

Le droit et la justice

Le fait et le droit

Pour comprendre l'idée de « droit » on peut se référer simplement aux enfants, même jeunes, dans les cours de récré : lorsque l'un d'entre eux n'est pas content du comportement d'un autre lors d'un jeu, il lui lance un « T'as pas le droit! » sévère. Qu'est-ce que cela veut dire ? Quelle idée a en tête l'enfant qui parle ainsi au sujet de la manière dont les relations entre membres d'un groupe *doivent* fonctionner ?

Tout est dans l'apparition de ce verbe « devoir » dans la question qui précède. L'idée est qu'il y a *ce qui se fait* (ce qui est de l'ordre du fait) et *ce qui doit ou ne doit pas se faire* (ce qui est de l'ordre du droit). En philosophie, on distingue le fait et le droit ou encore *l'être* (ce qui est) et *le devoir être*. L'idée qui émerge dans l'esprit de celui qui dit « T'as pas le droit! », même quand il n'a que deux ans et qu'il n'a pas encore fait de philosophie (!), c'est qu'il y a une différence entre les choses qui se font et les choses qui doivent ou devraient se faire. En considérant aussi, comme on dit souvent dans le langage courant, que tel fait n'est pas « normal », on suppose qu'il *ne devrait* pas avoir lieu. On se réfère consciemment ou pas à l'idée de **norme**. Une norme est une idée porteuse de l'**exigence** que les faits s'y conforment : nous attendons de l'autre ou des autres qu'ils se conduisent en suivant cette exigence. Celle-ci peut être explicite ou non, écrite ou non, mais sa fonction est d'*obliger* quelqu'un ou un groupe d'hommes plus ou moins large à agir non pas spontanément (poussé par un instinct, une pulsion, une passion ou une envie passagère) mais à se référer avant d'agir (sans que l'on s'en rende nécessairement compte tant parfois nous avons intériorisé ces normes) aux règles qui régissent notre vie en société.

Ce qui précède est cependant trop vague et trop large encore pour nous permettre de définir « le droit ». Les règles ou normes dont nous avons parlé jusqu'à présent peuvent être proprement juridiques mais aussi morales, religieuses ou simplement traditionnelles. Nous verrons un peu plus loin les différences entre ces règles en fonction de leurs sources.

Pour l'instant, retenons que **le droit se présente comme une série d'énoncés normatifs ou de règles qui instituent des devoirs en prononçant l'interdiction de certains comportements, ou l'obligation d'en adopter d'autres**. Ajoutons que les lois peuvent aussi éventuellement énoncer ce qui est simplement *permis*.

Ainsi, pour revenir à la distinction qui sert de titre à cette partie du cours, l'idée de droit entretient-elle essentiellement une relation critique vis-à-vis des faits, ou de ce que l'on pourrait appeler le « fait brut » : que certains comportements existent effectivement, voire soient très communs ou très ancrés dans les habitudes, ne change rien à l'affaire pour l'homme qui grâce à sa conscience et sa raison pose la question « De quel droit ? ». Il ne s'agit pas de savoir si l'acte en question se pratique ou est communément admis mais s'il est légitime et/ou légal (nous reviendrons également plus loin sur cette distinction importante).

Un fait peut-il fonder un droit ?

La distinction fondamentale que nous venons de mettre en évidence entre ce qui simplement *est* et ce qui est *légal* ou *légitime* (c'est-à-dire conforme à une règle juridique ou morale) nous permet de comprendre pourquoi l'idée qu'il existerait un « **droit du plus fort** » ne résiste pas à un examen rationnel. Selon cette idée **le fait** qu'une personne soit plus puissante, plus forte, qu'une autre lui donnerait un **droit** sur elle. Le plus faible ne serait pas seulement *contraint* d'obéir au plus fort, mais il y serait également *obligé*. C'est de cette manière qu'historiquement l'esclavage a pu être justifié par

exemple. Il faut ici se référer aux analyses limpides de **Rousseau** dans *Du contrat social* (Livre I, chapitre 3) : il y établit clairement que **d'un fait on ne peut tirer aucune norme**. Qu'un comportement existe, qu'une domination soit établie en fait, n'entraîne aucun droit, donc aucun devoir de lui obéir ou de l'accepter corrélativement. Il faut distinguer les *puissances de fait* et les *puissances légitimes*, que ce soit par exemple dans des relations inter-individuelles (un mari ou un père qui use de la violence sur les membres de sa famille parce qu'il est le plus fort physiquement) ou dans la sphère politique (où le pouvoir peut être entre les mains d'un despote quelconque et de l'armée qui le sert). Ainsi l'argumentation de Rousseau sur ce point se termine-t-elle par cette phrase : « **Convenons donc que force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes.** »

Pour être complet, nous venons donc de voir que la force ne peut constituer un *fondement* pour le droit, mais en revanche elle est bien souvent, historiquement, à l'origine du droit réel. Quand le pouvoir en place a été conquis par la force et qu'il édicte arbitrairement des lois...

Droit idéal et droit positif

Il faut donc distinguer le **droit idéal** et le **droit réel ou positif**. On entend par *droit positif* la législation existant à un moment donné et dans une société donnée, constituée par l'ensemble des règles juridiques en vigueur. Dans ce sens là, dans toutes les sociétés actuelles il y a un droit positif, c'est-à-dire des règles, des lois écrites, qui émanent de l'Etat et qu'il se charge de faire respecter.

Mais on peut se poser la question de savoir si le droit positif dit tout du droit. Qu'une loi ou une règle existe nous interdit-il de la juger ? A un moment donné de l'histoire, le droit positif définit ce qui est **légalement** obligatoire (dénoncer les juifs en France sous l'occupation allemande), ce qui est interdit (ouvrir un compte en banque sans l'accord de son mari, en France toujours, pour une femme avant 1965) ou permis. Vous aurez compris avec les exemples subtils (!) que j'ai choisis, où je veux en venir : ce qui est **légal** est-il nécessairement **légitime** ? Les règles de droit qui sont en vigueur à un moment donné de l'histoire dans telle société peuvent-elles être elles-mêmes jugées ? Si oui, au nom de quoi ?

Il est possible sur ces questions de défendre un strict point de vue *positiviste*, on parle alors de **positivisme juridique**. Cette position consiste à rejeter l'idée que nous pourrions juger les diverses législations existantes de l'extérieur. On ne peut pas affirmer qu'une législation est mauvaise ou plus mauvaise qu'une autre car il faudrait pour cela disposer d'un critère externe et universel qui soit comme une « super-norme » qui surplombe le système constitué par le droit positif donné du pays que nous voulons considérer. Or, les partisans de ce courant de pensée considèrent que nous ne pouvons définir le Juste ou le Bien en soi, qu'il s'agit seulement d'idées vides ou métaphysiques. Ainsi **Hans Kelsen** (1881-1973) dans sa *Théorie pur du droit* (1934), parce qu'il veut fonder une « science du droit », réclame-t-il un statut autonome pour le droit à l'égard de la morale et de toute idée d'un droit idéal ou naturel. Un système juridique quelconque, comme un système logique ou mathématique, doit être bien construit, cohérent, ordonné; mais il est au même titre que ceux-ci une construction tout à fait artificielle, dont les bases sont conventionnelles et en aucune manière fondées dans la nature ou dans une quelconque Idée transcendante de Justice. Tous les systèmes juridiques sont également légitimes, ou plutôt, l'idée même de pouvoir juger d'un tel système (hormis la question de savoir si les normes qui le composent sont compatibles entre elles et hiérarchiquement ordonnées) est absurde, c'est-à-dire vide de sens.

A l'inverse de la position positiviste, nous trouvons une conception que l'on appelle **idéaliste**. Elle repose sur l'idée selon laquelle au-delà ou au-dessus des lois ou des normes historiquement instituées nous pouvons et nous devons nous référer à des normes qui elles ne seraient pas relatives au temps et au lieu et qui nous permettraient de fonder la différence entre ce qui est *légal* et ce qui est *légitime*.

Autrement dit qu'il serait possible et légitime de juger, voire de condamner certaines lois positives au nom de droits ou de valeurs universelles. La figure d'Antigone dans la tragédie éponyme de Sophocle est une représentation tragique de cette position; elle qui décide de braver l'interdiction du roi Créon d'enterrer son frère Polynice, en se référant à son devoir d'obéir aux lois divines qui ordonnent d'honorer sa famille. De la même manière on peut penser aux résistants qui, pendant la seconde guerre mondiale, désobéissaient à l'Etat français de Vichy et aux forces d'occupation allemande aux noms de valeurs chrétiennes ou laïques universelles (d'une certaine idée de l'humanité, de la dignité de la personne humaine ou des droits de l'homme). Même si l'existence de telles Idées est problématique (comment définir le Bien, le Juste?), pouvons-nous si facilement en faire l'économie ? Pouvons-nous nous contenter de penser que ce qu'une loi interdit est nécessairement injuste ? ou que ce qu'elle ordonne est nécessairement juste ? N'est-il pas parfois juste de désobéir ? Nous rejoignons là à la fois une réflexion politique sur ce qui rend un pouvoir, un Etat légitime et donc les lois qu'il promulgue (voir cours sur la politique) et une réflexion sur la Justice (entendue comme Idée et non pas comme institution).

Qu'est-ce qu'une loi juste ?

Nous venons de voir que l'on ne saurait confondre le légal et le juste, ou une action, une décision légale et une action légitime sans tomber dans un relativisme dangereux. D'un strict point de vue juridique, nous pouvons signaler également qu'un pur légalisme (c'est-à-dire une référence exclusive à la loi positive, réduite à sa *lettre*) n'est pas tenable non plus : le fait que dans les tribunaux les juges doivent interpréter les lois (nécessairement *générales*) pour les appliquer à des situations *particulières*, en se référant à *l'esprit* de celles-ci (à l'intention du législateur, aux finalités poursuivies) montre que l'on ne peut pas éliminer le fait que pour déterminer le juste, nous devons justement *juger* et jamais simplement appliquer, de manière mécanique une règle. Si l'on pouvait le faire, une machine pourrait tout aussi bien que l'homme dire si un individu est coupable ou non (d'un délit ou d'un crime) et quelle peine doit lui être infligée. Il semble donc que l'on ne puisse éliminer le recours à la **conscience** de celui qui juge, même si l'on voit bien que le risque d'arbitraire et de subjectivité ressurgissent alors. Ainsi, contre un strict positivisme ou légalisme, les différents systèmes juridiques font-ils une place, plus ou moins grande, à l'idée de *jurisprudence*.

Comment alors définir ou connaître le juste, si ni la loi positive ni la conscience ne sont des références fiables et sûres ? Qu'est-ce qui nous permet de dire si une loi est juste ?

- On pourrait d'abord imaginer qu'une loi juste émane d'une autorité (celle d'un seul homme ou d'un groupe de « sages ») possédant la vertu de justice, une connaissance de ce qu'est la justice. C'est l'espoir qu'exprime le *Gorgias* de **Platon** dans lequel Socrate cherche tout au long du dialogue à faire comprendre à son jeune ami Alcibiade, qui ambitionne de hautes responsabilités dans la cité d'Athènes, que seule une connaissance du juste pourrait rendre légitime son ambition de diriger les affaires publiques. C'est ce même espoir qui sous-tendait l'idée du despotisme éclairé au siècle des Lumières, même si chez des penseurs comme **Kant** (dans *Qu'est-ce que les Lumières ?*), par exemple, il ne s'agissait plus de compter sur la sagesse intrinsèque d'un monarque « providentiel », mais sur des conditions extérieures particulières : pour Kant, les hommes pourraient progresser dans la connaissance de la vérité, de la justice et vers la liberté, si le monarque en question garantissait la liberté de pensée et de discussion dans l'espace public. Ainsi, son action politique pourrait être *éclairée* par les recherches, les conseils ou les critiques des philosophes et autres « intellectuels » comme on dirait aujourd'hui.

- En prolongeant cette idée, on peut parvenir à l'idée que ce qui permet de considérer qu'une décision ou une loi est juste c'est la qualité des **procédures** qui ont été suivies pour l'élaborer. C'est

ainsi que la philosophie politique classique (cf cours sur la politique) nous a appris qu'une loi est juste, ou a plus de chance de l'être, si elle émane d'un pouvoir légitime, c'est-à-dire fondé sur les idées de contrat, de souveraineté populaire, si dans cet Etat est instaurée une séparation des pouvoirs, si la proposition de loi a été discutée, a fait l'objet d'un examen critique etc...

Plus près de nous c'est aussi à cette conformité des procédures suivies réellement pour discuter de la justesse de telle ou telle proposition avec des normes idéales de discussion, que des philosophes contemporains comme **Karl Otto Apel** (né en 1922) ou **Jürgen Habermas** (né en 1929), se sont intéressés à travers la réflexion sur ce qu'ils ont appelé « l'éthique de la discussion » : en faisant très schématique, dans cette perspective, la définition du juste est le résultat de discussions entre les personnes concernées, discussions qui ont respecté certaines normes (égalité de droit des participants, accès égal à l'information etc...) et qui ont abouti à un consensus. C'est sur ces principes que fonctionnent par exemple les comités de bio-éthique chargé d'émettre des avis sur des sujets comme le développement des OGM, l'autorisation du clonage ou des recherches sur les embryons humains.

Justice, égalité, équité

Si on admet l'**égalité** de droit des individus, on peut ajouter qu'être juste c'est traiter de manière égale tous ceux sur qui notre action aura une influence, *donner autant à chacun ou traiter chacun de manière égale*. Deux enfants qui auront reçu le même nombre de bonbons de la part de leur mère auront ainsi le sentiment que le partage a été juste; ou deux élèves attendent d'un professeur qu'il leur porte la même attention, la même sollicitude. Dans de nombreux contextes, la justice consiste en l'égalité car rien alors ne justifie un traitement inégal : nous sommes tous égaux en qu'en que nous avons les mêmes droits, en tant qu'hommes ou qu'élèves par exemple.

Néanmoins, **être juste**, n'est-ce pas, dans certains cas, **traiter inégalement**, d'un point de vue arithmétique, des personnes qui n'ont pas mérité autant ? N'est-il pas juste, pour revenir sur un des exemples précédents, de ne pas attribuer la même note à deux élèves qui n'ont pas réussi également un exercice ? On doit tenir compte alors de la notion de **mérite**, et respecter cette fois une égalité d'ordre proportionnelle : la note de chacun (ou le salaire dans une relation entre patron et employé) sera fonction de la performance réalisée. Il serait absurde (et injuste!) que deux personnes obtiennent la même rétribution ou des rétributions égales dans ce cas ; il convient alors de respecter l'**équité** entre eux.

! Annexe page suivante !

Les différents types de lois

	Source	Qui punit ?	Comment	Quelle punition
--	--------	-------------	---------	-----------------

			oblige-t-elle ?	?
Loi juridique	Elle est d'origine humaine . Elle émane de l'autorité souveraine donnée dans la société considérée (le pouvoir législatif).	L'Etat, à travers l'institution Judiciaire qui détermine si une faute a été commise et quelle sanction elle mérite en fonction de règles écrites (code civil, pénal...)	La loi assigne des devoirs à l'individu de l'extérieur. Elle régleme les comportements et non les intentions.	En fonction de la gravité de l'acte commis : La contravention, le délit, le crime sont punis d'amende et/ou de privation de libertés, de TIG etc...
Loi divine	Dieu qui la révèle aux hommes par l'intermédiaire de prophètes	Dieu	Elle oblige de l'intérieur de l'individu par la conscience morale de la faute, ou le sentiment de culpabilité dont on peut considérer qu'il est comme la voix de Dieu en sa créature. De l'extérieur par les institutions ecclésiastiques	La faute constitue un péché. La punition peut avoir lieu du vivant de son auteur (directement à travers une action de Dieu ou à travers une sanction de l'Eglise) ou après sa mort (Jugement dernier dans le christianisme).
Loi morale	La conscience individuelle ou la raison selon le système moral auquel on se réfère	La conscience morale à travers le sentiment de culpabilité, le remords, internes à celui qui a commis la faute	L'obligation se fait sentir également « de l'intérieur » toujours par le moyen du sentiment de devoir respecter cette loi. La sanction peut aussi consister en une condamnation de la part des autres.	Aucune punition légale