtres libres de moindre droit (les femmes) ; D'autre part l'autorité politique qui s'exerce sur des citoyens et qui est caractérisée comme une autorité entre égaux. (Cf. *Politique* 1255b 16-20 : Belles Lettres p.22-23).

C'est dans un tel contexte qu'Aristote formule le principe : *l'homme est par nature un vivant politique (un être de cité, zoom politikon)*, en liaison avec : *seul parmi les animaux, l'homme est doué de la parole*.

Il est remarquable que c'est après s'être assuré de la naturalité-antériorité de la Cité (1253a : Belles Lettres p.15), après avoir justifié par son *telos* (sa finalité) la forme de communauté qui revient en propre à la *polis*, et fait apparaître celle-ci comme fin en soi ou fin de nature, qu'Aristote énonce ce double philosophème.

Dans ce contexte, Aristote ne veut pas dire (on ne saurait lui faire dire) que les hommes organisent de fait leur vie dans le cadre d'une Cité, ce qui ne serait pas historiquement vrai. Il ne dit pas non plus, ou du moins pas seulement, qu'il existe des conditions *naturelles* de l'apparition de la *polis*. Cela serait s'interdire de comprendre la Cité dans sa nature propre (*le Bien-vivre*) en l'interprétant à partir de vivre et manquer le sens de « retoui ..i. l'origine » mis en œuvre par le projet de comprendre la communauté politique.

Quand il invoque le VIVANT ETRE DE CITE **qu'est l'homme par nature, homme par ailleurs doué par nature de langage raisonnable**, Aristote veut plutôt signifier qu'avec la *polis*, la forme grecque de l'organisation politique, et avec la Cité comprise comme communauté politique, est entrée dans l'histoire une forme de société dans laquelle l'homme est devenu le sujet de la *politessè*, de la constitution politique. La *polis* est la nature *réalisée* de l'homme. Autrement dit : la nature de l'homme fonde tant les institutions que le pouvoir politique.

Aristote le confirme en parlant le langage du Juste et de la Loi après celui de la théologie de la nature. L'homme est dans un premier temps compris téléologiquement comme être de cité et il est, deuxièmement, le seul animal doué de langage raisonnable. La définition de l'homme par le *logos* (parole : langage et raison) vient après la définition de l'homme par la Cité et fonde cette dernière. L'homme fondement de l'institution et du pouvoir qu'elle exerce est l'homme que la nature a pourvu de *logos* et qui est capable à ce titre de penser le Juste et l'injuste, de viser des fins et de poser des valeurs, et donc capable de lien politique où la vertu de Justice s'accomplira⁴⁹.

L'homme est un animal politique plus que n'importe quel animal grégaire. La manière dont Aristote le démontre n'est pas sans difficulté. Seul parmi les animaux, l'homme possède langage de raison. Or le langage, dit Aristote, existe en vue de manifester l'avantageux et le nuisible et par suite aussi (par voie de conséquence), le juste et l'injuste. La Cité est formée par des hommes qui ont en commun la perception du juste. Comment faut-il comprendre le « par suite » ? Si le calcul de l'utilité qui nous permet un recul par rapport au plaisir et au déplaisir, au douloureux et à l'agréable, est critère de rationalité dans le discours, pourquoi des êtres capables de penser en termes d'utilité devraient-ils penser (ou parler) en termes de Justice et de Bien commun ?

Aristote n'a donc pas explicité toute sa pensée quand il introduit la comparaison de l'homme et de l'animal social. On conçoit que la raison qui témoigne d'elle-même dans le calcul de l'utile soit nécessaire à la détermination du Juste, mais pourquoi Aristote dit-il « par voie de conséquence » ? Des hommes qui calculent leur intérêt se réunissent dans une visée commune de Justice. Ceci ne semble pas découler de cela. L'explication vient à la fin⁵⁰. De tous les animaux, l'homme est le pire des animaux quand il est sans vertu. Il se distingue parmi les vivants, non seulement parce qu'il a le *logos*, mais parce qu'à ce titre il est capable d'un plus grand dérèglement que l'animal.

« Du fait même qu'un homme accompli est le meilleur des animaux, quand il a rompu avec la loi et la justice, il est le pire de tous. Et la plus terrible des injustes est celle qui a des armes. Or l'homme vient au monde pourvu d'armes qui doivent le rendre sage et vertueux ; mais il peut en user pour des fins absolument inverses. C'est pourquoi l'homme est tellement impie et féroce quand il est sans vertu et il est le pire des animaux dans ses dérèglements sexuels et gloutons ».
(Aristote, *La politique*, I §6)

La nature de l'animal ne lui permet pas de déroger à l'ordre des conditions naturelles qui président à la recherche et à la satisfaction de son utilité propre. Avec le *logos* entre en scène une marge de liberté dont l'homme peut mésuser et qui doit exister pour que l'homme puisse réaliser sa nature.

Aussi la fin du paragraphe qui introduit la *DIKE* (la notion de juste, de justice) — et avec elle le droit comme ordre de la communauté politique — éclaire-t-elle bien le contexte dans lequel Aristote introduit le juste et l'injuste en rapport à l'avantageux et à l'utile : la qualité d'être doué de *logos* appelle un élément de contrainte qui ne peut être exercé que par la communauté politique. La Cité est nécessaire tant à la pleine actualisation de la raison qu'à l'humanisation d'une marge de liberté qui est donnée avec elle. En d'autres termes, la nature même de l'homme, sa définition par une raison essentielle rend nécessaire la CONTRAINTE CIVILE. La naturalité de la Cité ainsi comprise n'exclut pas mais appelle cette contrainte. L'humaine capacité de dépasser le plan de l'immédiateté du plaisir et de la douleur, de

⁴⁹ Cf. Aristote, *La Politique*, Livre I, Nathan (Intégrale), p.40-41.

⁵⁰ Ibid. p.41 §6.

manifester l'utile et le nuisible, comporte une possibilité de déchéance qui appelle la Cité, lieu et garant de la vertu de Justice.

« C'est la notion de juste qui introduit un ordre dans la communauté politique, et le pouvoir judiciaire marque la frontière entre le juste et l'injuste »
(Aristote, *La Politique*, Livre I, fin du ch. II).

La raison pense le Juste et le pense politiquement, pense la Cité comme nécessaire à son actualisation parce que la capacité qui est impliquée dans le calcul de l'utilité s'apparaît à elle-même comme un pouvoir redoutable.

En conclusion : 1/l'homme est le sujet de la polis 2/ la notion de Juste introduit un ordre dans la Cité. En d'autres termes : le DROIT — **l'ordre constitutionnel des rapports entre les hommes** et la communauté politique, forment une unité. Le Droit ne lui préexiste pas sous les espèces d'un droit qui reviendrait à l'homme — abstraitement considéré — d'avoir part à la chose politique. Aristote ne connaît pas un tel droit de l'homme en tant qu'homme. L'homme en tant qu'homme, soustrait à la communauté, est un animal. L'explication que nous avons donnée du passage de la manifestation de l'utile et du nuisible à celle du juste et de l'injuste montre qu'Aristote, qui part de l'analyse des formes politiques données dans l'expérience historique, n'a pas thématiqué, puis développé la question de savoir de quelle façon la communauté politique et le pouvoir qu'elle met en oeuvre doivent être institués pour satisfaire à sa définition de l'homme. La mise en place de la communauté politique, l'invention de la *koinonia politiké* est position de la nature — et de la nature de l'homme comme fondement de l'institution politique, mais le rapport entre Homme et Cité reste dans l'ombre. Le double philosophème aristotélicien — l'homme *être de cité* et l'homme *animal raisonnable* — ne fournit pas les principes de ce qui serait une doctrine aristotélicienne du droit politique dans laquelle Aristote chercherait à légitimer l'exercice du pouvoir dans la Cité à partir du concept de la communauté politique qu'il a découvert. Il lui suffit d'opposer terme à terme les deux espèces naturelles de l'autorité et de trouver dans cette opposition même un critère suffisant pour juger des institutions.

5. LE JUSTE DE NATURE INVALIDE. CHEZ ARISTOTE L'IDEE DE LA LOI DE NATURE

Aristote dans sa Politique nous instruit autant par ce qu'il ne fait pas que par ce qu'il fait. En lisant Aristote nous comprenons la Cité, dans un langage dont les implications philosophiques mêmes ont leur répondant dans la compréhension du citoyen et qui s'appuie sur une saisie de sens commun des choses politiques ; nous concevons qu'elle est la forme de communauté qui libère l'homme pour la forme de vie qui revient en propre à l'« animal humain », la seule société capable de s'adonner à la vie d'excellence qui pour lui fait norme. Nous comprenons qu'en dehors de la nature, c'est à la communauté politique que les hommes sont redevables de leur humanité. Nous comprenons que l'homme, mais au titre de la *Physis*, est mesure de l'institution et que la double définition de l'homme a le sens éclairant qu'elle prend chez Aristote seulement au sein d'un univers téléologique. Nous comprenons que l'être de l'homme, sa nature indissolublement *rationnelle et politique*, fonde les conditions empiriques de l'apparition de la Cité, le procès même de son devenir et fournit la clé de son histoire philosophique, telle que nous la restituons le premier Livre de la *Politique*. Nous ne voyons pas pour autant quelles conclusions l'auteur en tire au plan d'une théorie définie du droit et de l'Etat. Aristote connaît la définition essentielle de l'homme comme être doué du *logos*, capable à ce titre de poser des valeurs et de viser des fins, il connaît l'homme comme

être de Cité, l'appartenance *naturelle* de l'homme à la Cité dans son accomplissement ; il connaît la nature *politique* de la justice et l'unité fondatrice pour la Cité, de la communauté politique et du droit, une communauté politique que définit par conséquent l'ordre normatif (*taxis*) des rapports rationnels entre les hommes ; il connaît d'autre part la question — puisqu'il est le premier à la poser en philosophe — de ce qui constitue l'ordre politique dans sa spécificité et de ce qui fait la spécificité du pouvoir politique : la question du pouvoir politique — la question du pouvoir sous les espèces de la question de la communauté politique. Mais l'analyse aristotélicienne ne s'engage pas vers une application des principes qu'il a découverts et qui en ferait les principes d'une doctrine philosophique du droit politique, telle que l'élaboreront les philosophes du droit naturel moderne et du contrat social. Aristote, pour des raisons de méthode et pour des raisons qui tiennent à l'essence de sa philosophie, n'a pas développé une théorie du contrat fondateur de l'Etat.

Certes, il ne sera pas surprenant de ne pas trouver, chez le fondateur de la pensée philosophique de la politique, pour qui une vie conforme à la nature est déjà civile et politique, un concept devenu nécessaire au jusnaturalisme à venir. Ce que nous voulons mettre ici en évidence, c'est que cette absence, cette négation, recouvre chez Aristote une zone d'ombre, un demi-jour qui est précisément celui à la faveur duquel sa démarche de philosophe politique s'infléchit vers l'étude des formes politiques données dans la réalité de l'histoire. On peut dire qu'à l'intérieur de son propre cadre déjà, l'analyse aristotélicienne ne tient pas exactement ce qu'elle promet ou paraît promettre (au lecteur moderne), et qu'Aristote n'a pas suffisamment éclairé le lien qu'il y a entre Homme et *Cité*, un lien qu'il a lui-même tissé.

Or un article comme celui de Weil sur le *Droit naturel*, qui critique l'idée de la loi naturelle des modernes au nom de la distinction aristotélicienne du Juste par nature et de l'ordre du *nomos*, porterait plutôt au crédit d'Aristote *le fait qu'il n'ait pas cherché à déduire ou à construire les institutions de tout Etat juste*. On pourrait dire — et cette remarque est essentielle pour comprendre — que le jusnaturalisme moderne répond, dans la nouvelle façon qu'il a de concevoir le rapport du droit et du juste, à une question qu'Aristote dans sa sagesse avait laissée en suspens et que, si cette réponse ne satisfait pas par exemple un aristotélicien comme Weil, ce silence (historique !) n'en est pas moins *la condition d'existence de ce jusnaturalisme*. La communauté politique — la Cité grecque et son *nomos* — exhibe un lien entre société et pouvoir qui obéit à la norme de Justice, et ce lien, dont l'existence est toujours présumée au même titre que celui qui constitue en unité toute autre forme d'association avec le rapport spécifique d'autorité qu'elle implique, n'a nul besoin d'être construit, puisqu'il est suffisamment compréhensible par analogie avec le procès d'une nature téléologique. La légitimité de l'institution s'absorbe pour ainsi dire dans sa naturalité. Entre le pouvoir qui est défini, délimité par la Loi, celui qui s'exerce sur et parmi des hommes libres, et le pouvoir qui ne connaît pas de lois, le pouvoir illimité sur ceux qui ne sont pas libres, *la différence est elle-même de nature*. Le pouvoir *politique* vise l'intérêt commun du gouvernant et du gouverné dans l'ordre de la VIE BONNE, c'est-à-dire un ordre où les critères d'appréciation ne relèvent pas de la nécessité. Or ces critères mêmes dispensent Aristote d'apporter dans la forme due une réponse au problème de la légitimité de la contrainte civile. Et même ils lui interdisent cette réponse : si la vie bonne — sous le signe de l'excellence (*aretè*) et du bonheur (*eudaimonia*) *justifie* le pouvoir, la contrainte est inutile pour des hommes libres qui sont en accord avec cette fin. Ceux qui ne le sont pas (la multitude, *oi polloi*), doivent être *contraints* à la vie bonne, mais cette contrainte n'est plus légiférable en l'absence de critère reconnu et retourne à ce qu'Aristote appelle *Bia*, un rapport de force qui ne repose pas sur la loi et le consentement du gouverné. Le détour par lequel Aristote reconnaît dans le Livre I que la

présence du *logos* dans l'animal humain appelle la contrainte, montre aussi que cette contrainte n'est pas, en dernière analyse, *justifiable sur le plan du droit*.

REPRISE DE LA PROBLEMATIQUE PAR LE JUSNATURALISME MODERNE : LE
PROJET DE CONSTRUIRE UN SYSTEME DE DROIT NATUREL SUR LA NATURA SOCIALIS DE
CHEZ GROTIUS

Le premier penseur du droit et de la politique qui comble — à tout le moins en principe la lacune d'Aristote, reste aristotélien par sa reprise de l'idée aristotélienne d'une socialité naturelle à l'homme. Il s'agit de Hugo Grotius (1583-1645) qui passe pour le premier penseur du droit naturel moderne, et avec lequel l'idée de contrat fait une entrée subreptice dans le champ de la philosophie politique. Mais l'aristotélisme de Grotius n'est que *reprise* au sens qu'E. Weil donne à cette notion : pensée dans un langage ancien d'un rapport nouveau entre le droit et le juste.

C'est à Grotius qu'il faut faire remonter l'idée d'un DROIT NATUREL conçu comme **un ordre de rapports entre les hommes qui viendrait et vaudrait avant l'Etat et en dehors de lui, dans l'état de nature, qui se maintiendrait dans l'institution, à côté du droit positif, voire vaudrait à l'encontre de celle-ci comme droit inaliénable des hommes, de telle sorte que la non coïncidence de l'ordre politique donné avec ce droit naturel invaliderait purement et simplement le premier.** Grotius en effet affirme au départ la nature rationnelle et sociale de l'individu humain (la *socialis rationalis natura*) et fait de cette nature non seulement le critère d'appréciation de ce qui est juste mais le point de départ d'une construction de l'édifice entier du droit et de l'Etat. Le juste de nature aristotélien devient ainsi système de législation concrète.

Grotius définit le DROIT NATUREL, dit en quoi il consiste :

« il consiste dans certains principes de la Droite raison qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une Nature raisonnable et sociable ; et par conséquent que Dieu, qui est l'Auteur de la nature, ordonne ou défend une telle action ».
(Grotius, *De jure belli ac paci* Livre I ch. 3 §X.1).

Mais Grotius apporte plus qu'une simple définition : il élabore le concept de la doctrine nouvelle. En effet tout droit et donc les principes mêmes du droit politique qui vont constituer la doctrine de la loi naturelle publique découlent du concept de la **nature raisonnable et sociale**. La NATURE HUMAINE ainsi définie est le **principe du droit et la source de tout droit**. En d'autres termes, il est essentiel au droit de Grotius, à la détermination jusnaturaliste concrète, d'être ainsi déduite et construite. La *natura socialis* comme trait pertinent de la nature de l'individu importe moins que la construction qu'elle permet. Le critère de sa cohérence est la seule convenance ou disconvenance nécessaire avec la *natura socialis*. L'auteur explique dans ce même contexte que l'individu humain est habité par la disposition naturelle à faire communauté avec son semblable. Il ne s'agit pas de la simple réciprocité de la dépendance physique à l'endroit du besoin. La *communauté* visée n'est pas seulement celle des êtres besogneux, mais une *communauté* définie par le désir de rapports pacifiques et sensés entre ses membres, le désir d'un état, d'une condition où l'on puisse parvenir soi-même et les autres à une satisfaction commune. Telle est la nature sociale qui est le principe du droit et de la *Civitas*, et son principe *unique* puisque tout ce qui en découle est *jus naturae*, que ce *jus* est ce qui est juste, obligatoire, ce dont le contraire est injuste, interdit, ce qui est immuable. Ce qui est de droit naturel, entendons ce qui s'ensuit par nécessité de la

détermination fondatrice, fait droit pour tous les peuples et pour tous les pays et Dieu lui-même n'y peut rien changer (cf. §X.5).

On voit que Grotius allègue deux fois **la raison** : Le **DROIT NATUREL** est **ce que la raison déduit. Elle est la nécessité même qui préside à la construction et lui confère son irrécusable autorité** et elle entre en scène à côté de la *natura socialis* et conjointement avec elle — *natura socialis* qui fournit le point de départ requis par la déduction. Autrement dit, la nature sociale est elle-même un principe juridique purement rationnel. Purement rationnel, il n'a rien à voir avec une législation donnée, positive, de quelque nature qu'elle soit, législation à laquelle il substitue son système propre, et ce système, certes indépendant de tout droit positif, ne doit pas son caractère rationnel spécifique à cette indépendance même mais à son lieu d'origine, au fait qu'il a sa source dans la raison de l'individu. **Ce qui fait la rationalité de ce droit est donc le principe qui préside à sa connaissance : la raison.**

Qu'est-ce qui à son tour définit cette raison ? Grotius précise : Dieu lui-même ne pourrait rien changer au contact qui émerge dans la déduction, de sorte que, sauf à en briser la forme, les déterminations de droit naturel resteraient valides même si par hypothèse Dieu n'existait pas. **La raison qui construit et définit le droit naturel est donc une raison qui fait abstraction de Dieu, ce qui veut dire aussi bien de tout ordre donné de rapports entre les hommes, qu'il soit créé par Dieu, qu'il s'inscrive dans une nature sensée comme chez Aristote, qu'il soit interprété comme le résultat d'une histoire.**

Le droit naturel défini par Grotius entretient un rapport essentiel avec une raison que cette capacité d'abstraction définit à son tour, c'est-à-dire un pouvoir de détachement de tout sens donné, *de dé-liaison d'avec tout lien historique existant*. Dieu ordonne ou défend ce que la nature sociale prescrit ou interdit, une nature sociale qui est elle-même un pur réquisit de la rationalité qui en déduit les figures concrètes, déterminées, du juste et de l'injuste. La nature sociale de Grotius tourne le dos à l'intention aristotélicienne en ce qu'elle détourne d'un donné à comprendre au profit des seules conséquences qui s'ensuivent logiquement d

posé au départ. Grotius

politique

constitution une nécessité qui la justifie.

Nous ne nous demanderons pas ici si Grotius vient réellement à bout de sa construction, si la doctrine tient effectivement tout ce qu'elle promet ou si elle n'en vient pas à se contredire elle-même en justifiant par exemple le contrat d'esclavage, comme Rousseau le reproch

Initiateur de la pensée jusnaturaliste moderne ne complète pas tant Aristote en l'exigence et le principe d'une déduction de la *taxis* de la communauté politique et en réaffirmant la socialité de l'homme, qu'il n'altère profondément l'esprit de la politique aristotélicienne. Il y a pour ainsi dire homonymie dans le langage par lequel l'un et l'autre attribue la socialité à l'homme : Aristote pense sous cette nature sociale (politique) la puissance universelle qui détermine les hommes à une vie à l'intérieur de la Cité, forme accomplie de la communauté, alors que la socialité selon Grotius est une tendance *de l'individu comme tel, abstraitement considéré*. La nature pour Aristote achève dans la Cité ce qu'elle inaugure dans les « *communautés infimes* »⁸. Elle accomplit, mène à bonne fin dans la communauté politique dont le droit est l'ordre, ce qu'elle ne saurait complètement réaliser dans le domaine de *l'oikos* par exemple. C'est ainsi que l'homme est un vivant politique. Selon Grotius au contraire, l'homme est d'abord défini par *un besoin de société* (un besoin dont l'auteur estime nécessaire de supposer l'existence pour répondre adéquatement à la question d'Aristote : qu'est-ce qu'une Cité ? — avec tous les réquisits que la question implique s'agissant du juste et du droit. Et il s'ensuit que l'Etat, la *Civitas*, est une fin naturelle de

l'homme. Aristote nous dit ou devrait nous dire comment la communauté politique doit être constituée pour être en accord avec sa nature et Grotius commente : elle doit l'être pour satisfaire à la nature de l'individu.

7. LA RUPTURE HOBBSIENNE AVEC LES PREMSES CLASSIQUES DE LA POLITIQUE. LA FONDATION DU DROIT JUSTE ET DU LEGAL SUR LE CONTRAT ET LA REDUCTION DE LA DIFFERENCE DU

Rejeter l'idée d'une socialité naturelle n'est pas renoncer à répondre à la question d'Aristote dans un système jusnaturaliste qui fonde la communauté politique dans la nature de l'individu. C'est ce que montre le pas suivant, accompli par Hobbes. Hobbes en effet ne rejette l'idée d'une disposition naturelle de l'individu à la société, où s'exprime pour lui « une trop légère contemplation » de la nature humaine que pour mieux honorer l'intention constructiviste qui chez Grotius commandait cette hypothèse. Le premier philosophe politique qui rompt radicalement avec la politique classique (au plan des fondements d'une théorie du Droit et de l'Etat), Hobbes, n'est donc pas aussi éloigné qu'on pourrait le croire de l'inventeur du système moderne de la socialité.

Plus précisément, plus rigoureux que son prédécesseur, il montre que l'intention d'édifier le droit et l'Etat sur la « nature humaine » n'a nul besoin de recourir à l'idée d'une disposition naturelle à la société, venue d'un autre univers. La « disposition à la relation » que l'entreprise de la philosophie politique présuppose en effet n'est pas « une disposition à la société politique ». On peut donc, sans crainte d'annuler « dans son principe même le projet d'une philosophie politique » éviter de se donner ce qu'il convient d'expliquer (cf. à ce sujet l'ouvrage cité de Y-Ch. Zarka, p.56, pourvu qu'on distingue soigneusement les deux « dispositions », sur le fond de cette distinction et de la négation de l'appetitus social, l'anthropologie hobbesienne découvre l'appétit de jouissance sensible dont la forme humaine est le désir d'un plaisir sûr, le désir de puissance et le désir de reconnaissance comme constitutifs de l'homme.

Bien que n'ayant pas la même dignité, ces deux derniers, pour la conscience qui opère un retour radical sur soi et qui va au fond des choses dans ce retour, se révélant comme source d'inégalité et conflits entre des hommes qui finissent par découvrir leur égalité foncière devant le risque de la mort violente qu'ils peuvent réciproquement s'infliger. La relation constitutive de la société politique naît quand, éclairés par la crainte de la mort violente, les hommes dont le désir de gloire n'égarera plus l'aspiration à la puissance vont chercher à vivre en paix et, par amour pour la sécurité, à s'associer ou jouir des biens de ce monde. Vous trouverez en Annexe (page 51) l'explication d'un texte de Hobbes.

QUESTION DE LA SOUVERAINETE ET LA PENSEE DES DROITS DE L'HOMME

L. Strauss soutient l'idée — qui peut paraître paradoxale — qu'il faut chercher chez Hobbes (1588-1679), théoricien de l'absolutisme, les prémisses du libéralisme et d'une doctrine des droits de l'homme⁵¹. Hobbes est à coup sûr le premier penseur proprement moderne du droit et de la politique, celui qui brise radicalement avec les prémisses classiques aristotéliennes de la politique. Il est aussi *le premier à faire reposer en toute clarté la communauté politique sur un Contrat passé entre les individus abstraitement considérés en tant que tels*. Les lignes

⁵¹ Cf. L. Strauss, *La science politique de Hobbes*, Belin, et le chapitre « Hobbes » de *Droit naturel et histoire*.

qui suivent veulent éclairer le paradoxe hobbesien en tant qu'il est caractéristique de la modernité : le renouveau de la réflexion sur Hobbes montre que sa pensée n'appartient pas toute entière à l'histoire et à une histoire des doctrines politiques.

On montrera 1/ que la philosophie du contrat social hobbesien pose dans toute son ampleur et dans son universalité le problème du droit et de la politique. Elle substitue à la question classique du meilleur régime dont la légitimité est fonction de sa possibilité la question de l'ordre juste radicalement entendue⁵² 2/ que l'élaboration hobbesienne de cette question et la réponse apportée par la théorie met en danger de manière non accidentelle ce que Hobbes cherche à fonder et compromet la doctrine même de la loi naturelle publique dont Hobbes est l'inventeur. La réfutation de Hobbes appartient en ce sens à l'histoire de la philosophie politique moderne, et cette histoire est dialectique. Ce n'est pas un hasard si Kant sous-titre « Contre Hobbes » le texte où il résume le plus clairement sa doctrine des principes de droit politique. Ce « Contre Hobbes », où ce que Hobbes a pensé est *aufgehoben* — nié, conservé, transposé à un plan supérieur — permet à la vérité *moderne* du droit et de la politique d'advenir. C'est une autre question de savoir si l'interprétation critique de Kant épuise le sens de la pensée hobbesienne.

Le contrat de *chacun* avec *chacun* au profit d'un *Tiers* qui ne rentre pas dans la réciprocité du contr — contrat par lequel chacun abandonne l'exercice d'un droit naturel rigoureusement coextensif à son pouvoir — crée la communauté politique. L'association ne découle pas de la soumission ; elle n'est pas davantage un réquisit logique de celle-ci, sa présupposition. Association et soumission sont les deux moments du lien constitué par le contrat lui-même.

C'est un *dictamen* de la droite raison (non de la nature) de quitter l'état de nature pour rechercher les conditions d'une action raisonnable des individus à l'intérieur d'un projet commun dans une société, à ce titre politiquement constituée — qu'il appartient aux hommes de créer, d'instituer. Comment ? Par un accord réciproque passé entre tous les individus : un accord sur la limitation du droit originel de chacun sur toute chose, accord qui s'impose à tous, qui est valable pour tous et pour chacun, qui est donc en ce sens *légal*, de l'ordre de la loi. La légalité de ce consensus ne suffit pas cependant à surmonter l'état de nature (défini par Hobbes comme un état de guerre de tous contre tous où nul ne peut s'approprier son droit). De même qu'il ne suffit pas de reconnaître les lois de nature que Hobbes conçoit comme des lois — hypothétiquement — prescriptives en ce qu'elles définissent les règles d'une action raisonnable ordonnée à la visée de la paix pour que l'homme s'arrache à sa condition naturelle. L'objet du CONTRAT est en même temps **construction d'une personne publique qui donne force et pouvoir d'exécution aux normes de la raison, et dont la tâche et la fonction est d'inspirer aux individus la crainte qui infléchira leurs actions dans le sens de la raison et au profit du Bien commun.** Le résultat en est le transfert au souverain du droit naturel de chacun sur tout ce qu'il peut, et donc la *légalisation* de l'Absolutisme, sa justification au plan d'une doctrine des principes du droit politique. Que cet *absolutisme* ne soit pas nécessairement ce qu'on croit, qu'il soit un absolutisme *éclairé*, que l'Etat hobbesien reconnaisse à l'individu la liberté de se détendre quand sa conservation de soi est menacée, ne change rien à la conclusion qui manifestement s'impose à nous. Le supplément de philosophie du droit que Hobbes apporte par rapport à la pensée aristotélicienne de la communauté politique, en dépassant Grotius sur sa propre ligne, régresse en fait en *deçà* de la distinction fondatrice d'Aristote entre pouvoir politique et pouvoir despotique.

⁵² Cf. L. Strauss, *Droit naturel et histoire*.

Lecture parallèle : Kant, « Du rapport de la théorie et de la pratique dans le droit politique (Contre Hobbes) » in *Théorie et Pratique* (Vrin)

Ce rappel des éléments fondamentaux de la pensée de Hobbes n'est là que pour nous permettre de nous interroger sur le sens de cette régression. Plus généralement comment se fait-il que Hobbes, dont on peut dire qu'il était insatisfait de la philosophie politique classique — dans la mesure où strictement parlant, elle laissait le rapport de pouvoir en dehors de sa juridiction — au lieu d'apporter la connaissance des vrais fondements de la politique et des vrais principes de l'obéissance, ainsi qu'il croyait l'avoir fait⁵³, comment se fait-il que Hobbes obscurcisse la différence du roi et du tyran ? Telle est la question à laquelle Kant répond dans le *Contre Hobbes*.

Kant prend position contre Hobbes de manière explicite vers la fin du long corollaire du *Contre Hobbes*⁵⁴ «Hobbes est de l'avis contraire ». Kant se rapporte au *De Cive* ch.7 §14 et exprime curieusement son désaccord avec Hobbes en disant qu'il est, lui Hobbes, de l'opinion contraire à la sienne. Laquelle ? L'idée que le peuple possède lui aussi ses droits imprescriptibles, imperdables vis-à-vis du chef de l'Etat. Kant vient de soutenir l'idée que le monarque est inviolable. Il espère qu'on ne lui reprochera pas de trop flatter le monarque d'un côté, de trop accorder au peuple d'un autre côté. Selon Hobbes, le chef de l'Etat (issu du contrat fondateur) n'est en rien lié au peuple par contrat et, quoi qu'il puisse faire, ne peut jamais commettre d'injustice envers le citoyen. Proposition effrayante, dit Kant, telle du moins que Hobbes l'entend. Elle est acceptable si on veut dire que le citoyen, censé lésé dans ses droits, ne dispose pas d'un droit de contrainte à l'égard des gouvernants : il ne s'agirait alors que d'une autre façon de dire l'inviolabilité du monarque. Mais Hobbes l'entend absolument, *universellement*. Autrement dit, la structure du contrat fondateur de l'Etat chez Hobbes, qui n'est pas une relation entre public et particulier, rend inconcevable le concept d'une telle justice. Mais c'est précisément ce qui fait selon Kant la faiblesse théorique de ce contrat — non certes de l'idée même de contrat social en tant que telle. Kant répond en ces termes à l'absolutisme hobbesien : il faut que le sujet qui n'est pas récalcitrant, réfractaire, désobéissant, *puisse faire l'hypothèse que son souverain ne veut pas lui faire tort ou commettre d'injustice à son endroit*. Partant, étant admis que 1/ tout homme a ses droits imperdables, droits auxquels nul ne peut renoncer même s'il le voulait, et que juger de ses droits est une prérogative qui revient à chacun et 2/ que l'injustice que le sujet croit souffrir ne se produit, dans cette hypothèse, que par suite d'une erreur ou de l'ignorance de certaines conséquences des lois, il faut alors que soit accordée au citoyen la prérogative de faire connaître publiquement son opinion sur ce qui dans les dispositions du souverain lui paraît être une injustice à l'endroit de la communauté. En bref, Kant réclame, face à l'arbitraire possible du souverain pouvoir, la *liberté de la plume*, dans les limites de l'amour et du respect de la constitution. En revendiquant un tel droit, Kant s'oppose à Hobbes sur le principe de l'injustice possible de l'Etat envers les particuliers. Il maintient l'existence d'un droit inamissible du peuple face à la puissance publique. Or, il convient de remarquer que Kant — en accord avec Hobbes — a commencé par poser la nécessité et le bien-fondé de l'obéissance civile. S'il est remarquable que « Hobbes est d'un avis opposé » ici, c'est justement que Kant

⁵³ Cf. *De Cive*, début et titre.

⁵⁴ Cf. Kant, *Théorie et pratique* (Vrin, p.47).

a posé *auparavant* une question à laquelle on pourrait dire qu'il apporte une réponse toute hobbesienne¹⁴.

Un peuple vit sous une constitution donnée. Il a de bonnes raisons de penser que la politique menée constitue une menace pour son bonheur (aussi bien pour sa conservation). Question : ne doit-il pas résister ? Que faire dans ce cas ? La réponse de Kant est sans équivoque. Il n'y a rien d'autre à faire qu'à obéir. *La menace probable ou vraisemblable qui sur le bonheur d'un peuple n'autorise pas un droit de résistance : Kant est hobbesien*¹ *ce rapport*. Mais quels sont les considérants de cette réponse ? Quelle est exactement la question qui porte sur le devoir ou non de résister — *sich widersetzen*, c'est-à-dire aussi bien en allemand refuser d'obtempérer et protester la-contre. Le terme allemand recouvre les deux possibilités : désobéir et élever une protestation contre une décision de justice ou une décision injuste. Le « quoi faire ? » de Kant recouvre les deux possibilités, le « rien d'autre qu'obéir » les exclut. La possibilité réelle, le seul droit que Kant puisse reconnaître par ailleurs à l'individu, ne saurait trouver son application ici et la résistance au sens de la rébellion s'exclut d'elle-même. Certains, et non des moindres, ont voulu justifier la rébellion même au nom de la menace en question. L'idée de Kant est au contraire que *la protestation n'est pas fondée, qu'elle n'est rien qui soit argumentable et a fortiori la désobéissance*.

En d'autres termes la réponse de Kant discrédite la question. Elle la défait plutôt qu'elle ne la résout en mettant en évidence le caractère intenable du présupposé sur laquelle elle repose. Cette réponse se fonde sur la *reconnaissance de la finalité de la communauté politique en tant que telle, autrement dit sur le rejet du bonheur comme principe de droit politique*. En effet : *la question n'est pas celle du bonheur (Glückseligkeit) que le sujet a à attendre de la constitution ou de l'administration de la communauté politique, la question est celle du droit qui doit être garanti à chacun par ce moyen, droit qui est le principe suprême dont il faut que découlent toutes les maximes qui concernent la communauté et qui ne peut être limité par aucun autre*.

Ainsi : il n'est pas question du bonheur mais du droit exclusivement et, s'agissant du droit, de l'assurance ou de la garantie du droit (pour chacun). Parlant du droit pur et simple comme principe, Kant n'évite donc pas *d'exclure* le bonheur et *d'ajouter* la sûreté du droit. Le discours sur le droit est un discours sur le droit sûr et un discours qui exclut la considération du bonheur. Pourquoi ces précautions ou précisions ? Pourquoi Kant ne se contente-t-il pas de dire le vrai (« le concept d'un droit extérieur en général découle entièrement du concept de la liberté dans le rapport extérieur des hommes entre eux » p.30 de *Théorie et pratique*) mais rejette-t-il le faux en tant que faux (il « n'a absolument rien à voir avec la fin qui est de façon naturelle celle de tous les hommes : l'intention de parvenir au bonheur », Ibid.) ? Kant envisage, pour le rejeter, le bonheur comme fin de l'institution publique. *Cette erreur à ne pas commettre sur le principe n'est pas une erreur quelconque*. En éliminant le principe du bonheur, Kant reconnaît par là-même l'importance de l'erreur en question pour la théorie du Droit et de l'Etat. Les réserves **jusnaturalistes à l'obéissance ne sont pas philosophiquement recevables** : elles ne se fondent **pas sur le bon principe, même si elles ont leur** répondant et pour ainsi dire leur confirmation dans l'histoire. L'objection suscitée n'est pas topique et elle est dénuée de toute pertinence. Mais pourquoi le principe du bonheur est-il justement invalidé ?

C'est qu'il ne permet pas à une relation de droit politique d'advenir. Le sujet n'a rien d'autre à faire qu'à obéir quand il croit son bonheur menacé puisque dans la relation du sujet à l'Etat, c'est du Droit et de la sûreté du droit qu'il s'agit et non de Bonheur. Mais s'il se fût agi du Bonheur comme fin de l'institution, une obéissance pure et simple, consentie certes mais qui désormais ne se fonde plus sur le consentement des gouvernés — et en tant que telle

non légiférable — serait effectivement le dernier mot, autant que le premier mot, de la doctrine civile. Et Kant d'expliquer : quand on prend le bonheur en considération, « aucun principe universellement valable ne peut être donné pour loi » ou plus précisément « il est impossible de donner pour des lois aucun principe universellement valable ». « Car aussi bien les circonstances que l'illusion pleine de contradictions et en outre sans cesse changeante où l'individu place son bonheur (personne ne peut lui prescrire où il doit le placer) font que tout principe ferme est impossible et en lui-même impropre à fonder une législation » (*Théorie et pratique*, p.40).

Kant ajoute : personne ne peut prescrire à un autre en quoi il doit placer son bonheur. Autrement dit la *Glückseligkeit* n'est pas un principe possible et s'invalide d'elle-même comme principe du droit politique. La question de l'*obéissance* ne peut pas être valablement discutée au plan d'une théorie fondée sur ce principe, qui est un pseudo-principe, un non-principe ou un contre-principe. En invalidant le principe, Kant invalide du même mouvement les réponses apportées à la question du fondement de l'obéissance et de l'autorité dans leur racine. On se souvient que Hobbes prétendait avoir, de cette obéissance, découvert les vrais fondements. La doctrine civile pour qui « tout homme a ses droits inamissibles (p.47) ne résoudra la question que si elle commence à se procurer de son principe et du Droit lui-même un concept plus adéquat et plus digne de son objet ». La substitution du bonheur au droit rend à son tour insoluble le problème de la légitimité de la contrainte civile, qu'à la place d'Aristote elle voulait résoudre.

En d'autres termes, la question, et l'évocation du Bonheur n'étaient nullement nécessaires à l'économie de la construction, à la philosophie kantienne du droit. Kant n'aurait eu nul besoin de faire référence au bonheur et de s'interroger sur la légitimité du *sich widersetzen* **si la pensée jusnaturaliste ne s'était pas en effet fourvoyée dans ce débat et n'avait étourdiment substitué un principe à un autre.** On pourrait dire que la réponse lapidaire de Kant à la question qu'il suscite vaut à la fois comme argument ad hominem et comme argument à la chose. Le vrai principe et le contre-principe, si on les entend correctement, mènent à la même conclusion : l'obéissance pure et simple. L'idée de Kant est en effet que **le contre-principe par lequel on voudrait justifier la rébellion est bien incapable de la fonder et reconduit lui-même à obtempérer.** Entre ces deux manières d'obéir, il y a pourtant homonymie car dans un cas l'obéissance est justifiable en raison et se concilie l'idée de droits inamissibles et dans un autre elle est reddition à un pouvoir absolutiste dont les décisions sont par principe et par définition toujours justes. Pour que le souverain puisse mettre en danger le bonheur du peuple, il faudrait en effet que ce dernier puisse énoncer effectivement en quoi il consiste.

Kant mène de front la construction du concept de l'Etat de droit et la discussion avec les théories politiques. Le *Contre Hobbes* prend place dans cette discussion qui manifeste une manière d'accord entre Kant et l'auteur du Léviathan. Kant ne refuse pas à Hobbes la cohérence. Mais il faut ajouter que *Hobbes est cohérent sur la base d'un principe impossible*, intenable, et au prix d'une profonde incohérence dans le projet de fondation philosophique lui-même. Le système absolutiste de Hobbes est à la fois parfaitement cohérent et l'incarnation parfaite de l'absurde. Il reste vrai cependant qu'une communauté politique (une constitution civile) fondée sur le principe du bonheur, ne saurait éviter la conséquence hobbesienne. C'est la faiblesse des critiques ordinaires de Hobbes (Locke par exemple) d'accepter son principe (du bonheur) en essayant d'éviter ses conséquences. Ceux qui nient en ce sens la cohérence hobbesienne ont eux-mêmes édifié des théories inconsistantes. Mais cet avoir-raison relatif de Hobbes ne sauve pas pour autant sa doctrine : il condamne son principe.

Lorsqu'à la page 40 du *Contre Hobbes* (*Théorie et pratique*, Vrin) Kant parle du bonheur que le sujet peut attendre d'une institution ou du gouvernement de la république, et

récuse le Bonheur comme principe pour éviter la conséquence jusnaturaliste hobbesienne, il se montre doublement en accord avec Hobbes : 1/ sur la conséquence politique et 2/ sur la définition du bonheur qui conduit à cette conséquence : sur une visée de bonheur qui se rencontre en tout individu (un but que tous ont) et d'un bonheur pensé au départ de telle façon qu'il ne permet pas de donner un contenu défini à l'idée de bien commun.

On se reportera ici à la définition kantienne du Bonheur dans : *Critique de la Raison pure* (P.U.F.), Théorie transcendante de la méthode, ch.II, 2^{ème} section, p.543sq. :

Bonheur est « la satisfaction naturelle de tous les besoins de l'individu humain tant en extension — c'est-à-dire en multiplicité — qu'en intensité — c'est-à-dire en degré -, et en protection c'est-à-dire en durée : donc en qualité, quantité et durée ».

C'est l'état dans le monde d'un être raisonnable à qui, dans le cours de l'existence, tout arrive selon son souhait et sa volonté . On voit qu'il n'est rien dans cette définition du bonheur individuel qui annonce ou promette un vivre ensemble unifié, pacifique et sensé. Ce bonheur est donc fort éloigné du :lien-vivre aristotélicien qui ouvre naturellement l'homme à la dimension de la communauté.

Kant, peut-on dire. est moderne et hobbesien par sa définition même de *Glückseligkeit* avant de s'opposer à Hobbes au plan des principes du droit. L'erreur que Hobbes ne commet pas, c'est précisément de conclure à l'existence d'un bien commun sur la base de telles prémisses. La théorie politique peut bien alléguer un tel bien commun : elle est incapable de déterminer en quoi il consiste. Ce dernier reste une représentation vide, puisque les individus ne s'entendent jamais sur le contenu concret de sa définition, ni entre eux, ni qui plus est avec eux-mêmes. Le bien commun non plus que le bonheur de l'individu ne saurait être défini. Kant en conclut - avec Hobbes - que le bonheur de l'individu, élargi à la dimension du bonheur commun, ne permet pas de ramener les volontés particulières à un principe unanime, à un principe de société capable de fonder une liberté dans l'ordre des lois. *On ne peut pas conclure de la représentation du bien commun, enracinée dans le principe du bonheur de l'individu, à l'existence d'une volonté générale comme origine possible des lois*. Il ne permet pas de disposer d'un principe universellement valide pour des lois (p.40 et supra). Il n'y a pas de loi en ce sens, au sens plein du terme, pas de loi fondamentale dont le citoyen pourrait se réclamer au regard de la puissance publique, pas *d'Etat de droit*.

Hobbes enseigne que la communauté politique à son origine dans le désir d'auto conservation, la forme minimale de la visée de la *Glückseligkeit*. Pour ce faire l'Etat du contrat est préférable à l'état de nature et cet Etat requiert l'assujettissement inconditionnel au pouvoir souverain, devant lequel les assujettis n'ont plus de droit à faire valoir. Il n'y a rien à redire à cette cohérence. Si on veut objecter, il faut revoir le principe. Si on accepte le bonheur, au sens défini, comme fin de l'association politique, il faut renoncer à un principe de législation, à une constitution civile qui garantit le droit — assure à chacun sa liberté dans l'ordre des lois et définit ainsi un usage *légitime* (*gesetzmassig*) de la puissance publique. On ne peut pas avoir en même temps le bonheur comme principe et la liberté, mais seulement, sur cette base, échanger à perte la liberté contre la sécurité. Tel est selon Kant l'enseignement imperdable de Hobbes, oublié néanmoins après que Hobbes l'a formulé, retrouvé par Kant à la faveur d'une critique radicale qui comporte une manière de réhabilitation. On peut remarquer aussi au passage que cette critique, immanente à la construction du discours kantien sur le droit, donne accueil à la contingence de l'histoire. On comprendrait mal que dans un texte aussi construit, Kant se donne tant de peine pour exorciser un principe qui n'a rien à voir avec le sujet, s'il n'y avait pas une actualité historique de la théorie qui l'illustre.

Cette théorie de la circonstance n'est pas hobbesienne mais lockienne et oblitère la part de vérité contenue dans la doctrine hobbesienne.

Un rapprochement s'impose avec la question du droit de résistance. On lira la note de la p.39 du *Contre Hobbes* : l'ensemble d'un peuple ne pourrait refuser un impôt de guerre en prétextant que la guerre est inutile, mais il peut à bon droit protester si certains sont dispensés de la mesure par des privilèges. Kant connaît une situation dans laquelle l'iniquité de l'impôt devient un motif de guerre légitime et l'occasion de la formation d'une nation. Une vingtaine d'années sépare le texte de Kant de la *Déclaration d'Indépendance* américaine. La révolte est née comme on sait à l'occasion des taxes qui frappent les importations de thé et la Déclaration a l'avantage d'avoir été écrite par un philosophe (Jefferson, adepte de Locke). Or dit Kant : ce qui est ressenti comme accablant ne peut pas encore pour cette seule raison être déclaré ici juste. Il prend ainsi le contre-pied de ce que Jefferson déclare en mêlant la considération du bonheur à celle des droits de l'individu. La rébellion est légitime quand les gouvernants mettent en péril le bonheur que les individus réunis en corps politique recherchent en commun et pour la défense duquel l'autorité publique s'est constituée : les gouvernants sont mis en place par des hommes qui veulent garantir l'exercice de leurs droits naturels et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Le consentement est une décision révocable : le mandant a puissance sur le mandataire et peut légitimement lui retirer son pouvoir s'il s'acquitte mal de sa tâche. L'objection kantienne telle qu'elle ressort du *Contre Hobbes* consiste simplement à demander : comment le savoir ? *Comment savoir que le bonheur est menacé par le pouvoir ? Cela suppose ce qui est en question : une volonté unanime, unifiée par la visée d'un bonheur à assurer ensemble.* Il s'agit de *droits naturels* de l'individu qui doivent être assurés. Mais ce que Hobbes révèle avec une force sans égale, c'est que la communauté politique capable d'assurer le droit *ne peut pas se constituer sur la base des droits naturels qu'elle est censée garantir.*

Il convient toutefois d'ajouter, dans l'esprit de Kant : pourquoi Hobbes s'obstine-t-il à prendre le Bonheur pour principe, entendons à vouloir accorder les hommes « sur la fin qui est la leur de façon empirique »⁵⁵, une fin sur laquelle ils ne s'accorderont jamais eux-mêmes, sur laquelle par conséquent il faudra bien *qu'on* les accorde. L'état de nature est un état de l'absence de loi pour la liberté par laquelle les hommes exercent leurs droits. Il faut donc sortir de l'état de nature et la raison hobbesienne est certes fondée à nous prescrire de le quitter : quitter l'état de la liberté non légiférée pour trouver la paix — les conditions d'une possible harmonie de la liberté de tous. La raison hobbesienne exige justement des lois pour une liberté que l'exercice par chacun de son droit naturel met en contradiction avec elle-même. Mais pourquoi faut-il que Hobbes s'obstine à rapporter cette liberté aux fins naturelles, empiriques, de l'individu, au point de devoir renoncer à cette liberté même ? Ce que Kant appellera l'accord *extorqué*⁵⁶ n'est nécessaire — nécessaire dans la théorie, car nous sommes ici sur un plan qui n'a rien à voir avec la contingence de l'histoire — qu'autant que le principe d'accord fait défaut, mais le *Grundsatz* (principe) n'est introuvable qu'aussi longtemps qu'on reste obnubilé par le Bonheur et prisonnier d'un concept empirique du droit. Il est certes nécessaire d'accorder les hommes qui sont incapables d'accord, et ils ne peuvent s'accorder dans la mesure où l'accord ne peut se faire sur les fins empiriques des individus. Mais le principe de l'accord n'a pas à être cherché très loin, car si la visée du bonheur ne peut pas réunir les individus, ils peuvent se réunir dans un projet commun qui est de sauvegarder ou de faire advenir leur liberté dans une union (p.29, Ibid.) qui est à elle-même sa propre fin. Tout se passe comme si Hobbes avait hâte de faire abandon d'une liberté ruineuse plutôt que de

⁵⁵ Cf. *Théorie et pratique*, p.30.

⁵⁶ Cf. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Nathan (Intégrales).

renoncer lui-même à son concept limité du droit. Dans une situation où les fins naturelles de l'individu sont reconnues comme ne pouvant servir de fondement à la détermination d'une liberté fondatrice de droits, Hobbes ne trouve rien de mieux que de proposer aux individus empiriques de s'en remettre, de leur propre consentement et sans réserve, à la volonté d'un tiers qui légifère pour leur liberté. Pourquoi ne pas dire que cette liberté, que Hobbes détruit en voulant porter à l'existence la communauté politique qui serait capable de la rendre effective, n'a rien à faire avec les fins empiriques que l'individu poursuit ?

Tel est l'enseignement que Kant après Rousseau, à travers Rousseau, tirera de Hobbes. Il fallait penser le divorce de la liberté et de la loi tel qu'il s'inscrit dans le droit politique hobbesien pour se donner les moyens de les concilier, tant il est vrai, comme Hobbes l'enseigne en s'en contentant, qu'une liberté qui trouve son principe de détermination dans les fins naturelles de l'individu est irréconciliable avec la loi.

CONCLUSION

Aristote, Hobbes, Kant. Ces trois auteurs ne s'enchaînent pas dans notre propos selon l'ordre historique de l'apparition des doctrines. Cette trilogie s'articule plutôt en un double débat : la remontée aux présuppositions de notre pensée du Droit et de l'Etat fait apparaître l'histoire de la philosophie politique sous les espèces d'un Contre Aristote et d'un Contre Hobbes qui est à la fois un Contre-Aristote avec Hobbes et un contre Hobbes avec Aristote, comme il se voit chez Kant. L'issue de ce débat détermine la rencontre que nous pouvons faire aujourd'hui des problèmes du Droit et du Juste : les discussions contemporaines relatives à l'existence ou la non-existence d'un droit naturel, à son impossibilité ou à sa possibilité, à sa nécessaire ou souhaitable restauration et refondation (cf L. Strauss, le début de *Droit naturel et histoire* ; E. Weil, l'article sur le Droit naturel). Nous avons vu qu'Aristote tirait la question du pouvoir (du commandement et de l'obéissance et de leur légitimation) dans l'horizon de la *polis*, elle-même saisie dans l'horizon de la *physis*. La politique, à laquelle appartient la doctrine aristotélicienne du Juste naturel et la théorie du *nomos*, ne s'énonce pas en termes propres dans le langage de la domination et de la puissance. Nous ne devons pas nous empresser de voir dans cette « politisation » de la justice l'expression du particularisme grec, jointe à la prégnance de présupposés ontologiques dans la philosophie des choses humaines. La doctrine aristotélicienne de la justice et de la loi appartient à la théorie de la Cité, et si la *Polis* est pour Aristote la forme achevée de la communauté, la cité grecque n'est grecque que par accident. D'autre part la justification *politique* du rapport d'autorité fait appel à des concepts qui excèdent le champ politique à l'intérieur duquel s'exerce la compréhension du citoyen. Aristote ne récuse pas cette compréhension pré-philosophique qu'il entend au contraire élever à sa raison dernière, mais les vérités *philosophiques*, théorétiques, ne sont pas à ce point déliées des implications de la connaissance de sens commun, que la philosophie pratique ne puisse donner à entendre ce qui, de ces vérités, est nécessaire à la réalisation du projet d'une philosophie politique (voir par exemple la façon dont Aristote fait entendre ce que veut dire : « la nature d'une chose » pour mettre en évidence l'antériorité de la cité). L'homme est défini comme *raisonnable* et pouvant par essence et par définition atteindre un certain niveau de perfection — et *c'est pourquoi* il est un vivant politique. *Etre de cité* : la dimension politique de l'homme est pensée en termes de *politeia*, de régime défini par une certaine répartition du pouvoir à l'intérieur de la polis en fonction d'un ordre de fins donné, et dont l'appréciation résulte de son degré de conformité à la fin dernière de la communauté politique en tant que telle.

Dire *avec* Aristote que pouvoir *et* société forment, au sein de la communauté politique, une unité substantielle, *naturelle*, veut dire que le lien tangible qui s'est ainsi constitué relève d'un principe *normatif*, enraciné qu'il est dans la « *taxi* » qui préside à la société politiquement constituée. Mais Aristote ne *construit* pas cette unité même et cette absence, en vertu de la « méthode » de sa politique (cf. *Politique* Livre I) et le principe de sa philosophie est négation plutôt que privation.

Le jusnaturalisme moderne transfère de la nature téléologique d'Aristote à la nature de l'individu le principe de la justification, se donnant alors les moyens et d'abord la tâche, de construire ce lien politique entre pouvoir et société : il apporte ainsi **une réponse radicalement nouvelle au problème de la légitimité de la contrainte civile emprunté de la tradition.**

Kant nous a appris que le droit naturel hobbesien déduisait l'institution de la nature de l'individu mais ruinait le principe de la justification. L'absolutisme et l'absolution de la légalité, le positivisme juridique, peuvent en ce sens nous apparaître comme des conséquences de la rupture de Hobbes avec la pensée aristotélicienne de la politique. Mais ce serait aller trop vite en besogne que de fonder un retour au droit naturel classique sur la volonté d'échapper à ce qui fait l'actualité de ces conséquences hobbesiennes. Ce serait oublier justement que la doctrine kantienne du droit, le *Contre Hobbes* de Kant, a opéré le sauvetage du jusnaturalisme compromis par une doctrine hobbesienne à laquelle ses critiques n'avaient pas jusque là apporté de réponse suffisante. Ce serait oublier que Kant a répondu à Hobbes en découvrant chez Rousseau la liberté comme fondement de tous les droits, et a effectivement construit sur ce fondement sa propre doctrine du contrat social fondateur de toute légalité légitime.

De même, si on voulait fonder le retour à Aristote sur le refus d'opposer au droit positif arbitraire et changeant un droit intemporel et immuable qui serait déduit *more geometrico* d'une définition abstraite de l'essence humaine, on devrait répondre que Hegel, en faisant du Droit l'objet adéquat de la philosophie de l'histoire, a effectivement compris la réalisation de l'exigence jus naturaliste de la pensée des droits de l'homme systématisée par Kant dans les institutions de l'Etat moderne. Hegel, le premier philosophe de l'Etat moderne, s'annonce dans le titre de *ses Principes de la Philosophie du Droit* comme le dernier penseur du droit naturel (moderne). Le retour (expérimental) à Aristote dont parle Strauss n'a de sens que si on ajoute : non seulement après Hobbes, mais aussi après Kant, après Hegel. Il s'impose non pas parce que le jusnaturalisme moderne, qui voulait lui-même tenir les promesses de la politique d'Aristote, n'aurait pas réussi ce qu'il entreprenait, mais au contraire parce que ces promesses ont été tenues. Le retour à la problématique aristotélicienne ne se pose qu'en fonction d'une pensée qui est entrée dans le point de vue hégélien de l'identité de la philosophie et de l'histoire et qui en admet le principe tout en refusant l'interprétation que Hegel en a donnée : soit qu'elle absorbe la philosophie dans l'histoire dans un historicisme radical qui rend le droit naturel impossible (Heidegger), soit qu'elle développe un autre concept de leur unité (Weil) qui permet la réouverture de la question classique.

ETHIQUE A NICOMAUQUE, VII 1134b 18-44 (trad. Gautier et Jolif. Louvain, Nauwelaerts, p.140-142)
 Nous ne reproduisons pas ici ce texte qu vous pourrez aisément trouver dans des éditions accessibles

Introduction

Il s'agit d'un texte inaugural de la philosophie politique qui, de saint Thomas à E. Weil, fut souvent commenté. Il s'inscrit dans les grands débats sur le caractère naturel ou conventionnel de la justice, en particulier dans le domaine politique (institution, lois). Les sophistes refusent toute légitimité au juste politique, affaire de conventions relatives sans stabilité. Ils opposent la loi (*homos*) à la nature (*physis*), celle-ci étant au contraire stable et ordonné. Cette conception fait écho à celle des « Physiciens » ioniens, réhabilitant la nature comme ordre rationnel contre l'extrême valorisation de la loi qui régnait dans l'Athènes du VI^{ème} siècle avant J.-C. La loi était perçue alors comme un refuge contre les aléas du monde naturel (cf. Hésiode), le correctif d'une nature mauvaise.

Au V^{ème} siècle, au contraire, les sophistes entendent par « loi » tout ce qui, étant conventionnel, s'ajoute inutilement à la nature, ou la contredit dangereusement — opposition d'ailleurs ambiguë, qui évoque aussi bien Calliclès qu'Antigone. Platon, en opposant *homos* et *physis*, entend battre les sophistes sur leur propre terrain : il leur oppose une nature plus stable et ordonnée que la nature physique, et cette nature idéale est ce qui fonde la loi : il existe un « juste par nature ».

La thèse d'Aristote également vient battre les sophistes sur leur terrain, mais pour refuser l'opposition brute nature / loi : il y a de la nature dans la loi, au sein du plus conventionnel de la loi. Mais il ne s'agit pas de la nature idéale de Platon ; celle-ci reste transcendante aux lois humaines comme à la nature physique ; tout au plus peut-elle susciter des utopies politiques. Aristote cherche à *articuler la nature et la loi* et c'est ce qui fait l'originalité de sa thèse, laquelle n'est vraiment intelligible que si on rappelle l'originalité de sa conception de la nature, refusant la coupure entre nature idéale et nature sensible chaotique et mauvaise, pour y voir un *ordre des perfections*, où s'unissent matière et forme dans des réalités singulières concrètes, dont l'individualité ne se laisse pas dissoudre. Ce parti pris d'immanence est très sensible dans le texte.

La thèse consiste à montrer qu'il y a une naturalité de la convention même et que la variabilité des conventions n'est nullement un critère de non-naturalité. Le procédé d'Aristote consiste à déstabiliser les significations des termes sur lesquels s'ouvre le texte : « naturel » et « conventionnel ».

[Explication]

La structure de l'argumentation est la suivante :

1/ jusqu'à « ..en forme de décrets », Aristote présente les deux sortes de « juste politique » :

a/ naturel : il le définit par deux traits : Avoir partout la même valeur et ne pas dépendre de l'opinion publique.

b/ conventionnel : Le type d'obligation qui dépend d'une décision originelle prise par les hommes, le droit établi, celui qu'on appellera « positif ». Il est

variable et dépend jusqu'à un certain point de l'opinion publique, puisqu'on peut être amené à le modifier. Les « décrets » sont des applications de la loi aux cas particuliers (Aristote dit dans la *Politique* que la démocratie dégénère en tyrannie « quand les décrets prennent le pas sur la loi »).

2/ De « D'après certains.. » à « ..variables », c'est la thèse des Sophistes, selon laquelle il n'y a de justice que conventionnelle. Aristote choisit les deux arguments les plus percutants des sophistes :

a/ la nature des choses est parfaitement universelle : Pour le montrer ils usent du sens le plus physique du terme nature en prenant l'exemple du feu qui brûle partout pareil.

b/ ils ont beau jeu alors de l'opposer à la justice humaine, éminemment variable quant à ses lois et ses moeurs !

3/ De « Que les choses justes soient variables.. » à la fin, Aristote va retravailler son opposition de départ pour montrer que la variabilité du droit positif est parfaitement compatible avec la qualité de juste naturel : Certes, il existe des règles de droit qui sont de pures conventions mais il y en a d'autres qui ne sont pas laissées à l'arbitraire de la convention humaine, parce que la « nature des choses » ne cesse de s'imposer. Il sera donc pleinement logique de parler de « juste naturel » en ce cas. Toutefois ce juste naturel garde encore une marge de variabilité : Aristote l'établit sur deux exemples empruntés à d'autres domaines :

a/ la variabilité de la dextérité de la main gauche, par nature inférieure à celle de la droite : le naturel n'est pas l'immuable, on peut agir sur lui quand c'est utile à l'homme. L'homme ne se trouve pas devant un « naturel » qui serait comme l'immédiat d'une chose brute, mais il sait reconnaître quelle « nature » mérite d'être laissée invariable ou non ! Il s'agit de « perfection » de la nature, non de nature pure et simple ; le texte se clôt sur le mot « le meilleur » : qui en est juge, sinon l'homme ?

b/ Second exemple : les mesures utilisées dans le commerce : Aristote ne veut sans doute pas dire que le commerçant cherche à tromper l'acheteur. Mais veut-il dire, comme le pense H. G. Gadamer, qu'il existe une marge de liberté à l'intérieur des règles établies, laissée à la détermination du juste ? Ce qui est sûr, c'est que si l'Etat le plus juste est le même partout, ce n'est pas, comme l'insinuent les sophistes à la manière dont « le feu brûle de la même façon partout » : l'homme doit juger et intervenir dans l'appréciation de l'Etat, alors qu'il ne peut que constater passivement de quelle manière le feu brûle !

Cette troisième partie du texte tend donc à établir que le juste conventionnel qui, selon les sophistes, devrait éclipser l'idée de juste naturel, doit lui-même se justifier, fonder sa légitimité sur une perfection de la nature, un « meilleur » par nature. Mais *quelle* nature, c'est ce qu'Aristote précise dans le cours de la démonstration, articulée en trois étapes :

a/ De « Que les choses justes.. » à « ..n'est pas la nature » : Aristote pose le problème et indique quelle va être l'originalité de sa thèse : le juste peut être naturel et toutefois changer ; cette affirmation est « vraie en un certain sens », lequel ? C'est ce qu'il entend préciser.

b/ Dans le paragraphe suivant (« Parmi toutes ces règles.. » à « ambidextre », Aristote précise à nouveau comment se pose le problème et prend un exemple tiré d'un autre domaine,

pour montrer que cette idée d'une réalité à la fois naturelle et variable rehd difficile la formulation d'un juste naturel.

c/ La fin du texte indique la position d'Aristote, qui n'est pas très claire : il existe un juste naturel qui est le meilleur, et qui donc est un (et par là, on peut le supposer, invariable) ; faut-il comprendre que dans une forme d'Etat qui serait « la meilleure », les lois n'admettront aucune variabilité ? On comprend bien qu'Aristote veut, non pas opposer les règles variables et les règles immuables, mais montrer que les règles conventionnelles ne sont variables que parce qu'elles sont fondées sur « l'utile ». C'est également le cas des constitutions autres que la constitution idéale. Mais alors, Aristote ne se contredit-il pas ? *Pourquoi les déterminations de la justice naturelle varient-elles ?*

Reprenons le texte pour essayer d'éclairer cette difficulté si c'est possible (dans les limites d'un texte court assez allusif et qui a embarrassé tous ses traducteurs !).

On voit bien qu'Aristote ici ne s'en tient pas à opposer l'inaltérabilité du droit naturel et la variabilité du droit positif, à maintenir un juste naturel contre le conventionnalisme des sophistes. Il pose qu'il existe une variabilité du juste naturel et restreint strictement l'idée d'un droit inaltérable au domaine des dieux.

Mais la question qu'on se pose alors est la suivante : si parmi les hommes le droit naturel est aussi variable que le droit positif, que signifie cette « nature des choses » à laquelle « tiennent certaines règles conventionnelles » ? Le texte semble nous laisser sur notre faim. Dans quels cas les règles ne sont-elles pas laissées à l'arbitraire pur de la convention humaine ?

L'exemple final de l'Etat ne permet pas de répondre avec évidence. On peut toutefois se demander ce que signifie « nature », « nature des choses » pour Aristote.

On sait que Platon pensait résoudre l'opposition sophistique nature / loi en substituant à la nature empirique une nature idéale, la vraie nature de l'ordre intelligible, auquel l'homme a à se soumettre comme à son Souverain Bien et dont la loi n'est qu'une expression (*Gorgias*, 489a).

Aristote a voulu rendre à la nature sa consistance sensible (sans pour autant la réduire à une matière contingente, à la manière des Atomistes) : il en fait un mixte de matière et de forme, impliquant un principe supérieur d'organisation sans lequel la matière ne peut devenir « nature ». Ce principe d'organisation est immanent, et non transcendant comme l'Idée platonicienne : il est *l'eidos*, cause formelle et finale à la fois. La nature est donc une tendance (ni Idée intemporelle, ni donnée empirique inerte) qui cherche à se réaliser ici et maintenant. Mais comme la *matière* est résistante, la *fin* doit compter avec elle : « la nature aristotélicienne n'est jamais assurée de parvenir tout à fait à ses fins : il arrive qu'elle ne puisse pas faire tout ce qu'elle veut » (P. Aubenque, « La loi chez Aristote », *Archives de Philosophie du droit, La loi*, Sirey, p.152).

Elle doit se diversifier selon les circonstances, tirer le meilleur parti de ce dont elle dispose dans la réalité. Il ne s'agit donc pas d'une nature immuable par essence, tout au contraire ! Tendance se dirigeant vers une fin (un *telos*), elle est norme et normative, elle exprime une vision du monde ordonnée et hiérarchisée. Mais cette connaissance ne quitte pas l'immanence, la réalité concrète ; Aristote ne prétend pas avoir une connaissance de l'absolu et du divin, tout au plus y voit-il un modèle, lointain et séparé, pour notre monde sublunaire (Cf. P. Aubenque, *Le problème de l'être chez Aristote*, P.U.F.). Dans le concret, la norme

naturelle a pour envers de son caractère normatif la possibilité d'échouer, de ne pas arriver à informer la matière.

On comprend mieux pourquoi Aristote ne saurait s'en tenir à l'opposition dualiste, qu'il établit toutefois, entre le « juste par nature » (idée platonicienne indépendante de toute opinion publique) et le juste relatif à tel ou tel peuple (*Rhétorique* I 13 1373b 6-13). Cette opposition était, comme le fait remarquer P. Aubenque (article cité), banale de son temps et il semble plutôt qu'Aristote cherche une solution originale à la difficulté inhérente à la dualité Nature / Loi, laquelle entretenait les attaques des sophistes et le scepticisme concernant l'autorité des lois.

Le passage que nous expliquons, « souvent commenté mais d'interprétation difficile », contient **l'innovation d'Aristote. Il fait passer en effet à l'intérieur du juste politique, c'est-à-dire à l'intérieur du domaine de la législation », la distinction entre le naturel et le légal (*Physis la nature et Nomos la loi*). Il reconnaît la présence de la nature à l'intérieur de la sphère même du droit.**

Il n'est pas inutile ici de situer le texte dans son contexte précis : Aristote vient de distinguer entre le juste au sens absolu et le juste politique (*Éthique à Nicomaque* V, 10, 1134a 24). Le juste absolu est la vertu morale de justice, disposition à maintenir ou à restaurer l'égalité dans les rapports avec autrui. Cette égalité peut être l'objet (comme chez Platon) d'une analyse mathématique qui en fait une « moyenne » (géométrique ou proportionnelle), ce qui prouve qu'il y a là une structure universelle.

En faisant passer désormais la distinction nature / loi dans le juste politique lui-même, Aristote introduit bien une distinction, mais non une opposition : le juste naturel ne s'oppose pas au juste légal ; simplement, il est trop général, il a besoin d'être particularisé, dans des lois ou des décrets : il est partout naturel de payer des impôts, mais il est légal de payer tant ou tant ici ou là. Le juste légal adapte le juste naturel à la réalité concrète (comme l'équité par rapport à la justice).

Or, si on reconnaît comme critère du juste naturel l'invariabilité, on risque de ne jamais parvenir à reconnaître la moindre intervention de « nature » dans la législation ! Si les lois sont particulières, adaptées à tel ou tel peuple, et si elles doivent varier pour que le juste soit particularisé, ne faut-il pas tout simplement abandonner la référence à la nature et s'en tenir à la convention ? Aristote le refuse. Comment s'y prend-il pour interpréter le juste politique comme « en partie naturel, en partie légal »

Tout d'abord, il corrige le critère de variabilité censé déterminant pour décider du naturel ou du conventionnel. Il concède :

a/ que la nature des dieux, elle, est immuable ;

b/ que la nature physique est partout la même (le feu brûle partout pareil). Mais précisément, il n'en va pas de même en ce qui concerne la nature humaine. Celle-ci se caractérise par sa muabilité, sa plasticité, son indétermination relative. La variabilité n'est pas un critère de conventionnalité, de non-naturalité. Et inversement l'uniformité n'est pas un critère de naturalité, de conformité à la nature (de non-conventionnalité) : si tous les hommes étaient éduqués pour devenir ambidextres, cela ne serait pas pour autant naturel, même s'il est possible de rendre tout homme ambidextre !

Que sera un véritable juste politique (une politique juste), un droit véritablement « naturel » ? Celui qui saura s'adapter à une nature humaine éminemment variable. Il serait contre nature que les lois des peuples fussent toutes les mêmes ! A la fin du texte, Aristote écrit : « les règles de justice qui ne sont pas fondées sur la nature mais déterminées par l'homme ne sont pas partout les mêmes, étant donné que les formes de gouvernement ne sont pas non plus les mêmes ; il n'en reste par moins qu'il n'y a en tout lieu qu'une seule constitution conforme à la nature, et c'est la meilleure. » Citons le même texte dans la traduction de P. Aubenque : « les choses qui ne sont pas naturellement, mais humainement justes, ne sont pas partout les mêmes, puisque les constitutions elles-mêmes ne le sont pas, bien qu'une seule soit partout à chaque fois la meilleure selon la nature ». Sur ce membre du texte, les commentateurs divergent et nous n'entrerons pas dans le détail littéral des questions. Le sens qui ressort est qu'il n'y a pas une bonne constitution valable pour tous les pays et pour tous les temps, mais que la meilleure constitution est à chaque fois celle qui est conforme à la nature du pays et de ses habitants.

La distinction introduite par Aristote à l'intérieur du juste légal révèle alors toute sa portée originale : il ne suffit plus de dire que le droit positif particularise ce qu'il y a de trop général dans le droit naturel. C'est le droit naturel lui-même (exemple de la constitution, de la forme de gouvernement, *politeia*) qui doit se particulariser afin de se conformer à la diversité de la nature. Droit naturel et droit positif sont « l'un et l'autre variables » (1134 b 32).

Mais *ils ne le sont pas de la même façon* : le contenu du droit positif est contingent (il est contingent de payer une mine ou trois la rançon **d'un** captif), alors que les variations du droit naturel sont nécessaires et dans leur contenu dans leur forme : il est nécessaire, conforme au juste naturel, *qu'il y ait* du juste positif, *qu'il y ait* des lois, des conventions, des moeurs. Ce qui est nécessaire, c'est *la forme de la variation et la variabilité de son contenu* en tant que telle. Le détail du contenu concerne le droit positif et il est contingent.

Aristote illustre cette idée par la comparaison avec les unités de mesure plus grandes chez le grossiste que chez le détaillant (1135 a 2-3). Le grossiste compte en tonnes ou en quintaux, le détaillant en kilos : cette différence correspond à l'usage utile au commerce et n'exclut pas qu'il y ait convertibilité entre les mesures. *Ainsi sont convertibles entre eux les droits positifs, et leur convertibilité n'est autre que le droit naturel* : les différentes constitutions sont les traductions en diverses langues d'un texte juridique unique

« ou plutôt il n'y a pas de texte juridique qui serait l'archétype de ses traductions, il n'y a de commun entre les droits positifs que leur traductibilité : **non leur communauté abstraite, mais leur communicabilité** » (P. Aubenque, op. Cité).

La métaphore des unités de mesure ne correspond donc pas à une marge de liberté mais à une analogie entre deux types de rigueur dans des domaines différents. De même qu'on traduit les mesures, on traduit des juridictions positives (les constitutions) en termes de juste naturel. La métaphore permet de faire la part de ce qui, dans les variations, relève du droit naturel (nécessaire) et du droit positif (contingent) :

« il est contingent que la traduction se fasse en telle ou telle langue, mais il est nécessaire qu'il y ait traduction ; les unités de mesure sont arbitraires, mais il est nécessaire qu'il y ait des mesures et une correspondance fixe entre elles » (P. Aubenque, op. Cité).

Les règles sont arbitraires, mais il n'est pas arbitraire — il est naturel, nécessaire — qu'il y ait des règles assurant l'égalité dans les rapports humains.

Dans un tel texte, on voit à quel point Aristote se méfie de l'universalité et comme il est loin du jusnaturalisme moderne qui opposera au droit positif arbitraire, relatif, un droit intemporel, déduit d'une définition de l'essence abstraite de l'homme. Aristote ne fait pas de la loi un absolu. C'est pourquoi il évite l'opposition *Nomos Physis* et ne fait pas de la loi l'expression d'une nature intelligible transcendante à l'homme. Certes, l'idéal est l'identification entre la loi et la perfection naturelle, mais c'est là l'ordre des dieux. Quant à l'ordre humain, la loi n'y est pas une fin en soi, mais un moyen. Son but est d'atteindre le « meilleur » comme le suggère la fin du texte (en écho à l'allusion aux dieux), autrement dit la perfection permise à l'homme tant qu'il accomplit sa nature « d'animal politique » (« animal politique par nature », *Politique I*).

D'où provient alors l'autorité, la légitimité de la loi ? On peut supposer — dans les limites du texte, mais aussi à partir de notre connaissance d'Aristote — qu'elle est l'instrument de la sagesse pratique humaine, la *prudence* (*phronesis*), cette attention portée au « bien de l'homme » inséparable de son aspiration au divin. Mais tout, concernant la loi, se passe dans l'immanence, la loi n'a plus d'affinité avec les Idées et les dieux sont lointains ! La loi est donc enracinée dans la nature, elle va de l'homme comme matière à l'homme qui s'élève vers la perfection dont il est capable.

Il reste que, dans cette immanence, on ne voit pas quels critères permettent de juger de la légitimité des lois et des institutions.

« Abandonnée à elle-même et à son propre développement immanent, la nature a, pourrait-on dire, bon dos et justifie à la limite tout ce qui est suffisamment enraciné dans les moeurs, dans ce que Hegel appellera la *Sittlichkeit*, la moralité concrète (..) Comprendre ce qui est, saisir à chaque fois ce qu'il y a de rationnel (Aristote dirait : de nature) dans le réel, c'est s'exposer à justifier ce qu'une morale plus dégagée des contingences concrètes n'hésiterait pas à condamner »
(P. Aubenque, op.cité).

La justification de l'esclavage par Aristote est typique d'un tel naturalisme : il ne se demande pas si l'esclavage est ou non légitime et si on doit l'accepter ou le rejeter, mais il se demande dans quelle mesure il est ou non « naturel » » (*Politique I*, ch.3-7).

La nature est bien une norme, mais le fait qu'elle soit une norme immanente, trop proche de la réalité, l'empêche d'être un instrument de critique à portée universaliste, dépassant vraiment les contingences et les compromissions du monde. L'idée de « juste politique naturel » a bien pourtant, comme le dit H. G. Gadamer, une telle fonction critique, et non dogmatique. Mais, pourrait-on dire : pas assez dogmatique ! Certes Aristote refuse d'attribuer à certains contenus comme tels (telle constitution, telle loi) un contenu naturel absolu, l'invulnérabilité d'un droit naturel absolu. Et Aristote dit lui-même que l'idée de juste naturel est indispensable, devant la déficience de toutes les lois en vigueur. Mais sa fonction est avant tout critique : référer les lois existantes à « l'idée de juste naturel ».

Or si, comme nous l'avons vu, cette idée de juste naturel a pour contenu la nécessité qu'il y ait en général des lois, des coutumes, etc., on se retrouve enlisé dans l'immanence, loin des dieux, en possession de la seule vertu de prudence. Ces valeurs « divines » que l'homme porte en lui comme sa perfection en puissance, pourquoi Aristote ne se demande-t-il pas, par exemple devant le problème de l'esclavage, si elles sont respectées par celui-ci, si la réalité ne

doit pas être corrigée par l'idéal. On (c'est le cas de P. Aubenque) a pu estimer que les théories modernes du droit naturel (des « droits de l'homme » représentaient un progrès par rapport à ce naturalisme, si concret soit-il, précisément à cause de leur abstraction même, à cause de cet homme abstrait et intemporel qu'elles reconnaissent-pour valeur absolue (cf. la notion kantienne de « règne des fins »). Lorsque Aristote justifie l'esclavage en disant qu'il est naturel parce qu'il met en rapport des hommes naturellement faits pour commander et des hommes naturellement faits pour obéir, le jusnaturaliste moderne réagit en se demandant si l'inégalité, même naturelle, est compatible avec les hautes aspirations que l'homme porte en lui « transcendantales » en quelque façon, même sans référence à des Idées ou à des dieux.

CONCLUSION

On doit reconnaître l'ambiguïté de la notion de nature, qui connote aussi bien la réalité empirique que la perfection — même si, dans la vision du monde aristotélicienne, il s'agit de la tendance qui porte l'homme empirique vers la perfection, une perfection qui l'accorde à l'harmonie plus générale du cosmos, sur le modèle du monde astral parfait et de l'Acte pur.

Toutefois, il est difficile de déterminer une dimension de transcendance immanente au monde. Une ligne sans doute se dessine, d'Aristote à Hegel par Spinoza, où d'aucuns reconnaissent la troisième voie — par delà la tr^{an}scendance lointaine et l'empirique borné — qui devrait permettre de trouver le fondement d'un droit positif. Commentant ce texte, « c'est en suivant la route qui conduit à comprendre la réalité qu'on le trouvera, présent et immanent en cette réalité » (« Le droit naturel chez Aristote », *Archives de philosophie du droit*, 32 (1969). A condition que cette compréhension permette à l'idée de « nature » de jouer son rôle critique dans les cas où il y a une vraie difficulté morale, les cas les moins nombreux, où la norme juridique entre en conflit avec la loi morale.

Indications bibliographiques :

P. Aubenque, « La loi chez Aristote », *Archives de philosophie du droit*, t25, La Loi, 1980. Sirey p.147-157.

H. G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Seuil, p.160-H62.

M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Sirey, p.109sq.

E. Weil, *Essais et Conférences*, t.1, Plon, p.36.

L. Strauss, *Droit naturel et histoire* Plon, p.170-179.

EXPLICATION DU TEXTE DE HOBBS (*De Cive*, section I, ch. p.76-79).

Nous ne reproduisons pas ici ce texte que vous pourrez aisément trouver dans des éditions accessibles

Introduction

Ce texte s'inscrit dans les débats du «droit naturel moderne» en rupture avec les prémices du « droit naturel antique » où l'homme est un « *zoon politikon* », selon la définition aristotélicienne. Accordée à une nature sensée dont elle est une partie, toute vie humaine est spontanément sociale et politique, pour la pensée antique. Aristote voit dans la « communauté politique » un donné, un fait premier — premier mais déjà sensé. D'emblée, la société est politiquement constituée, fait intervenir une relation de pouvoir, comporte des gouvernants et des gouvernés. Au contraire, pour les « Modernes » - les philosophes du « contrat social » aux XVIIème et XVIIIème siècles, de Grotius à Kant en passant par Hobbes, Locke et Rousseau — il n'existe plus de cosmos, de nature sensée, donc plus de communauté politique donnée. Le seul référent rationnel est le « sujet » tel que le cartésianisme lui a donné ses connotations « modernes » : possesseur d'un principe de connaissance, mais coupé de tout sens, de tout *logos* donné. Le politique, comme toutes les dimensions de la culture humaine, est donc à *construire* à partir d'une « nature humaine » de base dont il y a à définir les données, le contenu. Nature qui ne saurait être transcendante aux individus, puisque aucun *logos* ne les relie a priori. La dimension sociale et politique doit être supposée, reconstruite par hypothèse, à *partir de l'individu ou des individus*. Le rapport social devient alors très problématique.

Ainsi, le texte énonce son rapport à la tradition aristotélicienne ancrée dans le *zoon politikon* pour proposer un autre fondement du social que le fondement antique : une passion *individuelle*, celle de la crainte mutuelle que les hommes éprouvent les uns pour les autres. Cependant le texte, polémique et critique, est aussi déconcertant que séduisant et provoque une impression d'arbitraire : l'argument clé allégué par Hobbes contre la « disposition naturelle à la société» -les hommes ne s'entr'aident pas- est-il vraiment pertinent, dans son opposition contre la tradition classique ?

Trois éléments jouent dans l'argumentation : des « faits », allégués comme « expériences », un style — plus ou moins humoristique — et surtout un principe implicite qui devrait rendre pertinents les faits, justifier l'argumentation. C'est ce principe qu'il faut rechercher sous le texte pour le discuter et tirer au clair un certain malaise.

Qui vise vraiment la critique de l'animal politique ?

On peut diviser le texte en deux moments : jusqu'à « ..de choix et de préférence » : Hobbes critique la thèse de la socialité naturelle. Puis de « Il est évident.. » jusqu'à « ..d'une crainte mutuelle qu'ils ont les uns des autres ».

Le texte au début parle grec : entreprenant de contester l'idée aristotélicienne de l'homme animal politique, il la présente comme l'idée d'une « certaine disposition naturelle à la société », en précisant qu'elle est « demandée » par ceux qui l'utilisent, comme un axiome, traitée à la manière d'une évidence, d'une présupposition qui n'a même pas lieu d'être mise en question. Le fait que cette idée soit reçue si « communément », Hobbes l'attribue à une « trop légère contemplation de la nature humaine ». Une considération plus précise des

« causes pour lesquelles les hommes s'assemblent » devra faire apparaître qu'il y a là de « l'accidentel » et non du « naturel ». La question s'impose d'emblée : le terme « nature » est-il univoque, a-t-il le même sens pour Hobbes dans ce texte et extrait du contexte aristotélicien, elliptiquement évoqué ici dans l'horizon de « la plupart de ceux qui ont écrit touchant les républiques » (mais tout de même cité dans le grec d'Aristote) ?

Pour répondre, il convient d'étudier de près l'argument qu'oppose Hobbes à ces auteurs en supposant qu'il comprend, à côté des Anciens, ceux qui ont repris la tradition antique dans le contexte de la théologie judéo-chrétienne (Thomas d'Acquin).

Or l'argument est présenté de manière assez surprenante : de « si les hommes s'entraînaient naturellement.. » jusqu'à : « ..De préférence ». On peut se demander ce qu'Aristote aurait à répondre à l'argument et s'il en serait troublé. L'homme, dirait-il, peut bien être naturellement sociable et ne pas nécessairement aimer pour autant tous ses semblables. Ce disant, Aristote s'appuierait sur le principe suivant : *ce qui est vrai de l'espèce humaine ne l'est pas forcément de l'individu* : l'individu a une « essence » qui le rapporte à quelque chose qui n'est pas lui, qui le dépasse, avec quoi il a à s'identifier ou vers quoi il a à tendre, mais qui ne s'inscrit pas en lui comme un caractère objectif, un trait psychologique.

L'essence de l'homme est un logos substantiel : il est d'abord présent comme nature rationnelle (cosmos sensé, ordre de la nature) et par-là présent à l'homme qui est une partie de la nature. En l'homme le logos se manifeste de deux manières : comme raison connaissante et comme sociabilité, l'incitant à bâtir une cité raisonnable. Mais que l'essence de l'individu soit définie par la possibilité réelle de la communauté politique n'empêche pas qu'existent des conditions qui font échec à celle-ci : l'individu est, de toutes façons, toujours insuffisant par rapport à son essence. Formulons encore plus précisément ce que, d'après nous, serait la « réponse » d'Aristote : l'universalité spécifique (en l'occurrence, l'universalité de la sociabilité attachée à l'espèce humaine) peut très bien envelopper des particularités individuelles qui nourrissent tout autant l'amitié que la haine pour tel ou tel.

Découvrir le principe auquel nous pouvons supposer qu'obéirait la réaction du père du *zôon politikon* nous amène à découvrir également par contraste le principe que Hobbes doit prendre pour accordé : *ce qui est dit de l'espèce (son concept) doit pouvoir être dit de chaque individu et du rapport de n'importe quel individu à n'importe quel autre*. Or ce principe sous-jacent n'est pas justifié par Hobbes. Il faut se demander pourquoi, alors que l'argument de l'amitié naturelle réciproque absente des rapports humains est si peu convainquant par lui-même.

Qu'est-ce qui le fait apparaître convainquant à Hobbes ? On peut supposer que joue un rôle la manière dont il conçoit l'aristotélisme et sa tradition — tout au moins le thème du *zoon politikon* qu'il en retient — manière qui en fait ne leur est pas fidèle et suppose des déplacements décisifs par rapport à leur univers de pensée.

Revenons au début du texte : de quelle manière présente-t-il le *zôon politikon* ? D'emblée, il le traduit comme fait d'être « né avec une certaine disposition naturelle à la société ». Mais est-ce bien ce qu'Aristote entend par « nature » ? Il ne le semble pas du tout. L'animal politique signifie que l'existence humaine s'ordonne à des communautés dont la dimension (politique) est la cité. Le terme « civil » - présent dans le texte dans « doctrine civile » censée fondée par la disposition naturelle à la société — signifie la société politiquement constituée : on reconnaît la notion moderne de « société civile », connotant l'identité du social et du politique. Il faut attendre Hegel pour que se constitue une opposition entre société et Etat, civil et politique.

Au commencement de la pensée moderne du droit naturel, le « contrat », qui brise l'unité antique entre société et Etat, est aussi ce qui la reconstitue. Mais pour Aristote, il ne s'agit pas de construire l'Etat sur une disposition naturelle, il ne s'agit pas de le construire du

tout. Le politique n'a pas, dans ce contexte, à « construire » le politique comme s'il était accidentel, relevait d'un contrat, d'un accord passé entre des volontés. Le terme « nature » n'a pas la même signification que pour Hobbes : il ne vise pas une « disposition naturelle » au sens d'un caractère inscrit dans une « nature » humaine décrivant des individus de fait, mais une essence rationnelle dont l'homme participe au titre de membre d'une espèce qu'elle contribue à définir.

L'individu n'est pas premier comme élément d'une pluralité contingente, mais comme *actualité de l'essence*, réalité intelligible concrète. On commence à soupçonner que Hobbes doit vis- non pas Aristote, mais sa ré interprétation dans un langage qui n'est pas le sien, celui de la rationalité moderne, pour laquelle il va de soi que le sujet est fondement de toute raison. Quand Hobbes parle de « disposition naturelle à la société », il faut reconnaître, plutôt que le *zôon politikon* tel que le concevait Aristote, l'attitude des Modernes privés d'une nature transcendante rationnelle et contraints de construire le politique à partir d'une nature humaine où la raison n'est pas autre chose qu'une détermination de l'individu.

On risque donc de passer à côté du texte si on néglige ce changement de terrain, sur la piste duquel nous met le texte lui-même, par l'étrangeté de l'argument opposé au *zoon politikon* : les hommes s'aimeraient les uns les autres s'ils étaient naturellement sociables et politiques. Nous supposons qu'implicitement Hobbes a changé de terrain par rapport à l'aristotélisme : s'il ne dispose pas d'argument vraiment pertinent contre le *zôon politikon* grec, c'est parce qu'il évolue *dans un univers théorique tout autre, prenant pour accordées d'autres prémices*.

On est donc en droit de supposer aussi que parmi les Modernes, Grotius illustrerait ces partisans d'une disposition naturelle à la société au sens moderne non substantialiste, puisqu'il promet, comme trait pertinent de la nature humaine permettant de construire la société civile, un « *appetitus socialis* ». Sur ce terrain, l'argument de Hobbes est bien plus efficace que contre la signification aristotélienne stricte du *zôon politikon*. Hobbes a beau jeu, en effet, d'y dénoncer la pétition de principe, se donnant ce qu'on veut démontrer, et de lui objecter l'absence de sentiments positifs réciproques entre individus qui normalement s'ensuivrait d'un appétit social immanent à tous, conçu comme un trait psychologique réel.

Une même question réunit Grotius et Hobbes, qui n'unit pas Hobbes et Aristote, et qui est la

question du droit naturel moderne : comment l'Etat doit-il être conforme à la nature individuelle ou subjective de l'homme — en l'absence d'une nature substantielle qui fonderait le politique ? Le texte semble donc bien prendre place dans un débat entre modernes et non, malgré l'apparence, entre modernes et tradition. Plus précisément dans un débat entre constructivistes (modernes mais il n'y en a pas d'antiques) et non entre constructivisme (moderne) et substantialisme (antique). C'est la disposition naturelle à la société comme point de départ de sa construction qui est visée, non sa construction même.

Réciproquement, si Hobbes p^eut récuser le principe de la construction attribuable à Grotius, c'est que son adversaire s'est uéjà aventuré sur son propre terrain. Car le *zôon politikon* tel que le reprend Grotius — ou tel que peut le concevoir un moderne étant donnée la rupture avec les prémices antiques substantialistes — sous les espèces d'un appétit social inné individuel, n'est pas un fait, porteur de son propre sens, mais un principe abstrait d'explication.

Chez Aristote, le rapport entre fait et principe — dans la philosophie pratique (et non théorique), celle qui s'occupe des « choses humaines » - est différente de ce qu'il deviendra dans la pensée moderne : le fait de la socialité est une donnée irréductible qu'il faut comprendre comme telle, ce qu'Aristote exprime dans *l'Ethique à Nicomaque* en disant que « c'est ici le fait qui est le principe ». Entendons : en tant que fait porteur de sens. Donc on part du fait, du *oti*, du *quod*, par exemple de la vertu, de la société, etc. et on cherche à le comprendre, à en développer en totalité le sens. Au contraire, dans ce texte — et d'une manière

générale chez les Modernes — c'est le principe qui est le fait : on allègue une détermination empirique (la socialité, la crainte, etc.), mais en la traitant comme un principe de construction. Sur cette figure du concept de l'individu humain, sur cette « nature humaine », tout est censé reposer. Mais cette figure du concept de nature humaine n'est pas reconnue comme telle, elle est présentée *comme un fait empirique permettant la construction*. Ainsi le *zôon politikon* est envisagé comme s'il s'agissait d'une disposition naturelle empirique et non comme principe théorique tel qu'il fonctionne dans le discours politique aristotélicien.

Résumons-nous : l'argument de Hobbes ne peut être pertinent que s'il révèle qu'il a abandonné, en fait, implicitement, le sol théorique de ce *zoon politikon* énoncé en grec. S'il révèle qu'à travers l'animal politique, ce qu'il vise, c'est la réinterprétation moderne de celui-ci en termes de constructivisme à partir de l'individu. Le lecteur peut alors y voir plus clair dans le malaise provoqué par l'étrange objection de Hobbes, si peu adaptée à l'aristotélisme qu'apparemment elle vise. On comprend que Hobbes est passé subrepticement de l'universalité de l'espèce à une forme de généralité commutative : généralité d'un caractère (la socialité) dont on exige qu'il soit également présent en tous et réciproquement mis en oeuvre, commutatif, échangeable, interchangeable. Hobbes récuse l'existence de cette généralité et c'est l'argument qu'il oppose au *zoon politikon*, mais la non-pertinence de l'argument révèle au lecteur que Hobbes n'entend pas l'universalité spécifique comme telle et l'interprète d'emblée comme généralité commutative. On peut se demander au prix de quels déplacements, de quelles modifications de l'univers de pensée. Pour le moment, il nous suffit pour une première approche du texte, de comprendre que c'est une même pensée — une pensée qu'on peut définir comme « moderne » au sens encore négatif de « non-aristotélicienne », qui 1/ pose le problème d'une origine de la société et entreprend de la construire 2/ le fait dans certains termes : en convertissant l'universalité spécifique en généralité commutative, et en rejetant ainsi l'idée d'une essence universelle de l'homme. C'est ce rejet que présuppose le principe implicite à l'oeuvre dans l'argument « affectif » opposé par Hobbes au *zôon politikon*.

La crainte : passion fondatrice de la société civile.

A l'horizon de cette partie du texte (de « Il est évident.. » jusqu'à la fin), on sent la difficulté de choisir le principe de construction, à partir du moment où on cherche à fonder le politique dans la seule nature humaine. Socialité, désir du bonheur, crainte, il peut exister bien des « principes » concurrents. On pourra toujours en récuser un au nom d'une expérience implicitement interprétée à partir d'un autre. Hobbes en appelle à l'expérience : mais une explication de ce type peut toujours tout expliquer, y compris les expériences qui semblent en contradiction avec le principe d'explication, principe auquel elle les ramène. Elle explique tout, sauf elle-même, sauf le choix du principe qui sert à l'explication. Ce principe redevient un pur fait, un fait brut, qui n'a pas besoin de justification.

Grotius pourrait après tout retourner l'argument et objecter à Hobbes la commutativité de la bienveillance de l'homme pour l'homme. Hobbes doit, dans son explication par la crainte, rendre compte de faits de bienveillance apparents. De même Grotius rendrait compte de faits de crainte apparents, réductibles selon lui à de la bienveillance. On est dans la pure construction à partir de faits mythiques pris pour des expériences. C'est pourquoi, il est intéressant de préciser comment s'y prend Hobbes pour établir le caractère plus particulièrement fondateur de la passion de crainte parmi d'autres passions individuelles. Il procède à partir d'un double point de départ :

a/ il n'existe pas de socialité naturelle et le fait de la société civile — le fait politique — n'est pas le point de départ de la réflexion politique, mais doit être déduit d'éléments plus originels — les individus. On devine le rôle que jouera la « volonté » telle qu'elle est présente dans le texte, comme agent du « contrat ». Si tout est à construire, à déduire d'éléments originels, il faut tirer le tout de la partie, en l'absence de toute référence à une essence commune.

b/ l'intérêt d'utilité ou de gloire ne fonde pas un lien durable. Il reste la crainte, qui vient à point pour fournir une raison de la socialisation : car il faut une raison puisque la société n'est pas naturelle à l'homme et qu'on pourrait désespérer de la trouver dans une passion — les passions étant naturelles.

Hobbes a donc à montrer que la particularité de la crainte est de n'être qu'indirectement fondatrice de socialité, et non directement, naturellement. La crainte ne sera pertinente que contre la pétition de principe des Modernes : considérer la socialité naturelle comme une passion naturelle, un trait empirique de la nature humaine individuelle. Mais comment établir le privilège de la crainte ? Puisqu'on se trouve, on l'a compris, dans un débat interne entre des penseurs de la rationalité moderne :

- soit le choix est arbitraire entre des principes également possibles, socialité, crainte, etc., tous également bons ou mauvais ;
- soit la crainte a un privilège, mieux en accord avec l'exigence de construction : d'une part elle est plus à même de se dépouiller des vestiges de la tradition, alors que le concept de socialité naturelle (par exemple l'appétit social de Grotius) a l'inconvénient de véhiculer une « politicalité » résiduelle, comme s'il restait contaminé d'aristotélisme, quoique d'un aristotélisme exténué, car il est douteux qu'Aristote ait voulu ramener l'ordre entier du droit et de l'Etat à une unique tendance de la nature de l'homme — la socialité ne prenant sens pour lui que dans le contexte de la communauté politique qu'elle est au contraire censée pour des Modernes, supporter. D'autre part, la construction est plus parfaite si on tire le social du non social. C'est de ce point de vue que Hobbes va expliciter le privilège de la crainte sur le désir de l'utilité et sur le désir de gloire.

Du fait que la société n'est pas naturelle et que le fait social — ne pouvant constituer, comme chez Aristote, le point de départ de la réflexion politique — doit être construit à partir de ces éléments plus originels que sont les individus, on pourrait supposer que la société politique est un moyen privilégié pour l'individu de faire un retour sur soi, soit pour voir ses besoins satisfaits, soit pour obtenir la gloire, soit pour trouver des collaborateurs servant ses intérêts ou des admirateurs servant son honneur. Il n'en est rien pour Hobbes :

a/ « Quoique les commodités ...à eux ». Cette hypothèse semble conforme à l'individualisme promu par Hobbes et elle a pour elle la caution d'une tradition remontant à Platon : les hommes forment des sociétés afin de satisfaire mutuellement leurs besoins. Mais, objecte Hobbes, cette passion — l'appétit des biens de ce monde, le désir de l'utile — conduirait plutôt l'individu à rechercher la domination que l'association : une « domination absolue », un pouvoir fort, permet bien mieux que « l'assistance mutuelle » d'éviter l'expression directe — naturelle — des besoins exercés sur la nature et les hommes (vol, pillage, exactions d'individus placés en concurrence). Cette passion n'est pas assez originelle : s'associer pour collaborer suppose une démarche rationnelle élaborée (anticiper l'avenir, maîtriser les instincts, etc.), donc une socialisation déjà assez avancée pour que les passions naturellement dissociatrices

aient perdu leur virulence. Il faut chercher une passion plus originaire, qui ne présuppose pas la société.

b/ *Quant au désir de gloire, il est trop exclusif*: si tous en bénéficient, la gloire n'est plus un bénéfice pour personne. Une société dans laquelle un individu est particulièrement honoré suppose une masse d'autres individus qui ne le sont pas. Ou bien si l'on imagine des groupes d'individus s'entre adulant réciproquement pour qu'il y ait « honneur » et « gloire », il faut que le reste de la société en soit exclu. Autrement dit, le désir de gloire n'est pas égalitaire, commutatif : même s'il était commun à tous les hommes, il pousserait chacun à se distinguer, à se séparer des autres. Il ne peut donc fonder une conduite rationnelle capable de socialiser les hommes en l'absence d'une amitié réciproque qui leur soit spontanée.

Donc ces deux passions contribuent à séparer les individus, qui ne sont déjà pas unis naturellement. En l'absence d'un amour naturel, toute passion, en fait, semble asociale. Puisque la nature dissocie les hommes en individus, pourquoi des passions, qui sont naturelles, les réuniraient-elles ? Il faudrait une passion qui soit « égalitaire » par elle-même, commutative, capable d'entraîner une collaboration telle que l'effet que ma conduite, produit sur mon semblable, induit de sa part une réaction identique sur moi-même. Ainsi serions-nous obligés de reconnaître notre égalité de condition et de combattre les passions qui produisent la domination et l'inégalité : Autrement dit, si les passions naturelles produisent l'hostilité entre les hommes, c'est seulement de l'hostilité que peut sortir la société, puisque la société, on n'en peut nier le fait, existe. L'hostilité sera donc cette passion commutative, égalitaire — ou mieux : égalitarisante. La crainte que m'inspire mon semblable est commutative, elle produit une socialisation généralisée et égalitaire, quoique négative. Pourquoi la crainte produit-elle les sociétés « les plus grandes et les plus durables » ? Chaque individu étant dans la même situation que tout autre, la crainte (à la limite celle de la mort que peut m'infliger autrui, sous l'effet de nos passions exclusives et « dit à chacun de croire qu'il peut tout seul dominer les autres. On suppose la crainte chez les autres (commutativité), une réciprocité de points de vue, donc on définit ainsi un intérêt général qui serait pour chacun d'éviter l'hostilité générale, la guerre toujours renaissante de chacun à chacun ou de tous contre tous. Cet intérêt général ne sera rien d'autre que l'existence même d'une société, évitant la guerre générale : un accord imposé et voulu.

Conclusion

A plusieurs reprises nous avons employé le terme « empirique » pour désigner le caractère des déterminations recherchées pour rendre compte de la construction de la société. Par-là, nous les distinguons du fait sensé servant de principe qu'est le *zôon politikon* d'Aristote. Mais Hobbes cherche aussi un principe, un *fondement de légitimité*, une justification *rationnelle* de la société, il ne décrit pas une succession de faits empiriques contingents. On pourrait sans doute en dire autant des autres Modernes que nous avons pressentis à l'horizon du texte, tel Grotius et son appétit social. Dans cet univers de pensée privé de principe rationnel donné d'emblée et qui doit tout construire, la difficulté est en effet de conférer à une détermination empirique (qu'elle que soit : sociabilité, hostilité, etc.) le statut de principe de construction, une figure du concept de la nature humaine, de l'individu humain — sur quoi tout repose.

Or cette détermination empirique, cette figure, n'est pas directement reconnue comme telle, comme concept de la nature de l'homme. Pour comprendre l'originalité du texte, il n'est que de comparer la démarche de Hobbes, rien que dans ces quelques lignes, et celle de Kant.

Chez Kant, les choses sont claires : on construit à partir d'une nature humaine, d'un homme doué de raison et de sensibilité. Mais Kant ne cherche pas tel ou tel trait empirique de cet homme, il part de son concept — l'être raisonnable et fini — en ce qu'il a d'universel et de nécessaire, donc capable de servir de principe. Car sans « principe » en ce sens, sans universalité et sans nécessité, pas de construction intelligible⁵⁷. Kant en déduit la morale de l'autonomie, la liberté morale, et de là la société comme Etat de droit où prend sens la liberté politique. Ainsi chez Kant la pensée constructiviste trouve un certain achèvement. Chez Hobbes au contraire, et chez tout per pur procédant manière descriptive à partir du concept de nature humaine non posé comme concept mais comme réalité empirique, tout se passe comme si l'usage du principe de construction comportait un certain arbitraire. Au lieu de partir du concept même de « nature humaine », défini dans ses marques nécessaires — raison et sensibilité — on isole une figure de manière plus ou moins contingente. Celle qu'isole Hobbes — la crainte — entend au moins éviter la pétition de principe qu'elle reproche à d'autres. Mais il reste que la « nécessité » à laquelle elle se réfère est celle des conditions non celle d'un principe. Nécessité d'une causalité empirique et non nécessité d'un concept universel (comme c'est le cas chez Kant). Si on ne peut se retenir d'une impression d'arbitraire de la construction proposée par le texte comme en face de l'argument clé qui lui sert de pivot, c'est que la référence à la nature de l'individu humain comme à un principe n'est pas (malgré cette ambition d'y voir le principe explicatif par excellence, la clé intelligible) tournée vers ce que cette nature peut avoir d'universel et de nécessaire. Tout se passe comme si la pensée moderne du politique — prise ici sur le fait dans ce texte de Hobbes — ne savait pas encore, à ses débuts, c'est-à-dire au moment inaugural de sa rupture avec la pensée antique et ses prolongements médiévaux, voire avec sa reprise jusnaturaliste moderne, faire usage du concept qui pourtant soutient l'ensemble de la construction : la nature (pensante) de l'homme, de l'individu humain appelée comme point de départ *nécessaire* par la logique de cette construction — de ce qu'on pourrait appeler le cogito jusnaturaliste dont la *crainte* hobbesienne est une des figurations — est posée contradictoirement dans une détermination particulière où il se montre privé de cette même nécessité logique. La théorie hobbesienne est censée s'ensuivre du concept de l'être capable de crainte selon le seul critère de la cohérence rationnelle, mais s'il est vrai, comme le dit Pascal, que « je ne puis concevoir un homme sans pensée » et, devons-nous ajouter, « sans sensibilité » (sans « exigence physique », sinon « sans tête »), nier la détermination de la crainte n'implique pas encore logiquement contradiction. La crainte « empirique » de Hobbes fonctionne comme une Loi dont la « nature pensante » elle-même déduit la conséquence politique par une démarche d'entendement qui investit directement dans la forme de la construction son présupposé fondateur : cette nature pensante elle-même qui procède après-coup à la déduction. « L'empirisme » du principe dissimule ainsi la prétention afférente à l'idéal du rationalisme constructeur, qui est d'édifier sur la seule base de l'individu et de sa raison finie l'édifice du droit et de l'Etat dans sa totalité.

Cette réflexion n'est pas une critique extérieure. Il fallait créditer le texte de cette audace pour en découvrir l'intérêt et en marquer la limite. Mais on doit reconnaître également que l'intention d'un pareil texte n'est pas lisible si on n'a pas présent à l'esprit les aboutissants qu'il nous cache dans une modernité qui au moins en partie reste la nôtre, et qu'il a pour ainsi dire « derrière son dos », et ses tenants dans une tradition « aristotélicienne » dont radicalement il se détache mais qui reste pour la lui limite de son horizon.

⁵⁷ La « perfectibilité », empruntée par Kant à Rousseau, correspond à ce statut intelligible et non empirique des facultés humaines.

Remarques sur l'explication de texte.

Qu'est-ce qui fait la difficulté théorique de ce texte ? Il est représentatif d'un certain type de difficulté propre à l'exercice. Cette difficulté ne consiste pas dans la complexité de la structure de la pensée, comme tel est souvent le cas par ailleurs. Elle consiste dans l'apparente simplicité d'une démarche trop évidente. Tout semble aller de soi. C'est alors qu'il faut se méfier, s'attendre à des présupposés et à des non-dits. Plus on est armé de culture philosophique, mieux on entendra les non-dits, mieux on saisira enjeux, implications. Mais il ne s'agit pas de projeter un savoir sur le texte. Du texte lui-même, de sa démarche interne, de ses propres difficultés (résolues et soulevées, aperçues et inaperçues) doivent sortir les *idées* qu'on y découvre (présupposés, implications, enjeux).

Par exemple ici l'étonnement provoqué chez le lecteur par l'argument de Hobbes contre le *zôon politikon*, le caractère discutable de l'argument. C'est ce qui doit faire réagir le lecteur, l'éveiller et l'induire à supposer que Hobbes ne s'adresse peut-être pas exactement à qui il dit qu'il s'adresse, qu'il faut tenir compte de la manière dont il interprète et dont son époque interprète l'idée aristotélicienne du politique.

Par ailleurs, certaines connaissances, sans être aussi indispensables que celle d'Aristote, rendent beaucoup plus clair l'horizon du texte : ainsi Grotius, auquel l'allusion est tacite, mais bien réelle. Si on y pense, on va plus vite soupçonner qu'il s'agit d'un débat entre « Modernes », entre théoriciens « modernes » du droit naturel.

Une difficulté supplémentaire consiste dans le fait que ces textes appartiennent souvent à des auteurs ou à des oeuvres moins connus que les textes canoniques de la philosophie (ex. ce texte de Hobbes). Dans le cas présent seront évidemment avantagés les étudiants qui s'intéressent à la philosophie politique et ont une connaissance de la problématique du droit naturel et du contrat (Rousseau, Grotius, Hobbes, etc.). Ainsi avertis, ils s'étonneront plus volontiers de voir le texte « parler grec » de manière aussi singulière. La réponse étant d'autant plus facile à trouver si l'on sait déjà que la discussion intérieure à la pensée du droit naturel moderne repose sur une rupture avec la tradition aristotélicienne de la pensée politique. Rupture à nuancer d'ailleurs puisque la problématique de Hobbes (sa re-fondation rationnelle du politique) semble avoir joué un rôle décisif dans la manière dont notre modernité pose la question du politique, non pas de manière empirique et individualiste sous l'influence d'un relativisme historiciste reniant tout droit naturel (anhistorique), toute perspective axiologique, toute vérité en politique⁵⁸, mais de manière philosophique à partir de la critique de la métaphysique de l'essence, en comprenant l'homme comme « acteur décisif dans l'édification de son propre monde social et politique », au moyen d'une « redéfinition du rapport de la connaissance à l'étant » (*philosophie première*) permettant « de rendre compte de l'établissement d'un nouveau rapport de l'homme au monde. »⁵⁹ De plus, « la philosophie politique de Hobbes restitue sous une forme de définitions et de déductions purement rationnelles des concepts qui ont été lentement élaborés du XIV^e au XVII^e siècle : individu, pouvoir, souveraineté, personne, Etat, loi, etc. En ce sens elle est à la fois un aboutissement et un point de départ. Elle fournit la version, pour ainsi dire canonique, que prendront les interrogations politiques modernes. Mieux, il est possible de repérer dans la dynamique interne par laquelle elle se ré-élabore d'une oeuvre à l'autre les processus par lesquels, d'une part, le concept de l'Etat comme ordre institutionnel disposant de droits et d'une puissance spécifiquement politiques suppose l'appropriation de la figure du prince ; d'autre part, la question politique centrale devient celle de savoir comment une multiplicité de volontés individuelles peuvent devenir une volonté politique unique ; enfin, l'une des questions juridiques centrales devient celle de savoir comment fonder un droit pénal qui ne contrevienne pas à l'individualisme éthique.<enfin...> Hobbes perçoit, peut-être plus nettement que d'autres, le caractère paradoxal du politique, toujours tendu entre langage et violence, droit et puissance, raison et passions. »⁶⁰

⁵⁸ C'est la thèse de L. Strauss (*Droit naturel et histoire, La cité et l'homme, Les trois vagues de la modernité*). Cf. Indications bibliographiques. Un disciple américain de L. Strauss, Alan Bloom, a brossé un tableau de la perte d'âme de notre modernité dans un beau livre, *L'âme désarmée* (Grasset).

⁵⁹ Y Ch. Zarka, *Hobbes et la pensée politique moderne*, PUF, p.19. Sur les nuances à apporter à la séparation par L. Strauss entre les perspectives ancienne et moderne, entre philosophie politique et histoire de la philosophie politique, cf. p.11-14, 16-18.

⁶⁰ *Ibid.*, p.19-20.

Bibliographie

Ouvrages classiques généraux

SOPHOCLE

Antigone

ARISTOTE

Ethique à Nicomaque (édition Garnier Flammarion), en particulier le livre V sur la justice et les livres XVIII et IX sur l'Amitié

La Politique, notamment le Livre I, que nous citons dans la collection Les Intégrales de Nathan, traduction et commentaires de P. Pellegrin. Ou dans les Belles Lettres (bilingue) ou Vrin (précieuses notes de Tricot), Garnier Flammarion, sous le titre *Les Politiques*

CICERON

Les Devoirs (Belles Lettres)

Traité des Lois (Belles Lettres)

La République (Belles Lettres)

PLATON

Gorgias

La Politique (en particulier le Livre II)

HOBBS

De Cive (Vrin) ou *Le Citoyen* (Garnier Flammarion)

Léviathan (Sirey)

LOCKE

Traité du Gouvernement Civil (Garnier Flammarion)

MONTESQUIEU

De l'esprit des lois

ROUSSEAU

Du contrat social

KANT

La Doctrine du droit (Vrin)

« Du rapport de la théorie et de la pratique dans le droit politique (Contre Hobbes) » in *Théorie et Pratique* (Vrin)

HEGEL

Principes de la philosophie du droit (Idées, Gallimard)

Ouvrages Contemporains, commentaires :

AUBENQUE

La loi selon Aristote, in *La loi, Archives de philosophie du droit*, t.25, Sirey

EDMOND

Philosophie politique (Masson)

GOYARD-FABRE

Les fondements de l'ordre juridique (PUF)

Qu'est-ce que la politique ? (Vrin)

Éléments de philosophie politique (Armand Colin, collection Coursus)

RICOEUR

Soi même comme un autre (Seuil)

Lecture I (Seuil)

STRAUSS

Droit naturel et histoire (Champs Flammarion)

La cité de l'homme (Agora, Presse Pocket)

WEIL

Article « du droit naturel » dans *Essais et conférence*, Tome I, Plon

ZARKA

Hobbes et la pensée politique moderne (PUF)

Dictionnaire des oeuvres politiques (sous la direction de F. Châtelet, O. Duhamel, E. Pisier) PUF

Deux excellents ouvrages scolaires que nous avons abondamment cités :

ABENSOUR

Le droit (édition Quintette)

POTDEVIN

La justice (éditions Quintette)

Les deux grandes oeuvres qui ont suscité les critiques fécondes dont nous faisons état

KELSEN

La théorie pure du droit (Dalloz)

RAWLS

Théorie de la justice (Seuil)