

Norman Palma

Introduction à la théorie et à la philosophie du droit

A Jean Cohen, en souvenir d'une belle et féconde amitié

## **AVANT PROPOS**

Le projet d'écrire une introduction à la théorie et à la philosophie du droit a été déterminé par le besoin de mettre à la disposition de mes étudiants une vue d'ensemble de ce domaine. Lorsque j'ai commencé l'enseignement de cette matière en octobre 1987 à l'Université de Vincennes à Saint-Denis, je savais que j'allais devoir affronter deux difficultés majeures. Tout d'abord, les étudiants de licence et de maîtrise de droit n'ont aucune formation philosophique. Ensuite, il n'existe en France aucune bibliographie adéquate pour permettre une bonne entrée en matière (ce qui n'est pas le cas en Allemagne, en Italie ou en Espagne).

Ces difficultés sont liées au fait que, dans la tradition de l'enseignement juridique en France, il y a peu de place pour une réflexion dépassant les limites de la positivité du droit et de sa dogmatique, malgré les efforts de Michel Villey, ou de Gurvitch, à partir de la sociologie du droit.

A ce manque d'une tradition solide dans la réflexion, cherchant à dépasser les bornes de l'ontologie juridique, s'est ajoutée, dans la modernité, l'incidence du marxisme. Pour cette théorie, comme on le sait, le droit appartient à ces déterminations de la suprastructure qu'il s'agit de dépasser. Or, le marxisme sous sa forme la plus dogmatique a joué un rôle de tout premier ordre dans l'Université française.

C'est donc en constatant ce vide dans la réflexion axiologique que m'est venue l'idée d'écrire une présentation de la philosophie du droit. Mais ce projet s'est trouvé soudain intégré dans une perspective beaucoup plus vaste. C'est à l'automne 1988 que le projet actuel - dont cette Introduction est la première partie - a pris sa forme définitive.

La construction théorique dont il est question est composée de quatre Introductions à la Théorie et à la Philosophie. La première concerne le droit, la seconde l'économie, la troisième la politique et la quatrième la nature. Ces Introductions, à l'instar des piliers d'une bâtisse, seront chapeautées par un travail dont le titre sera : De l'Ontologie et de la Métaphysique de l'Etre.

Ce projet de construction théorique est ainsi l'aboutissement d'une réflexion pour laquelle le dépassement du débousolement que nous connaissons dans les temps présents ne peut venir que de la restructuration totalisante de ce qui s'insinue déjà comme essentiel dans la philosophie première : les cadres référentiels. Il s'agit plus précisément de reconstruire le devoir-être du monde.

Il y a dans ce travail des reprises de certains thèmes essentiels. Mais ces reprises ne doivent pas être considérées comme de simples répétitions. Elles sont plutôt l'incidence des grands problèmes des temps qui courent. Elles nous ont semblé nécessaires pour expliciter certaines catégories, voire certains phénomènes essentiels pour la compréhension du règne de la normativité et de son objectivation.

A notre époque de crise, de misère généralisée et de déroute intellectuelle, il nous a semblé nécessaire de rappeler les principes de l'ordre social. Chaque fois que nous avons soulevé la voile qui enveloppe la réalité sociale, nous avons découvert, comme dit Kelsen, la tête de Gorgone de l'Etat. Il s'est alors agi de découvrir les mécanismes qui conditionnent l'existence de cet être-voile que nous appelons la réalité. Nous avons ainsi constaté - tout comme l'a fait la grande pensée qui a été source de conscience de la raison en elle-même - que le discours du monde est construit, pour l'essentiel, à partir de l'illusion et du mensonge. C'est seulement par delà cette couche idéologique que se manifeste l'infinité de la raison.

Nous sommes, plus que jamais, condamnés à penser, pour pouvoir surmonter l'entreprise de destruction et d'avilissement d'une grande partie de l'humanité qui, de nos jours, est à l'oeuvre au nom des valeurs d'ordre universel. La lutte pour la vérité de la raison est en même temps une lutte pour la dignité et la justice.

Avant de mettre fin à cet avant-propos, je tiens à remercier Julie Athlan pour avoir, en tant que, secrétaire du département de droit, défendu pendant des années l'existence de mon cours de philosophie du droit. J'adresse aussi mes remerciements à Judith Rosowsky pour mener à bien la publication de ce texte.

Paris, le 23 décembre 1990.

# I. LE CONCEPT DE DROIT

## **1) Remarque préliminaire**

Comme nous le verrons tout au long de ce travail, le droit se présente tout d'abord comme un ensemble de règles dont le but immédiat est de réguler l'existence sociale. Nous avons affaire ici à une perception immédiate de ce phénomène normatif. En effet, lorsque nous approfondissons un peu la fonction et le sens du droit, nous nous rendons compte que, dans sa positivité, l'ordre juridique est l'expression d'un mode d'être du social. De sorte que le droit positif régule en dernière instance un ordre effectif.

Mais le concept de droit ne s'épuise pas dans sa fonction régulatrice et de consolidation d'un ordre donné. La philosophie du droit nous montre, en effet, que par delà l'existence formelle de l'ordre juridique se profile une dimension strictement axiologique. Ceci dévoile le principe et la finalité du droit : la réalisation effective du juste dans l'existence sociale.

On peut, par conséquent, soutenir que la perception totalisante du droit inclut cette autre dimension du phénomène juridique : son devoir être. C'est le rapport de la positivité à cette autre dimension qui est l'objet même de la philosophie du droit.

Il ne s'agit pas ici d'un rapport arbitraire, mais d'une relation essentielle. Car, le devoir être du droit est en même temps sa raison d'être. Le règne de la légalité présuppose celui de la légitimité.

En d'autres termes, dans l'univers des formes le devoir-être est inséparable de son être. De sorte que contrairement à ce que pensait Kant l'être et le devoir être sont intimement liés dans le règne des formes signifiantes. Ce rapport est fait de telle manière dans l'univers du droit que sa dimension axiologique est la substance même de sa positivité.

Mais, avant de déterminer la logique de ce rapport, nous devons exposer le droit dans sa dimension strictement formelle. Celle-ci étant l'objet même de cette partie.

## **2) Le mot droit**

Le terme de droit, comme celui de right, recht, dritto, derecho, etc. vient du latin rectum. Ce mot se rapporte, par conséquent, à ce qui est droit et s'oppose à ce qui diverge de cette ligne.

Les romains désignent le terme de droit par le mot jus. Ce qui renvoie aux termes de justus et de justitia. Nous avons d'ailleurs le même rapport en allemand, puisque recht (droit) renvoie à gerecht (juste) et gerechtigkeit (justice). De sorte que selon sa définition première, le droit est ce qui est juste. Il se manifeste en tant que tel comme l'expression et la représentation de la justice.

Certains théoriciens font dériver le mot "droit" du latin directum, ce qui mène, par conséquent, au concept de diriger, donc à ceux de regere (gouverner), regnum (le règne) et rex (le roi). De sorte que selon cette définition le droit est la normativité produite par le pouvoir.

Cette conception du droit n'est pas entièrement fautive. En effet, selon sa pratique immédiate la juridicité est produite par le pouvoir. Mais le pouvoir produit seulement la légalité ou ce qui a une validité. Donc, en dernière instance, ce qui tire son existence de la raison de la force.

De sorte que cette définition s'avère partielle ; car, la légalité n'est pas en elle-même suffisante sans la légitimité. Par conséquent, le droit renvoie à une dimension autre que celle du simple pouvoir. En d'autres termes, le pouvoir produit la légalité, mais dans sa production normative il a besoin de la légitimité. Cela dit, cette catégorie n'est pas un facteur d'ordre empirique ; elle est en rapport avec la dimension universalisante des valeurs.

## **3) Droit public et droit privé**

La première grande subdivision est celle qui établit la différence entre le droit public et le droit privé. Cette distinction dans l'ordonnement juridique, est la manifestation de la différence essentielle de l'être du social : l'Etat et la société civile. On peut aussi parler, à ce propos, de propriété publique et de propriété privée. Et plus précisément, du règne de l'une et de l'autre forme de propriété. Quant à la logique même de ce rapport, nous avons affaire ici à une

manifestation de la loi des contraires. Donc, à ce qui constitue le fondement même de l'Être en tant que tel.

Les juristes romains étaient conscients de l'importance de cette différence entre le droit public et le droit privé. Pour eux le droit public se rapporte à l'organisation de la chose publique (quod ad statum rei romanae spectat) ; tandis que le droit privé concerne l'intérêt des particuliers (ad singulorum utilitatem).

#### **4) Droit public**

Le droit public se rapporte ainsi à tout ce qui concerne l'organisation de l'Etat : son fonctionnement et les services publics. A ce domaine appartiennent toutes les relations dans lesquelles intervient l'Etat et ses délégataires, comme les ministères, les départements, les communes, etc.

C'est le droit public qui institue les organes de l'Etat et détermine le droit et les devoirs des fonctionnaires. Ceci, non seulement pour ce qui est de leurs attributions, mais aussi pour ce qui est de leur statut. Par conséquent, le droit public détermine non seulement l'ordre du pouvoir, mais aussi les attributions et les privilèges de son personnel.

D'une manière générale le droit public arrête la situation des individus envers l'Etat. Ainsi, le citoyen dans sa pratique politique est conditionné par le droit public. Il en est de même pour ce qui est du contribuable et du soldat.

Le droit dans sa totalité, en tant qu'ordonnement juridique, est une pyramide normative et implique une chaîne de validité. Au sommet de cette pyramide se trouve le droit public, lequel a comme pièce maîtresse le droit constitutionnel.

La constitution est le texte fondamental. Elle est, pour ainsi dire, le support immédiat de l'ordre juridique. De sorte que le droit constitutionnel établit la structure fondamentale de l'Etat : les pouvoirs publics, les autorités qui les exercent et les principes qui conditionnent le fonctionnement et l'existence de l'espace public. Le droit constitutionnel détermine aussi le rapport entre l'Etat et la société civile et plus précisément les sujets du pouvoir.

Au sens strict du terme, le droit constitutionnel détermine l'ordre et le fonctionnement des organes essentiels de l'Etat. Pour la théorie classique ces organes correspondent aux trois fonctions principales de l'Etat, les trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire.

De sorte que les fonctions premières de l'Etat sont celles de produire le droit, d'assurer son existence et d'appliquer ses règles. C'est le droit constitutionnel qui établit cet ordre de la production, de l'exécution et de l'application du droit.

Généralement parlant le droit public est composé de deux dimensions essentielles : le droit constitutionnel et le droit administratif. Dans le droit constitutionnel il faut inclure non seulement le texte fondamental dont nous venons de parler, mais aussi les lois organiques. Donc, celles qui régulent le fonctionnement des organes essentiels de l'Etat. Le droit administratif est par contre celui qui régule le fonctionnement des différents appareils de l'Etat et des unités sociales et économiques considérées par l'ordre juridique comme faisant partie de l'espace public. Nous parlons dans ce cas de services publics.

Cela dit, les ramifications du droit administratif sont si vastes que certaines de ses branches sont souvent considérées comme des unités plutôt distinctes. C'est notamment le cas du droit fiscal, du droit du travail et du droit disciplinaire. Le droit pénal est généralement inclus dans le droit public et fait partie, pour certains théoriciens, du droit administratif. Dans la pratique c'est en effet l'Etat qui poursuit les criminels. C'est ainsi que le procureur (staats-anwalt, en allemand) est considéré comme le représentant de la société et soutient l'accusation devant les tribunaux. De plus, les enquêtes sont faites par les juges d'instruction.

Cette réduction du droit pénal au droit administratif est toutefois particulièrement problématique. En effet, il est vrai que certaines déterminations de la pratique pénale coïncident, comme nous venons de le voir, avec le droit administratif, d'autres aspects lui échappent, dans la mesure où la mission essentielle de l'Etat n'est pas seulement de garantir l'ordre et la sécurité, mais aussi de maintenir et de promouvoir la justice. C'est précisément cette dimension axiologique qui fait que le droit pénal ne peut pas être réduit au droit administratif.

D'ailleurs, la raison d'être du droit pénal, n'est pas la simple intimidation, ou bien l'amendement du coupable, mais la réalisation de la justice. Ainsi lorsque la dimension éthique disparaît des finalités d'un Etat, le droit pénal tend à se réduire à une fonction strictement administrative. Seul alors compte le principe d'ordre au sein de la hiérarchie sociale, le droit pénal, partie du droit commun, se rapproche du droit pénal militaire. Donc de cette juridiction où prime l'ordre hiérarchique et la discipline au sein même de cet ordre.

Pour ce qui est du droit pénal, il faut rappeler qu'il implique une procédure. Par conséquent, des règles très strictes qui constituent des garanties pour l'inculpé. C'est ainsi que les débats en cour d'assises sont soumis à un certain ordre et ne peuvent pas être abandonnés à l'arbitre du Président. La partie strictement administrative de la procédure, concerne l'instruction criminelle.

## 5) Droit privé

Généralement parlant le droit privé se divise en deux parties essentielles : le droit civil et le droit commercial. Le droit civil est la branche du droit privé qui se situe au sein même du *nomos*; tandis que le droit commercial est la partie du droit privé qui correspond à l'économie mais qui est réglé par le *nomos*.

Nous avons affaire ici à un rapport particulièrement significatif du droit et de l'économie. Le droit étant une dimension plus englobante, car il règle l'économie via le droit commercial et via la monnaie. Car la monnaie (*nomisma*, de *nomos* loi) est un phénomène institué et donc un produit du droit. Nous parlerons du rapport entre le droit et l'économie (*oikos* et *nomos*) dans la dernière partie de ce travail. Il s'agit ici seulement de relever le lien principal de l'imbrication de ces deux manifestations de la moralité objective.

Cela dit, revenons à la problématique qui nous intéresse ici : le fait 1) que le droit privé est cette dimension du *nomos* qui correspond à la société civile, et 2) que le droit privé se divise en deux parties essentielles : le droit civil et le droit commercial.

Le droit civil est la branche principale du droit privé. Il s'applique sans distinction à tous les membres de la communauté sociale. Le droit civil règle : 1) les principaux faits et actes de la vie humaine : naissance, majorité, mariage, décès, etc.) ; 2) la situation juridique des sujets à l'égard de ses semblables (capacité civile, dettes et créances, etc.) ; 3) le rapport juridique des sujets à l'égard des choses (propriété, usufruit, etc.).

Par conséquent, le droit civil se décompose ainsi :

- 1) Le droit des personnes qui règle les conditions de la personnalité (physique et morale) et de la capacité juridique.
- 2) Le droit de la famille qui régleme le mariage et le rapport entre les époux; ainsi que le divorce et la séparation des corps. Il règle aussi la situation des enfants soit légitimes, soit illégitimes, soit adoptifs, ainsi que leur rapport avec leurs parents et vice versa.
- 3) Les droits réels qui règlent les droits sur les choses : comme la propriété, l'usufruit, les charges foncières, le gage etc. Ici se fait la distinction entre les biens immeubles (terrains, bâtiments, fabriques) et les biens meubles, donc susceptibles de déplacement.
- 4) Le droit des obligations qui régleme les rapports provenant d'une convention (contrat de vente, de bail, d'assurance, etc.) ou d'un "acte illicite" ayant causé dommage à autrui.
- 5) Le droit de succession qui règle le sort des biens, des créances et des dettes de ceux qui achèvent leur parcours existentiel.

Comme nous l'avons signalé plus haut, au droit civil - branche générale du droit privé - s'oppose le droit commercial. Cette partie du droit privé établit les règles particulières aux commerçants et aux actes de commerce. Il règle, par conséquent, l'existence des sociétés commerciales (sociétés anonymes, à responsabilité limitée, etc.) Le droit commercial régleme les effets de change (lettre et billets de change) et d'autres papier-valeurs, comme les chèques, les titres aux porteurs etc.

Les théoriciens du droit commercial en particulier, considèrent comme droit civil, tout le droit privé qui ne rentre dans le droit commercial. D'autres théoriciens du droit privé pensent qu'il y a des branches qui n'appartiennent pas à l'un ou à l'autre domaine de cette division

fondamentale. C'est le cas notamment du droit maritime, du droit rural et du droit se rapportant à la propriété intellectuelle et industrielle.

Nous n'allons pas rentrer ici dans cette polémique. Il est toutefois évident que certaines manifestations du droit privé tendent à dépasser les déterminations de sa division fondamentale, pour se projeter dans d'autres dimensions du droit. C'est ainsi qu'une partie du droit maritime se rattache au droit commercial, lorsqu'il s'agit des pratiques marchandes non concernées par le droit international privé. C'est le cas de l'affrètement, de l'engagement d'équipage, etc. Une partie du droit maritime appartient cependant au droit administratif ; c'est le cas de l'organisation des ports notamment.

Pour ce qui est de la procédure civile, certains théoriciens la rattachent, à cause de la matière qu'elle traite et des intérêts qu'elle assure, au droit privé. D'autres théoriciens considèrent par contre - et avec raison nous semble-t-il que la procédure civile appartient au droit public. Ceci, parce que la procédure civile détermine les conditions auxquelles l'Etat subordonne la protection accordée aux intérêts juridiques. La procédure civile fait, par conséquent, partie de ce service public qu'est l'administration de la justice civile et commerciale.

Le droit privé, au sens strict du terme, concerne les relations des particuliers entre eux, lesquels se trouvent sur un pied d'égalité juridique, à l'abri de toute ingérence de l'autorité publique. Pour cette raison, nous disons que les droits civils sont ceux que reconnaît et protège le droit privé. C'est en vertu de ces droits qu'une personne est sujet de droits et d'obligations.

Les droits civils sont le fondement du principe d'individuation. Dans la tradition romaine seul l'homme libre est sujet de ces droits. Comme nous le verrons plus loin, l'accomplissement de ce principe se manifeste lorsque l'individualité est sujet des droits politiques. Par conséquent, sujet du pouvoir. Dans cette dimension toutes les individualités se situent sur un pied d'égalité par rapport au pouvoir. *L'isonomia* s'accomplit dans *l'isocratia*.

## **6) Le droit international**

Le droit international s'appuie sur ces sujets de droit public que sont les Etats. La moralité objective qui se concrétise dans ces institutions ne reste pas au niveau de ces particularités. Elle se projette nécessairement au niveau international.

C'est précisément cette dimension qui permet l'existence de la communauté internationale. Donc d'une communauté régie par des lois objectives, connue par chacun de ses membres, lesquels sont conscients de la nécessité de ces règles, car elles permettent d'assurer leur sécurité, tout en promouvant la justice au niveau international.

Il est important de tenir compte que les sujets du droit international sont les Etats civilisés. Donc, ceux dont la réalité est conditionnée essentiellement par l'existence de la *civitas*. L'extension de ce phénomène, a pu, par conséquent, permettre la réalisation d'une société internationale, conditionnée par le droit. Plus précisément, par une certaine force du droit et non pas par le droit de la force.

La projection de la moralité objective au niveau international, s'est concrétisée par la formation d'institutions internationales. Tout d'abord par la Société des Nations<sup>1</sup> et à présent par l'Organisation des Nations Unies, dont la Charte fut adoptée à San Francisco le 26 juin 1945.

L'existence de ces organisations implique déjà un niveau de concrétisation très élevé du droit à l'échelle internationale. Ce droit est apparu tout d'abord sous la forme du *jus gentium*. Rome reconnaissait un droit général propre au genre humain, différent du droit positif qui était le *jus proprium* de sa communauté sociale.

Au XVII<sup>e</sup> Grotius considérait le droit international comme une morale rationnelle découlant de la nature de l'être humain et étant valable non seulement en temps de paix, mais aussi en temps de guerre. Certains théoriciens considèrent que le droit international est plus une simple morale qu'un droit. Ceci à cause du fait que, pour eux, le droit est l'ensemble de normes imposées et soutenues par l'Etat. De sorte que seule l'existence d'un Etat international pourrait permettre, dans cette dimension, la manifestation effective du droit.

---

<sup>1</sup> Créé en 1919.

Cette interprétation est le résultat du fétichisme de l'Etat, considéré en lui-même et par lui-même comme source de valeur. Le fait est qu'à partir de cette position on ne peut pas expliquer l'existence du droit international. Lequel est, à notre époque historique, un phénomène incontestable. Nous avons, en effet, actuellement une organisation internationale (O.N.U.) comprenant toutes les nations indépendantes, ainsi qu'un Tribunal International de Justice.

Il est vrai que le droit international n'a pas la même efficacité que les droits positifs internes. Mais, il joue un rôle qui ne saurait être sous-estimé. Cela dit, le support fondamental du droit, en tant que tel, est la conscience du fait que le droit doit être la manifestation pratique de la justice et que la lutte pour la justice passe nécessairement par la lutte pour le droit juste. Le devoir-être, comme nous le montrerons tout au long de cet écrit, est consubstantiel à l'ontologie de ce savoir axiologique qu'est le droit. Le progrès dans la dimension axiologique du droit est la condition même du progrès social de l'humain.

Cela dit le droit international se divise, tout comme le droit interne, en public et privé. Le droit international public régleme les devoirs et les droits des Etats, à l'égard les uns des autres ; il détermine aussi les limites de leur souveraineté.

Le droit international public établit aussi les statuts des organes par lesquels les Etats sont en relations mutuelles, comme les représentations consulaires et diplomatiques. Ce droit envisage aussi les conflits entre les Etats, soit pour prévenir la guerre en cherchant une solution arbitrale ou à l'amiable, soit en établissant des règles visant à humaniser la guerre.

Le parallélisme qu'il y a entre le droit international public et le droit public interne se manifeste aussi dans sa division. A présent la plupart des théoriciens du droit international public parlent volontiers de droit international constitutionnel et de droit international administratif. La partie constitutionnelle correspond à l'organisation régionale et globale de la communauté internationale. Le droit international administratif régleme quant à lui, le fonctionnement interne des institutions internationales.

Ce parallélisme dont nous venons de parler entre le droit international et le droit interne se manifeste aussi dans et par l'existence d'un droit pénal international. Il est vrai que ces branches ne sont pas aussi développées, au niveau du droit international, que dans la partie strictement publique. Mais, il y a une législation significative concernant le droit pénal international. Il y a, en effet, des accords entre les Etats, conclus pour régler la répression des délits qui se perpétuent sur le terrain international. C'est notamment le cas de la piraterie et du trafic de stupéfiants.

L'extradition, c'est-à-dire la remise d'un délinquant par le pays où il a été arrêté, à l'Etat compétent pour le juger, fait partie de la procédure pénale. Quoi que les accords d'extradition, ainsi que l'assistance mutuelle des polices, fassent partie du droit international public. Nous nous trouvons ici encore avec une convergence du droit pénal et du droit public.

Pour ce qui est du droit international privé il concerne aussi, tout comme le droit privé interne, le civil et le commercial. C'est ainsi que pour ce qui est de ce dernier, un commerçant domicilié en France achète ses chaussures à un fabricant espagnol. En cas de contestation, quel droit doit prévaloir, le français ou l'espagnol ? C'est au droit international privé qu'il incombe de donner une réponse. Il en est de même pour ce qui est du droit civil. En effet on peut se trouver devant le cas suivant : un mexicain peut mourir en France après avoir testé aux Etats Unis. Se pose dès lors la question de savoir lequel des droits mexicain, américain, ou français doit s'appliquer à la validité de son testament et de son exécution ?

Dans ce domaine il n'y a pas beaucoup de règles. Il est toutefois reconnu comme principe général, au niveau du droit international privé que les immeubles sont régis par la loi du pays où ils sont situés. Ainsi, l'existence de règles générales, a permis le développement d'une jurisprudence significative dans ce domaine et, par conséquent la convergence des pratiques juridiques entre les nations. Comme on peut aisément le comprendre cette convergence est d'autant plus importante que les rapports et la circulation entre les nations s'accélérent. C'est notamment le cas pour la communauté européenne.

## 7) Les Sources du droit

Lorsque nous parlons de sources du droit, nous nous référons aux éléments socioculturels qui conditionnent la reproduction du droit positif. Car le processus de reproduction juridique est un mouvement qui fait appel aux sources. Donc, aux dimensions qui permettent la production et la reproduction de la juridicité.

Dans la pratique de l'exécution juridique nous trouvons cet appel aux sources. Car tout n'est pas prévu par la loi. La reproduction, via l'exécution est ainsi un processus de recréation. Le terme source créa une métaphore très significative. En effet, nous disons qu'aller aux sources d'un fleuve, c'est chercher l'endroit où l'eau sort de terre. Plus précisément, l'endroit où le cours d'eau prend naissance. De la même manière chercher la source du droit, c'est rechercher les espaces de la vie et de la substance socio-culturelle qui donnent naissance au droit positif.

Du point de vue formel - qui est celui de cette partie de notre étude -, les sources sont à différencier du fondement du droit. D'un côté nous avons affaire à un phénomène de production immédiate, tandis que de l'autre il s'agit d'une déterminante d'ordre structurelle.

Les faits sont réglés par les normes. Comment ces normes prennent-elles naissance, dans l'acte de l'exécution juridique ? Voilà l'interrogation qui renvoie aux sources du droit. La théorie du droit nous apprend, en effet, que la norme positive ne peut pas prévoir tous les faits. La norme est le général, tandis que le fait est le particulier. Il s'agit par conséquent d'adapter le général au particulier. Celui-ci est le rôle de l'équité. Aristote nous dit à ce propos : "la nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général".<sup>2</sup>

Au delà de ce phénomène du nécessaire passage du général au particulier, se trouve le problème des lacunes juridiques. Or, le juge se trouve devant l'obligation de juger les faits qui se présentent à lui. Il ne peut pas y avoir déni de justice, sous prétexte de vide juridique. Les sources du droit lui permettent alors de combler ce vide, ou, tout simplement de dépasser la rigidité de la loi.

Le célèbre article 1er du Code civil suisse est à ce propos particulièrement significatif parce qu'il nous dit que "la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et l'esprit de l'une de ses dispositions." De plus il est question dans les alinéas suivants qu' "à défaut d'une disposition légale applicable", le juge se prononce selon "la coutume" et à défaut de coutume, selon les règles qu'il établirait, s'il avait à "agir comme le législateur", s'inspirant des théories consacrées par "la doctrine et la jurisprudence".

De sorte que ce code établit, comme il est généralement admis, par les esprits éclairés, les sources suivantes : premièrement, la loi ; laquelle ne doit pas être uniquement appliquée selon sa lettre, mais aussi selon son esprit. Deuxièmement, la coutume. Troisièmement, l'intuition axiologique du juge. Quatrièmement, la doctrine ; et cinquièmement la jurisprudence.

Il faut remarquer que les théoriciens du droit, d'une manière générale, sont d'accord pour reconnaître la qualité de sources à la loi et à la coutume. Certains dénie cette qualité aux autres sources que nous venons de mentionner. Celle qui pose le plus de problème étant d'ailleurs l'intuition axiologique du juge. Cette dimension est particulièrement reconnue dans son importance par le mouvement libre du droit, lequel s'est essentiellement développé dans les pays nordiques.

## 8) La loi

La loi est la norme imposée directement par l'Etat. Au sens strict du terme, la loi est le droit écrit, le *jus scriptum*. Ainsi, la loi se manifeste comme la normativité produite par le pouvoir public compétent.

Le droit constitutionnel de chaque Etat détermine les formes auxquelles est subordonnée la validité de la loi : organe compétent et procédure adéquate. Le principal organe de production normative est le pouvoir législatif. Dans certaines conditions, le texte fondamental autorise la délégation de la compétence législative, par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif.

---

<sup>2</sup> Ethique à Nicomaque, Livre V, chap. XI

Dans la tradition du droit romain sont reconnus comme loi : les accords des assemblées populaires (*leges et plebiscita*), les décisions du sénat (*senatus consulta*) et les ordres émanant des empereurs (*constitutiones principis*). A l'époque actuelle le terme de loi englobe notamment la constitution, les codes, les traités internationaux, les arrêtés, les ordonnances et les règlements. Par conséquent le terme de loi comprend toute règle juridique formulée par écrit en vue de l'avenir. La loi dépasse ainsi la portée d'un acte administratif.

Ceci veut dire que au sens strict du terme la loi est une règle émise pour un nombre indéfini de cas futurs. Dans cette conception ne sont pas considérées comme lois les décisions prises par le pouvoir législatif en vue d'un cas particulier, comme le vote d'un budget, l'octroi d'un crédit et une nomination. Cela dit, certains théoriciens contestent cette conception traditionnelle. Pour eux, en effet, toutes les décisions prises par le pouvoir législatif sont en principe des lois.

D'un point de vue strictement juridique la loi doit être dans sa positivité valide, légitime et en dernière instance efficace. La validité d'une loi est déterminée par le texte fondamental. Comme nous venons de le signaler la validité dépend de l'organe compétent et de la procédure adéquate. La légitimité est donnée par la conformité à l'esprit et à la lettre de la constitution. Le contrôle de la constitutionnalité des lois permet d'assurer l'harmonie logique de l'ensemble législatif.

Cette épreuve de légitimité et, plus précisément, sa possibilité pratique, est une dimension indispensable de la norme juridique non seulement en vue de l'accomplissement de règles, mais aussi pour la cohérence de l'ordonnement juridique. La constitution domine l'ensemble du droit positif d'une nation. Elle est le sommet de la pyramide normative. Assurant ainsi la chaîne de validité et de légitimité. Cette charte fondamentale émane normalement d'un pouvoir constituant différent du pouvoir législatif ordinaire.

L'efficacité de la loi, quant à elle, dépend de la pratique. Lorsqu'une loi tombe en désuétude nous disons qu'elle cesse d'être efficace. Pour la sociologie du droit, l'efficacité est la dimension essentielle. Car ce qui compte du point de vue social c'est le degré d'efficacité et de non-efficacité d'une loi et à plus forte raison de l'ensemble d'un ordonnancement juridique.

## 9) La coutume

L'ensemble des usages pratiqués par une communauté est ce que nous appelons la coutume. Ces pratiques sont juridiquement valables lorsque la collectivité les considère comme obligatoires. La coutume est ainsi le droit créé par les moeurs, le *jus moribus constitutum*.

L'ancien droit français était, comme on le sait, essentiellement coutumier. Ceci était aussi vrai pour les autres nations européennes pour toutes les sociétés connaissant un niveau significatif d'individuation. Le droit coutumier reposait alors sur trois critères essentiels : premièrement, l'observation uniforme d'une règle à l'intérieur de la communauté sociale, où se trouvaient les intéressés ; deuxièmement, l'ancienneté de cette pratique et, troisièmement, la règle devait être considérée comme obligatoire dans le milieu concerné.

La coutume est source de droit non seulement dans le droit privé, mais aussi dans le droit public. C'est ainsi qu'en France les "décrets-lois" ont vu le jour sous la troisième République dans l'entre-deux guerres. La nécessité du moment a conditionné cette pratique non prévue par les textes constitutionnels.

La coutume est aussi une source juridique très importante dans le droit international public. On peut même dire qu'elle est la source dominante. C'est la raison pour laquelle l'étude de l'histoire est si importante à l'intérieur de cette discipline.

La seule branche du droit où la coutume n'est pas source de création juridique c'est le droit pénal, et ceci à l'époque moderne. La raison de ce phénomène est le principe qui domine le droit pénal. En effet, le principe *nulla poena sine lege*, donne le monopole à la loi. De sorte qu'aucun acte ne peut être considéré comme un délit, s'il n'est pas condamné par une disposition légale. Toute peine est prononcée en vertu d'une règle légalement établie.

Ce principe permet ainsi de protéger l'individu contre l'arbitraire. De sorte que le juge ne peut invoquer aucune règle traditionnelle qui ne soit préalablement intégrée dans la législation.

Certains théoriciens, inspirés principalement par l'école historique allemande, considèrent que la coutume est plus authentique et plus près de l'idéal de justice que la loi. La coutume est perçue comme le produit du *Volksgeist*, de l'esprit du peuple. Or, cette thèse ne tient pas compte du fait que le peuple n'est pas une réalité neutre, mais plutôt un ensemble organisé. De sorte que ce qu'exprime son esprit, est la logique de son mode d'être : de son ordre.

La tradition n'exprime pas uniquement des valeurs positives dans leur dimension universalisante, comme le croit la belle âme romantique. C'est bien plutôt l'étroitesse du particulier qui s'y manifeste. Donc, la négation de la dimension universalisante de tout être humain. La loi du lynch, appliqué essentiellement aux noirs, dans le passé des Etats Unis, ainsi que l'excision, la mutilation du sexe féminin, pratiquée dans certains pays de l'Afrique, sont des usages, parmi tant d'autres horreurs, qui nous montrent jusqu'à quel point la coutume peut véhiculer la perversion humaine.

Il ne s'agit pas, par conséquent, d'hypostasier une source du droit par rapport aux autres. Par conséquent, il est important de comprendre qu'il n'y a pas, comme nous le souligne Gurvitch, un foyer unique de création du droit, mais plusieurs foyers. La substance éthique de l'humain tend à s'objectiver essentiellement à travers) l'Etat, les mœurs et la sagesse juridique transmise depuis l'aube de la civilisation.

### **10) L'intuition axiologique**

La pratique juridique est une action qui se rapporte aux cadres référentiels qui permettent, précisément, de faire la différence entre le juste et l'injuste. Les universaux sont au centre même de cette pratique. De sorte que pour l'homme ou la femme de loi, ces valeurs ne sont pas, à proprement parler, étrangères à leur conscience. Ceci, indépendamment du fait que le sujet de la connaissance juridique tend à prendre le droit positif pour l'expression même de la justice en tant que telle.

En d'autres termes, on ne peut pas soutenir, malgré la perversion positiviste, que la réflexion sur la différence entre le juste et l'injuste soit étrangère au sujet de la pratique juridique. En effet, selon son concept et son effectivité, l'intuition axiologique est une dimension essentielle dans la conscience du praticien du droit.

Remarquons que cette intuition est propre à tout être humain et à plus forte raison à celui qui fait de la justice le centre même de son intérêt. Car, " lorsque quelque différend se produit entre les hommes, ils ont recours au juge. Aller trouver celui-ci, c'est aller devant la justice, car le juge entend être, pour ainsi dire, la justice incarnée. Dans la personne du juge on cherche un tiers impartial et quelques uns appellent les juges des arbitres ou des médiateurs, voulant signifier par là que, quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice. La justice est donc un juste milieu, si du moins le juge en est un. Le juge maintient la balance égale entre les deux parties. Prenons une comparaison : une ligne ayant été coupée en deux parties inégales, le juge prend ce qui, dans la partie la plus grande, dépasse la moitié, et ce qui est repris ainsi est ajouté à la partie la plus petite. Quand le tout est partagé également, chacun reconnaît avoir ce qui lui revient; des deux côtés, les parties sont égales. Or, ce qui est égal est intermédiaire entre le plus et le moins, selon la proportion arithmétique. Aussi le grec se sert-il du mot *dikaion*, parce que le partage se fait en deux parties égales *dika*, c'est comme si l'on disait : partagé en deux : *dikaion*, et le mot juge : *dikastes* est synonyme de *dikastes* (qui partage en deux). »<sup>3</sup>

Que le juge soit censé incarner la justice, voilà ce qui est de l'ordre même du concept de cette fonction. De là que l'intuition axiologique, ne peut pas être étrangère à la conscience du juge.

Par conséquent, c'est par le biais de cette intuition, ou de la raison axiologique, que la justice dans sa dimension universalisante est source de droit. L'universalité du juste se manifeste ainsi d'une manière immédiate dans et par la conscience de celui qui est censé être la justice incarnée.

---

<sup>3</sup> Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Chap. IV

Cela dit, l'intuition axiologique n'est pas reconnue par certains ordonnancements juridiques comme source de droit. C'est notamment le cas de l'ordre juridique français. Nous savons, en effet, que dans la tradition du droit napoléonien le juge est censé être le simple porte-parole du droit écrit. Ceci, au nom de la garantie juridique et pour éviter toute forme d'arbitraire.

Nous nous trouvons ici devant un problème doctrinal de premier ordre. Mais, avant de poser cette problématique il est nécessaire de comprendre que ce phénomène est intimement lié à l'historicité française. Il ne faut pas oublier, en effet, que dans l'Ancien Régime le juge était propriétaire de sa charge. Le système des offices, de la vénalité des fonctions publiques, faisait, par conséquent, que pour le juge cette fonction était son entreprise. De sorte qu'il avait tout intérêt à en tirer le maximum de profit.

Cette perversion fut la conséquence, de l'ordre institutionnel propre à l'Ancien Régime. Selon cet ordre, comme nous venons de le signaler, la *res-publica* a été l'objet de l'appropriation privée. Ce qui est contraire aux principes et à la raison d'être de cet espace. Aristote nous dit, à ce propos, qu'il s'agit d'organiser la fonction publique de telle sorte qu'elle ne soit pas source de profit. Or, dans ce régime nous avons affaire non seulement à la vente aux enchères des charges publiques, mais aussi au fait qu'elles sont l'objet de transmission par héritage.

Dans la pratique juridique cette perversion<sup>4</sup> ne pouvait que produire le règne de l'arbitraire. C'est par rapport à cette immoralité objective qu'il faut comprendre la réaction des révolutionnaires et de leurs héritiers. Plus précisément la volonté de créer un système juridique particulièrement totalisant et ne laissant pas de place à l'arbitraire.

La réaction à la perversion de l'Ancien Régime a été elle-même pervertissante. Ceci dans la mesure où d'un côté, elle va appauvrir la réflexion sur le droit et sur son rôle social, et où de l'autre elle va nier le rôle axiologique du juge.

L'appauvrissement de la réflexion sur le droit, trouve sa plus haute expression dans l'école de l'exégèse. Dans la tradition juridique française, en effet, il ne s'agit pas de réfléchir par delà la positivité des textes. La seule approche possible est celle du commentaire de la lettre de ces textes. Ce n'est donc pas un hasard si la philosophie du droit est pour ainsi dire inexistante dans la production théorique française.

Cette étroitesse dans la perception du droit, ne pouvait que conduire à la négation de l'intuition axiologique du juge. Son rôle étant limité à l'application pure et simple de la loi. Donc, à la disparition de l'équité.

La sagesse véhiculée par la doctrine nous dit, en effet, que l'application du droit le plus strict est la plus grande injustice. De là l'adage latin : *Summum jus summa injuria*.

Mais par delà cette perversion, se profile le rôle instrumental du droit positif : faire régner l'ordre social, et donc des systèmes d'extrême inégalité sociale, où les privilèges sont juridiquement protégés. Le droit se manifeste ainsi comme un simple ordonnancement réglementaire ayant comme but le maintien et la protection de l'injustice sociale.

## 11) La doctrine

Le fondement doctrinal du droit a été le produit des juristes romains. Ces personnalités, appelés *prudentes*, commentèrent le droit de leur époque et écrivirent des traités et des monographies, où ils développèrent la logique et les principes du droit.

Dans la tradition romaine cette oeuvre constitue la doctrine du droit, le *jus prudentibus constitutum*. Le monument le plus important de cette doctrine c'est la compilation tirée des principaux écrivains de la juridicité romaine : le Digeste de Justinien.

Le Digeste se redécouvre en occident en 1.070, après une période d'effacement de cette manifestation de la moralité objective. Cette renaissance du droit romain se fait plus

---

<sup>4</sup> Il faut signaler que beaucoup de théoriciens et d'historiens, en France, ne perçoivent pas ce phénomène de la même manière. C'est ainsi que Jacques Ellul nous dit que sur le terrain administratif et social les effets du système des offices " sont plutôt positifs ". Histoire des Institutions de l'Epoque Franque à la Révolution, P.U.F., p. 388.

précisément à Bologne. En 1.120 apparaît la Vulgata de Irnerio : laquelle est un résumé du Digeste.

Historiquement, l'opinion des juristes a été la source la plus importante du droit romain. Les personnalités les plus importantes parmi elles étant Gaius, Papinien, Paulus, Ulpien et Modestinus. Pendant le Bas Empire seule valait l'opinion de ces cinq juristes. En cas d'opinions différentes, le juge devait tenir compte de ce qui était soutenu par la majorité. En dernière instance c'étaient les thèses de Papinien qui prévalaient. C'est seulement si Papinien ne se prononçait pas que le juge avait la liberté de suivre la doctrine qu'il considérait comme la plus juste.

La "loi des citations", comme il est convenu d'appeler cette pratique qui fait référence à la doctrine, avait par conséquent un rôle très important dans la juridique romaine. A présent cette pratique est moins importante, quoi que les arguments "d'autorité" continuent à avoir une importance qui ne peut pas être négligée. Dans ces conditions il est question de "doctrine dominante" ou "pratiquement unanime".

Cela dit, la doctrine est parvenue à se concentrer dans des formules particulièrement frappantes. Cette sagesse doctrinale, produite essentiellement de l'esprit juridique romain, se manifeste sous forme d'adages et de maximes, donc comme des proverbes juridiques.

En voici quelques exemples :

*In claris non est interpretatio.* Ce qui veut dire que lorsque le sens de la norme est clair, on ne doit pas le modifier par un raisonnement forcé.

*Ubi jus ibi societas. Ubi societas ibi jus.* - Ce qui veut dire que le droit se manifeste dans la société. Donc, par delà l'horizon de la communauté. Ainsi, nous constatons que la position juridique de la singularité, quelle qu'elle soit est le résultat de l'apparition de l'Etat, du social, et est donnée par l'ordonnement juridique.

*Nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse possideat.* - Personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en possède lui-même.

*Lex posterior derogat priori.* - Le droit nouveau l'emporte sur le droit ancien. Par conséquent, la nouvelle loi déroge l'ancienne.

*Specialia generalibus derogant.* - Exprimée dans le temps, la règle spéciale déroge la règle générale.

*Generalia specialibus non derogant.* - La règle générale ne déroge pas la règle spéciale.

*Res inter alios acta alius neque prodesse neque nocere potest.* - Ce que les uns ont convenu entre eux ne peut ni avantager les autres, ni les obliger.

Pour terminer la citation de ces adages et maximes reprenons le proverbe juridique que nous avons cité dans la sous-partie précédente : *Summum jus summa injuria* : la loi appliquée en dehors de l'équité est la plus grande injustice.

En d'autres termes, la règle (générale) doit s'adapter aux circonstances (particulières) de l'acte.

Nous pouvons, par conséquent, dire que le droit se dévoile immédiatement non seulement dans l'intuition du juste, mais aussi dans les maximes juridiques, lesquelles résument, concentrent la sagesse doctrinale produite par une expérience millénaire. Dès lors, mettre entre parenthèses l'intuition axiologique et la sagesse juridique, c'est supprimer un aspect essentiel du fondement éthique du droit. Ce n'est, dès lors, pas un hasard si la théorie nazie du droit considérait ces dimensions comme contraires à l'esprit de sa juridicité. Sous ce régime le juge devait tenir compte non seulement des lois et de la jurisprudence, mais aussi des intérêts de la communauté allemande, lesquels étaient exprimés d'une manière consciente par le Führer et le Parti.

Le but de cette doctrine était, par conséquent, de supprimer toute dimension éthique universalisante au droit national socialiste. Dès lors, le droit se manifeste comme un simple instrument de réalisation d'un ordre injuste, à partir de valeurs perverses et perversissantes.

## 12) La jurisprudence

La *jurisprudentia* était chez les romains synonyme de science de droit. Ceci pour plusieurs raisons : premièrement, parce que les jurisconsultes étaient appelés *jurisprudentes*, ou simplement *prudentes*. Deuxièmement, parce que la pratique du juriste consiste essentiellement

dans l'interprétation de la norme, donc de la jurisprudence au sens général du terme, et troisièmement, parce que dans le processus d'application de la norme, l'équité est indispensable.

C'est cette troisième raison qui nous semble la plus importante, car le maniement de la loi dans l'acte d'application exige une prudence extrême. Cette prudence et donc cette équité sont d'autant plus importantes que les lois restent en vigueur pendant une période plus ou moins longue. Ceci, est particulièrement vrai pour les plus importantes qui tendent à se transmettre de génération en génération "comme une maladie éternelle", pour reprendre la célèbre expression de Goethe. Il existe ainsi un inévitable archaïsme dans une partie très importante des lois que les juges sont amenés à appliquer.

Ce travail d'interprétation des normes est précisément ce qu'il est convenu d'appeler la jurisprudence. Dans ce sens, par conséquent, la jurisprudence est le droit objectif qui se dégage des arrêtés rendus par les tribunaux. Le droit connaît ainsi un processus constant de réactualisation. A la base de cette pratique se trouve, comme nous venons de le signaler, la prudence dans le maniement de la loi. En tout état de cause, cette prudence fait partie du devoir être du droit, car le *summum jus est summa iniuria*.

Dans la manifestation du droit objectif, nous avons affaire à une jurisprudence progressive. Donc, à un mouvement de réactualisation du droit. Ce processus est le résultat du fait que le droit est à la fois manifestation et puissance énergétique du social.

De sorte que les changements dans le social se manifestent au niveau du droit et que les changements du droit se répercutent sur le social. La conscience produite par la Révolution française semble avoir perçu cette interrelation. Le changement du droit objectif lui semblait nécessaire. C'est ainsi que dans l'article 28 de la " Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen ", qui figure en tête de la Constitution du 24 juin 1793, il est dit : " un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures."

Comme chaque génération ne peut écrire ses propres lois, se présente la nécessité de les adapter aux conditions des temps. La jurisprudence joue ainsi une fonction créatrice.

Cela dit, ce mouvement de transformation dû à la jurisprudence se manifeste dans le droit continental suivant une logique particulière. Car en principe la " chose jugée ", la *res judicata*, est sans effet envers tout autre que "les parties." Mais, dans la pratique un tribunal se sent toujours plus ou moins obligé moralement, par ses décisions précédentes. Un tribunal peut toujours modifier son point de vue, tout en indiquant ses motifs. On assiste alors à un revirement de jurisprudence. Un tribunal supérieur peut toujours modifier la jurisprudence d'une instance inférieure. Ceci, se produit lorsque le jugement d'une instance inférieure est soumis, par voie de recours en appel, réforme ou cassation, à un tribunal supérieur.

A son origine le tribunal de cassation, créé sous la Révolution française, était destiné à empêcher toute altération du sens de la loi, de sorte à ce que la loi appliquée soit la même partout en France. De plus, depuis son début le rôle de ce tribunal a été de se prononcer sur des questions de droit et non pas de discuter les faits.

Avec la nécessaire reproduction du droit, le rôle du tribunal de cassation change. Son rôle n'est plus de surveiller que la loi soit appliquée littéralement partout, mais d'assurer une orientation unitaire au développement de la jurisprudence.

Dans le droit anglo-saxon, comme jurisprudence est la principale source de loi. Ce qui est tout à fait logique et cohérent dans une réalité où le droit n'est pas codifié. Nous avons dans ce système, tout comme dans le droit romain, un exemple extraordinaire du rôle de la jurisprudence. Donc, de l'adaptation du droit aux circonstances sociales. Ce qui est le cas aussi du droit continental. Car le droit codifié ou coutumier, a besoin de la jurisprudence pour son actualisation.

Bien évidemment dans le droit coutumier le rôle de la jurisprudence est plus important que dans le droit codifié. Mais, à la base il s'agit d'un même phénomène : les lois sont modifiées par la jurisprudence. De sorte que la fonction judiciaire a un rôle de création et d'adaptation. Cela dit, ces changements ne peuvent avoir une dimension conforme à l'idée de droit que s'ils sont soumis à un impératif d'ordre éthique.

La simple jurisprudence, par elle-même, ne permet pas de garantir la réalisation de la justice concrète. La jurisprudence peut, comme nous le montre l'histoire des temps négatifs, être un instrument de reproduction de l'injustice objectivée. La dimension axiologique est non seulement un des fondements du droit, mais aussi son devoir-être.

### **13) Règle de droit et acte juridique**

Dans une première approche les actes juridiques s'opposent aux règles juridiques.

En effet, les règles de droit sont l'ensemble de normes auxquelles sont astreints les sujets de droit, tandis que les actes juridiques sont l'ensemble des moments d'application des règles elles-mêmes. C'est ainsi que nous parlons de règles du droit privé et de règles du droit public. Les actes juridiques quant à eux, se situent au niveau de la manifestation concrète d'un domaine ou d'un autre.

Cela dit, au niveau englobant de l'ordonnement juridique, la règle de droit et l'acte juridique se présentent comme des déterminations de l'ensemble. C'est ainsi que nous pouvons faire une hiérarchie de l'ensemble de cet ordre en disant qu'au sommet se situe la loi constitutionnelle, plus bas la loi générale, ensuite les décisions administratives et les actes juridiques.

Nous avons donc affaire ici à une différence formelle. Car les actes juridiques ont une force aussi obligatoire que les règles juridiques. Il s'agit, par conséquent, d'une différence entre la puissance et l'acte de la règle de droit.

Le règne de la règle et celui de l'acte, sont en osmose au niveau de la réalité sociale, car cette réalité produit et reproduit le droit dans sa création et dans son application. Donc, par delà la dimension formelle qu'il y a entre la règle et l'acte, se manifeste la réalité vivante dans laquelle la réalisation du droit est la condition de son existence, en tant que norme ayant un niveau d'efficacité.

Cela dit, il y a aussi une différence au niveau des actes juridiques. Il y en a qui ont des effets limités à une seule obligation. C'est le cas de la vente qui s'accomplit une fois l'objet livré sans défaut et le prix payé. Par contre, il y a des actes dont les effets se prolongent dans le temps, réglant l'activité d'une ou plusieurs personnes. C'est le cas d'un contrat de travail d'une part, et d'une convention collective de l'autre.

En tout état de cause il est évident qu'entre l'obligation qui découle de la loi et celle qui découle d'une convention il n'y a aucune différence de nature. En effet, la loi et la convention ont la même force et sont soutenues par le même système de sanctions.

Cette osmose, généralement parlant, entre le droit et la réalité sociale vient du fait qu'en dernière instance droit positif et ordre social tendent à être une seule et même chose. Au niveau du droit public, cette identité entre règle et acte juridique est particulièrement manifeste.

### **14) Le rapport de droit**

Entre les êtres humains s'établissent des liens qui font naître et impliquent des droits d'un côté et des devoirs de l'autre. Ces rapports se manifestent dans la morale positive, comme dans le droit positif. C'est ainsi qu'au niveau de la morale positive, par exemple, toute personne se sent endettée à l'égard de celle qui lui a sauvé la vie, ou qui lui a porté secours à un moment difficile. Tout être humain se trouve ainsi, du point de vue de la morale positive, inscrit dans une infinité de rapports qui se manifestent sous la forme de droits et de devoirs.

Au niveau juridique ces liens prennent la forme de rapport de droit. La totalité du droit se manifeste ainsi comme un ensemble de droits et des devoirs, se concrétisant sous la forme de rapports de droit. Le célèbre adage latin *Jus et obligatio sunt correlata*,<sup>5</sup> exprime précisément cette problématique.

Les rapports de droit sont particulièrement évidents dans le droit des obligations. C'est ainsi que nous parlons de lien juridique entre le débiteur et le créancier. Le rapport de droit implique ici précisément que le débiteur est obligé juridiquement de payer son créancier, d'honorer sa dette.

---

<sup>5</sup> Droit et obligations sont inséparables.

De sorte que le rapport de droit se présente immédiatement comme une relation entre deux sujets. L'un est, par conséquent, en droit d'exiger de l'autre l'accomplissement de son devoir juridique.

Nous pouvons, dès lors, parler de rapport entre sujets, dont l'un est actif et l'autre passif. Le rapport de droit est, par conséquent, en droit d'exiger de l'autre l'accomplissement de son devoir juridique.

Nous pouvons, ainsi, parler de rapport entre sujets, dont l'un est actif et l'autre passif. Le rapport de droit est, en effet, un rapport entre personnes. Par conséquent, le sujet actif est le titulaire d'un droit, tandis que le sujet passif est l'obligé.

C'est ainsi que dans le droit de propriété le sujet actif est le propriétaire, tandis que les sujets passifs sont toutes les autres personnes y compris les autorités de l'Etat. Le sujet passif doit, dans ce cas, s'abstenir de porter atteinte au droit du sujet actif.

Nous venons de donner deux exemples différents ; lesquels nous dévoilent que les sujets peuvent être simples et multiples. Il peut, en effet, y avoir plusieurs sujets actifs et plusieurs sujets passifs. De plus, les personnes, sujets du rapport de droit, peuvent être physiques et (ou) morales. Car on peut devoir de l'argent non seulement à une personne, mais à une banque, etc. De même que le sujet de la propriété peut être, une individualité, une société anonyme, une ville, un ministère, etc.

### **15) Le sujet de Droit**

Du point de vue strictement juridique - donc, dans sa dimension positive -, les sujets de droit sont les " personnes " que le droit considère comme telles. Par conséquent, les " sujets " sont aptes à profiter des facultés conférées par les normes positives.

Cela veut dire, dès lors, que toute personne humaine n'est pas forcément un sujet de droit. L'individualité surgit avec le droit et c'est l'ordonnement juridique qui lui confère la dimension de sujet, ou le lui dénie. Dans l'antiquité classique, par exemple, les esclaves n'étaient pas considérés comme des sujets de droit ; ils étaient assimilés à des choses. Ce phénomène s'est produit dans toutes les sociétés où l'esclavage a existé. Parfois il y a des personnes physiques qui perdent la qualité de sujet de droit. Il est dit alors que telle ou telle personne a subi la mort civile.

Aux sujets de droit s'opposent les "choses" ; lesquelles consistent en matière inanimée ou en animaux. D'une manière générale les choses se divisent en deux catégories : les biens immeubles, c'est-à-dire tout ce qui ne peut pas être déplacé comme le sol, les bâtiments et les usines, et les biens meubles.

Généralement parlant, nous avons affaire à différents niveaux de sujets de droit. Nous faisons principalement la différence entre sujet de droit privé et sujet de droit public. En droit privé, si la jouissance des droits civils est reconnue à toute personne dans les sociétés modernes, la capacité civile et plus précisément la faculté de contracter des engagements juridiques, n'est accordée qu'aux personnes majeures capables de discernement. Dans les sociétés traditionnelles - c'est-à-dire celles qui n'ont pas encore atteint un niveau général d'individuation - , les femmes "majeures et capables de discernement" ne possèdent pas la capacité juridique totale. Elles se trouvent plutôt dans un statut de quasi mineur et sont, par conséquent, sous la tutelle des hommes : le père, le mari, ou un des frères.

Au sens général du terme, les sujets du droit public sont ceux qui peuvent élire et être élus. Les citoyens disait Aristote sont les sujets du pouvoir. La capacité politique n'appartient, toutefois, qu'aux élites du pouvoir. Il y a, en effet, dans les démocraties non accomplies dans leur dimension universalisante, des citoyens qui le sont plus que d'autres. De sorte qu'en effet, ceux qui n'ont que le droit de vote et aucune possibilité d'être élu ou d'occuper une place dans la *res-publica* ; il y en a d'autres, par contre, qui peuvent être à la fois électeurs et membres d'élite du pouvoir.

Mais, pour revenir à la problématique du sujet de droit au sens strict du terme, il faut signaler que les personnes physiques ne sont pas les seules à pouvoir être sujets juridiques et sujets des

obligations. Cette faculté est aussi reconnue aux personnes morales ou juridiques. Ces personnes sont des entités produites par l'objectivation du droit.

Les rapports de droit propres aux personnes juridiques sont ceux qui ont une partie économique et administrative. C'est ainsi qu'une société anonyme ou une commune peuvent être propriétaires, acheter, vendre et s'engager juridiquement. Il est évident que tous les droits inséparables de la personne physique, comme le droit de la famille et la possibilité de tester sont étrangers aux personnes juridiques. Par contre, la responsabilité pénale est reconnue à ces sujets. Quoi que la sanction ne puisse consister ici que dans une amende.

Les personnes juridiques peuvent être de deux sortes : les institutions de droit privé et les institutions de droit public. Dans un cas comme dans l'autre, la personnalité est le résultat de la réalisation des conditions posées par le droit positif.

Par conséquent, en droit privé tout groupe de personnes physiques ne constitue pas une personne juridique. Pour une société anonyme, par exemple, l'inscription au registre du commerce est nécessaire. En tout état de cause la personne juridique est un sujet différent des membres qui la composent. Ces actes, par exemple, n'engagent pas personnellement ses membres. Son fonctionnement et son action dépendent d'un organe directeur composé d'un ou plusieurs membres. De plus, c'est cet organe - Conseil d'administration, direction générale, etc. - qui gère les affaires des sociétés.

Les institutions de droit public sont des entités juridiques comme les Etats et les communes. Ces institutions ont des organes politiques et administratifs qui agissent en leur nom. La compétence de ces organes est déterminée par le droit public. Au niveau international il y a des institutions qui sont réglées par le droit international. C'est principalement le cas de l'Organisation des Nations Unies.

Les institutions de droit privé comme de droit public sont des manifestations de l'objectivation du droit. Par conséquent, l'existence, le fonctionnement et les pouvoirs des personnes juridiques sont déterminés par le droit positif. Plus précisément, les sujets du droit - les individualités, comme les personnes juridiques - sont la concrétisation de la moralité objective. L'accomplissement de leur manifestation universalisante est le résultat du degré d'objectivation de cette moralité, ou de ce qui est la même chose : la raison.

## II. LA THEORIE DE LA SCIENCE JURIDIQUE

### **1) Science juridique et droit positif**

La science juridique est cette branche du droit qui s'occupe de sa manifestation normative. Dans le sens immédiat du terme, le droit est un ensemble de normes, constituées selon un ordre pyramidal. Au sommet de cette pyramide, comme le souligne Bobbio, nous constatons le processus de production normatif, tandis qu'à sa base nous constatons le mouvement d'application, les actes exécutifs. A proprement parler, la science juridique trouve son objet dans ce processus qui va de la production à l'application. Son objet immédiat, est l'ensemble des normes en vigueur, formellement valides et pour autant qu'elles ne cessent de l'être.

Par conséquent, la science juridique ne tient compte que de la validité de la norme ; elle ne s'intéresse pas, pour ainsi dire, à la légitimité, ni à l'efficacité de la norme. De sorte que, au sens strict du terme, la science juridique n'est pas concernée par le fait de savoir si une norme est juste ou injuste, efficace ou non efficace. Pour la science juridique la légitimité et l'efficacité sont des domaines a part. La légitimité intéresse la philosophie du droit, tandis que l'efficacité est l'objet de la sociologie du droit.

Il est très important de comprendre que pour la science juridique la philosophie et la sociologie du droit constituent des domaines tout a fait a part. Nous trouvons par rapport a cette problématique deux positions différentes. D'un côté, celle qui considère l'interrogation sur la légitimité et l'efficacité comme totalement étrangères a la science du droit, et de l'autre, celle pour laquelle la philosophie et la sociologie du droit sont indispensables à la compréhension du phénomène juridique.

La première position est celle de la dogmatique juridique. Pour elle n'est essentiel que le droit donné positum, c'est-à-dire la juridicité produite par le droit positif. L'école dogmatique est comme on le sait particulièrement dominante dans les facultés de droit. C'est ainsi que dans les facultés de droit en France - pour ne prendre que l'exemple qui nous concerne le plus immédiatement -, toute étude non dogmatique est, lorsqu'elle existe, totalement marginalisée. C'est le cas notamment de la philosophie du droit.

Sont considérées, par conséquent, comme études non dogmatiques : l'histoire du droit (romain, canonique et traditionnel), la sociologie du droit (empirique et des valeurs) et la philosophie du droit (droit naturel, critique institutionnelle, déontologie, éthique fondamentale).

Le but de la position dogmatique est précisément d'écarter des études juridiques toute réflexion d'ordre englobante, pouvant mettre en cause l'ordre institutionnel donné. Il s'agit, plus précisément, d'éviter que l'étudiant de droit puisse développer un sens critique à l'égard des institutions existantes. Ceci sous une apparente neutralité, car la science juridique se veut connaissance effective, de ce qui est donné par la normativité positive. En d'autres termes, la science du droit se présente comme l'activité intellectuelle qui a pour objet la connaissance rationnelle et systématique des phénomènes juridiques.

Pour la dogmatique juridique tout est dans la norme et rien que dans la norme. Le praticien du droit est ainsi conditionné à ne pas se poser des questions dépassant l'horizon de la normativité positive. Cette attitude a comme résultat non seulement un appauvrissement intellectuel, mais aussi une non conscience du rôle du droit dans la société : du fait que le droit dans sa positivité est un instrument de contrôle social, de maintien d'un ordre institutionnel donné.

Ainsi, la dogmatique juridique produit chez le futur praticien du droit une fermeture intellectuelle, tout en le transformant en simple gardien de l'ordre institutionnel donné. Il faut remarquer que cette transformation, ce conditionnement, se produit très souvent sur de jeunes êtres, pour lesquels le droit est symbole de justice et de vérité.

La tendance anti-dogmatique considère pour sa part que la connaissance de la positivité du droit n'épuise pas sa réalité effective. Que cette réalité est non seulement d'ordre historique, mais aussi sociologique et philosophique. L'histoire dont il est question est aussi bien celle des différentes manifestations juridiques du passé (en particulier du droit romain) et l'historicité du

droit positif lui-même. La sociologie, de son côté, permet le rapport avec le problème de l'application, de l'efficacité et de la valorisation de la juridicité elle-même. La philosophie du droit, quant à elle, se manifeste comme la connaissance accomplissante du droit, car elle présuppose le rapport entre l'être et le devoir-être du droit et donc la relation des normes et des valeurs dans le sens le plus totalisant.

De plus, pour la tendance anti-dogmatique il s'agit de lutter contre la limitation de la connaissance du droit à sa seule normativité immédiate. Par conséquent de surmonter le caractère borné, parce que limité, de cette connaissance. Pour cette position théorique il s'agit de comprendre qu'en deçà de la dimension formelle de l'ordre juridique il y a une historicité et un support effectif qui s'appelle ordre institutionnel, et que par delà cette formalité, il y a la dimension axiologique du droit : la manifestation de son devoir être.

Par conséquent, pour cette école le système juridique n'est pas un simple instrument de contrôle social ; il est aussi un facteur de changement de l'ordre donné, en vue de la réalisation de la justice sociale. Pour cette raison, la position anti-dogmatique ne peut que considérer comme hautement problématique la thèse de J. Austin, selon laquelle la science juridique - ou la science de la jurisprudence, comme disent les anglo-saxons - ne doit s'occuper que des lois positives, sans se préoccuper de savoir si elles sont bonnes ou mauvaises.<sup>6</sup>

A partir de ce qui vient d'être dit, la raison pour laquelle la philosophie du droit se manifeste comme critique de la dogmatique juridique apparaît clairement. En effet, le but de la connaissance effective est, pour la philosophie critique, le dévoilement de l'ordre du monde et non pas sa sauvegarde, par la limitation du savoir.

Il faut être conscient de plus, que cette limitation est établie par rapport à une réalité somme toute relative. Car comme l'a signalé Kirchmann, les juristes considèrent comme absolue une réalité qui est particulièrement changeante. De sorte que la contingence de l'objet de ce savoir, le rend lui-même contingent. Parfois, souligne Kirchmann il suffit de la rectification de trois mots par le législateur pour convertir des bibliothèques entières en poubelles.<sup>7</sup>

Cela dit, il ne s'agit pas ici de chercher à invalider le rôle de ce qu'il est convenu d'appeler la science juridique. La connaissance de ce phénomène est essentiel. Le praticien du droit doit être toutefois conscient que l'instrument de sa pratique n'est pas neutre. Mais, pour qu'il puisse arriver à ce niveau de conscience, il est indispensable qu'il ait la possibilité de saisir la totalité de ce phénomène. Pour cela, l'histoire, la sociologie et surtout la philosophie du droit constituent les chemins indispensables pour parvenir à une saisie totalisante de la juridicité. La fermeture formaliste, propre à la dogmatique juridique, tend, comme nous l'avons souligné, à supprimer ces chemins comme non-pertinents à la connaissance scientifique. Pour la position anti-dogmatique, par contre, il ne s'agit pas de nier l'importance de la normativité juridico-positive, il est tout simplement nécessaire d'élargir son champ visuel : de surmonter la myopie intellectuelle du dogmatique.

Par rapport à cette problématique, il est indispensable de signaler que la dogmatique juridique joue un rôle de conditionnement factuel de premier ordre. En effet, à travers elle et à cause d'elle, l'étudiant de droit ne tient compte que de la normativité posée par l'ordre, en tant que positivité existante. Ce conditionnement lui permet d'avoir la même attitude par rapport à tout autre ordre juridique. Ceci explique que des étudiants originaires des sociétés où l'injustice sociale est particulièrement flagrante, soient capables de faire des études juridiques dans des sociétés plus nivelées et moins injustes et que ces études n'ont pas une incidence critique lorsqu'ils retournent dans leur pays d'origine pour exercer. Le dogmatisme juridique tend à conditionner au respect de l'ordre institutionnel existant quel qu'il soit. Car par dessus toute différence dans

---

<sup>6</sup> Rappelons que J. Austin est considéré dans le monde anglo-saxon, comme un des plus importants théoriciens des sciences juridiques. Ce jugement se trouve dans son travail The province of jurisprudence determined, publié pour la première fois en 1822.

<sup>7</sup> Cette critique a été faite par Kirchmann dans une conférence prononcée en 1848 et publiée sous le titre de Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft : Le Manque de valeur de la jurisprudence comme science.

l'ordre de la positivité, seules comptent, pour cette école, les normes en vigueur, formellement valides et pour autant qu'elles ne cessent pas de l'être.

## **2) La science juridique et l'approche de la positivité normative**

Pour la philosophie du droit, la connaissance de la normativité juridico-positive est une nécessité, car c'est cette normativité qui est le fondement empirique du droit. Dès lors, il ne s'agit pas pour nous d'opposer science et philosophie, ontologie et métaphysique. En effet, si nous gardons le concept de science pour l'appréhension de la réalité immédiate, il est évident que la philosophie du droit ne peut pas se passer de la science juridique. Bobbio nous a déjà fait remarquer dans sa *Teoria della scienza giuridica* qu'on ne peut pas prendre position face à une réalité donnée, sans la connaître.

L'approfondissement de la science juridique est par conséquent essentielle pour la philosophie du droit. Cela d'autant plus que la philosophie du droit est la dimension qui introduit la connaissance effective de l'immédiateté juridico-positive, ainsi que la conscience nécessaire de son devenir autre. Ce qui est hautement problématique, du point de vue de la philosophie du droit c'est, comme nous l'avons signalé, la fermeture dogmatique et le fétichisme de la normativité donnée. En effet, cette position ne peut que produire la chosification de la normativité existante et, par conséquent, de l'ordre institutionnel dans lequel cette normativité s'objective.

Cela dit, il ne s'agit pas, du point de vue axiologique, de vouloir le changement pour le changement en ce qui concerne le droit positif, voire sa dissolution, mais plutôt une transformation devant se réaliser dans le sens de l'accomplissement de sa dimension universalisante : la justice. Dans ces conditions la véritable connaissance de l'être-là du droit, c'est sa perception en tant que simple moment de ce processus. La lutte pour la justice est, comme l'a signalé Ihering, un éternel devenir. De plus la lutte pour l'égalité et la justice est une dimension qui ne concerne pas les seigneurs, mais plutôt les faibles et les dominés. Les seigneurs tendent plutôt à pervertir, dans leur discours et dans leur pratique le sens de ce processus.

La connaissance de la normativité juridico-positive est ainsi un moment essentiel dans la compréhension de la totalité du phénomène juridique. La science du droit est précisément le chemin qui mène à cette connaissance.

Comme nous l'avons souligné, dans sa normativité positive le droit est un tout organisé suivant un ordre pyramidal et ayant sa propre cohérence. De sorte que le praticien du droit se trouve devant une totalité donnée, où la diversité trouve sa cohérence dans l'unicité. Il s'agit pour lui non seulement de pouvoir rentrer dans ce labyrinthe des normes, mais aussi de pouvoir s'y retrouver.

La technique juridique permet précisément aux praticiens d'approcher cette réalité, car le but du praticien n'est pas de se poser la question du droit ou du sens de la normativité donnée. Son approche au droit est conditionnée par un phénomène particulier que nous appelons un cas. De sorte que l'approche immédiate du praticien est conditionnée par la nécessité de trouver une réponse à son cas. La technique juridique lui indique que le premier pas est celui de la localisation de la norme, ou des normes qui vont lui permettre la résolution de son cas particulier.

D'une manière générale nous pouvons dire que l'approche de la normativité positive peut se faire à partir de deux positions : celle du praticien et celle du théoricien. Le praticien cherche essentiellement à résoudre des cas particuliers. Il s'agit pour lui, essentiellement, de localiser, d'interpréter et d'appliquer. Pour le théoricien du droit il s'agit par contre, du problème de la construction de concepts et d'institutions, ainsi que la systématisation de l'ordonnement juridique. Le théoricien du droit tend d'une manière générale à dépasser les bornes de la science juridique pour se projeter dans la théorie générale du droit. Ce qui le mène nécessairement à faire du droit comparé sectoriel ou général. En effet, le théoricien du droit ne se limite pas à la seule interprétation et compréhension d'une problématique posée par un

ordonnancement donnée. L'histoire, la sociologie et la philosophie font aussi partie des domaines auxquels faire appel.

Par conséquent, les éléments de base de la science juridique - la localisation, l'interprétation et l'application - concernent essentiellement les praticiens du droit. Il est évident que le théoricien a aussi recours à la localisation et à l'interprétation ; de même qu'il peut se poser la question de l'application. Mais, pour la construction d'institutions et de concepts juridiques fondamentaux, ainsi que pour la systématisation des différentes parties de l'ordonnancement juridique, le théoricien doit déborder les cadres stricts de la science juridique pour faire du droit comparé<sup>8</sup> et rentrer dans la théorie générale du droit.

Par conséquent, la science juridique consiste essentiellement dans l'étude d'un droit positif déterminé, en vue de connaître son système et de pénétrer son esprit. De ce point de vue là, qui est celui de la dogmatique juridique, la science du droit comporte deux moments essentiels : 1) la technique juridique qui se réfère principalement à la localisation des normes légales nécessaires pour le traitement d'un cas concret ; 2) la science juridique proprement dite et en dernière instance l'application du droit.

De là que la science juridique au sens strict du terme est considérée comme une herméneutique, donc comme la science qui définit les principes et la méthode de la critique et de l'interprétation des textes. Bobbio parle à ce propos de méta-jurisprudence. Ce terme nous paraît inadéquat, dans la mesure où l'au-delà de la juridicité positive, n'est autre que l'horizon axiologique. Par conséquent, la philosophie du droit.

Pour ce qui est de la technique juridique et plus précisément de la localisation des normes valides nécessaires à la solution d'un cas concret, il est évident qu'elle est donnée par la pratique. Tout d'abord par les études du droit positif et ensuite par la spécialisation. Ce n'est donc pas un hasard si les praticiens du droit sont des spécialistes. C'est la pratique juridique qui permet la localisation rapide des textes nécessaires, car en plus de la loi il y a la jurisprudence et les autres sources formelles du droit. La connaissance de ces paramètres est le domaine de la technique juridique. Plus précisément, le point de départ adéquat pour une interprétation suffisante.

### **3) La science du droit comme herméneutique juridique**

Lorsque le praticien du droit se trouve devant un ensemble de normes positives, concernant un cas donné, qu'il doit interpréter, il prend généralement ces normes comme des réalités données. C'est ce que lui a appris la dogmatique juridique. En d'autres termes, il ne voit pas ces normes comme le résultat d'un cheminement qui a son point de départ immédiat dans la création. Ce qui impliquerait le fait de tenir compte que le texte est produit d'un contexte et que le non-contexte du texte peut donner lieu à une lecture différente. En d'autres termes, le texte qui est appréhendé à partir de son contexte n'est pas la même chose que le texte qui est perdu à partir de son non-contexte.

A vrai dire le praticien ne se pose pas ce genre de problème, notre personnage est pressé. En effet, ces questions intéressent le théoricien, et non le praticien. C'est donc à lui que l'herméneutique traditionnelle a pensé en premier lieu. Donc, selon la méthode traditionnelle le juriste se trouve devant la possibilité : 1) soit de faire une interprétation littérale ou grammaticale, 2) soit de tenir compte de l'intention du législateur, et 3) soit de faire une interprétation logique.

Pour ce qui est de l'interprétation littérale ou grammaticale, il est nécessaire. nous dit la doctrine, d'étudier la lettre du texte légal. Cette méthode consiste à tirer des mots eux mêmes, de la syntaxe des phrases et de la ponctuation, le sens exact du texte en question. Cette forme d'interprétation part de la thèse selon laquelle le texte exprime exactement la pensée du législateur. Donc, qu'il a employé la forme la plus adéquate à son expression.

---

<sup>8</sup> Joaquim Ruiz-Giménez, dans son Introducción a la Filosofía jurídica parle précisément de cette nécessité dans laquelle se trouve le théoricien du droit. Le droit comparé et la théorie générale du droit font partie des domaines dans lesquels se projette le théoricien du droit.

Ce n'est qu'une fois que le juriste a réalisé cette analyse textuelle qu'il peut se poser la question de l'intention du législateur. Comme on le sait "l'intention du législateur" est une fiction juridique, car le législateur n'est pas une personne unique. C'est généralement une assemblée composée de nombreuses têtes, avec des intentions souvent très différentes. Ceci, lorsqu'il ne s'agit pas d'un groupe de juristes et des technocrates appartenant à un ministère donné. Cela dit, la non existence d'un législateur unique n'exclut pas l'unicité et la cohérence de l'ordonnement juridique. Cette unité n'est pas un simple postulat logique comme le pensent certains théoriciens, mais un fait sociologique de premier ordre.

De telle sorte que l'appel à l'intention du législateur" est une fiction qui renvoie à la logique juridique de l'ordre dont il est question. Cet ordre, comme nous le verrons plus loin, d'une manière plus précisée<sup>9</sup> n'est pas seulement formel ; il est avant tout institutionnel. La logique interne d'un ordonnancement positif donné est pour ainsi dire intériorisé dans la conscience du praticien. Ses études juridiques, ainsi que le rapport professionnel avec l'ordonnement positif du monde ou il est inscrit, lui permettent précisément d'intuitionner la logique de l'ordre dont il est question. C'est la raison pour laquelle la doctrine nous dit à propos de cette fiction que toute règle de droit participe de l'unité logique du corpus auquel elle appartient. En d'autres termes, c'est le postulat logique de l'unité de l'ordonnement juridique. Si bien que toute règle de droit est éclairée par et fait corps avec toutes les autres règles juridiques en vigueur.

L'interprétation logique quant à elle, est celle qui renvoie à l'économie générale de la loi, c'est-à-dire à son plan. La place qu'occupe un article dans un document législatif, peut permettre d'éclaircir la logique du texte en question. Pour cette technique d'interprétation, les parties d'un document législatif, comme le titre et le sous-titre sous lequel est rangé un article donné, peuvent être importants, voire déterminants, pour l'appréciation de sa signification.

Par delà l'interprétation formaliste du praticien se situe la lecture du théoricien, dont le but comme nous l'avons vu, est la construction d'institutions et de concepts.

juridiques, ainsi que la systématisation des différentes parties de l'ordonnement juridique. Ce travail théorique implique une élaboration doctrinale et fait intervenir d'autres modes d'interprétation. Il semble nécessaire de ranger, jusqu'à un certain point, dans cette forme d'herméneutique juridique, l'interprétation judiciaire qui est à la base de la jurisprudence. En effet, dans l'oeuvre de jurisprudence, les tribunaux ne se contentent pas d'une simple lecture formaliste. Comme les théoriciens, les tribunaux qui font acte de jurisprudence, font intervenir d'autres modes d'interprétation. Particulièrement l'interprétation historique. L'interprétation systématique est, par contre, plus l'oeuvre des théoriciens eux mêmes.

L'interprétation historique est le résultat d'une recherche aux sources mêmes de la production du texte juridique dont il s'agit. Cette recherche met ainsi en rapport le texte avec le contexte qui a conditionné sa naissance. Pour se faire, on exhume les projets qui ont précédé la naissance de la loi en question. On compare ainsi ces projets au texte définitif, pour saisir dans quel sens le pouvoir législatif entendait légiférer. Les procès-verbaux et les rapports des commissions d'experts sont aussi importants pour éclaircir le sens du texte. La connaissance des débats pléniers qui ont précédé l'adoption de la loi, sont aussi très importants pour atteindre ce but.

Au sens strict du terme, l'interprétation historique des textes de loi, rentre encore dans l'horizon de la science juridique. Par contre, l'interprétation systématique se situe, pour une grande partie, en dehors. En d'autres termes, l'interprétation historique renvoie aux sources de la production positive immédiate, tandis que l'interprétation systématique fait appel à des domaines extérieurs aux sciences juridiques, comme la philologie et l'analyse du langage.

Cela dit, l'interprétation systématique contient comme moment essentiel, l'interprétation logique. Donc, celle qui renvoie à la logique immédiate d'un ordre juridique donné, ou à la logique de la doctrine juridique. Plus précisément, aux fondements de la logique juridique, ou à la sagesse juridique, telle qu'elle se trouve exprimée par ses maximes et ses adages.

---

<sup>9</sup> Au chapitre suivant

#### **4) L'interprétation traditionnelle de la normativité juridique**

L'interprétation traditionnelle comporte plusieurs formes de lecture immédiate des textes. Ces formes d'interprétation se situent au niveau premier de la lecture des textes juridiques.

Comme nous l'avons signalé, les sciences juridiques considèrent le droit dans sa positivité. Pour les sciences juridiques seul compte le droit tel qu'il est. L'approche de sa textualité doit ainsi exclure tout ce qui est de l'ordre d'une interrogation englobante comme la philosophie du droit, ainsi que tout ce qui déborde la juridicité comme réalité normative, ce qui est le cas de la sociologie du droit.

La science juridique se propose ainsi de purifier - comme le dit Kelsen - le domaine de la positivité en délimitant son domaine et en excluant toute interrogation et tout rapport qui n'est pas de l'ordre de sa logique immédiate.

Du point de vue de la science juridique, l'herméneutique du droit est pour ainsi dire l'approche la plus englobante. L'interprétation classique, quant à elle, renvoie à une lecture plus immédiate des textes. Dans cette approche de la textualité immédiate, il convient de situer : 1) l'exégèse, et 2) la lecture raisonnée.

L'école de l'exégèse a été développée en France, comme résultat de la codification. Pour cette approche dogmatique il s'agit de ne considérer que le texte et rien d'autre que sa simple textualité. L'interprétation devient ainsi simple commentaire des textes. L'étroitesse de cette forme d'interprétation, se manifeste clairement dans le jugement de ce juriste du XIX<sup>ème</sup> qui aurait dit : je ne connais pas le droit civil, je ne connais que le Code Napoléon !

Il s'agit, par conséquent, pour l'école de l'exégèse, de commenter texte par texte, en excluant toute perception d'ordre englobant, comme celle qui peut être contenue dans l'approche à la logique de sa propre positivité. C'est, comme on peut aisément le comprendre, la forme la plus étroite de cette méthode d'interprétation juridique. En effet, bien souvent les commentaires de cette école ont débordé le cadre limité du commentaire du texte par texte.

La plupart des théoriciens du droit font un parallèle entre l'école de l'exégèse et l'école de la "jurisprudence des concepts", telle qu'elle a été développée par Ihering de la première époque. Pour cette école, en effet, il s'agissait de tenir compte des postulats suivants : 1) que le droit légiféré est la seule source du droit, 2) que le droit légiféré est précis, complet et cohérent, 3) que la lecture du droit légiféré doit faire appel à certains concepts juridiques de base, et 4) que l'activité du juge est purement cognitive (de la textualité) et ne doit pas être brouillée par les conséquences pratiques de ses décisions.

La "jurisprudence des concepts", comme on peut le constater, a une approche beaucoup plus herméneutique que l'école de l'exégèse. Ceci, parce que l'école de la jurisprudence des concepts a une méthode bien plus systématique, ce qui n'est pas le cas de l'école de l'exégèse. Pour celle-ci, en effet, l'objet de la lecture et de la réflexion juridique est donné par le Code. Il s'agit simplement de commenter son contenu article par article. Bien évidemment, l'école de l'exégèse considèrerait aussi que le droit codifié était la seule source du droit et que ce droit était précis, complet et cohérent. Quoi que ces évidences ne soient pas des objets de réflexion pour cette école.

En d'autres termes, il y a dans l'école de l'exégèse une approche particulièrement naïve. La vérité est pour elle une immédiateté et la nature de cette vérité n'est pas, en tant que telle, objet de réflexion. Par contre, la démarche de l'école de la jurisprudence des concepts, se rapporte plutôt au positivisme théorique. Sa dimension théorique permet à Ihering lui-même - ainsi qu'à Stammler - de surmonter ses limites, pour se protéger dans la philosophie du droit. Donc, dans le dépassement de l'horizon étroit de l'être-là du droit.

La lecture raisonnée renvoie, quant à elle, à l'interprétation restrictive et à l'interprétation extensive. Selon la tradition il s'agit de respecter les niveaux, pour ce qui est de l'interprétation. C'est ainsi que l'interprétation extensive ne peut être appliquée qu'aux règles d'ordre général, tandis que l'interprétation restrictive est du domaine des dispositions spéciales.

Cette théorie a systématisé divers modes de raisonnement, permettant au juriste de faire une lecture cohérente des textes de droit. C'est le cas des célèbres arguments *a contrario*, *a pari* et *a fortiori*.

L'argument a contrario nous permet de conclure que si le législateur a adopté une réglementation pour un cas donné, il en exclut le cas contraire. C'est ainsi que si dans une législation donnée ont droit de vote toutes les personnes majeures de 17 ans, cela veut dire, comme on peut aisément le comprendre, que les personnes âgées de moins de dix-sept ans n'ont pas le droit de vote.

L'argument a pari ou a pari ratiōne, s'applique aux cas analogues. C'est ainsi que si dans une législation donnée la loi stipule que les ouvriers doivent être protégés contre les risques du travail, cette loi s'applique aussi a pari ratiōne aux employés de bureaux.

L'argument a fortiori permet de conclure à l'existence d'une règle, dans le cas où cette règle s'impose pour des raisons encore plus fortes. C'est ainsi que si dans une législation donnée il est stipulé que la conduite en état d'ébriété est une faute très grave, on peut en déduire a fortiori que la conduite sous l'empire de la drogue l'est aussi.

### **5) L'application du droit**

Lorsque nous parlons de l'application du droit, nous devons tenir compte qu'à l'intérieur de ce processus il y a deux organes qui interviennent. Premièrement, les organes qui se chargent de déterminer quelles sont les normes qui sont applicables à des cas particuliers et d'ordonner les exécutions ; deuxièmement, l'organe chargé de l'application physique des peines.

Nous avons, par conséquent, en premier lieu les juges et les tribunaux et en deuxième instance la police et les autorités pénitentiaires. De sorte que les juges doivent interpréter la loi pour l'appliquer. De ce point de vue, le pouvoir judiciaire est le moyen terme entre les organes de production et les organes d'exécution.

Par conséquent, par delà la dimension de l'interprétation, se pose le phénomène de l'application du droit. Pour la dogmatique juridique ce processus ne présente pas, pour ainsi dire, de problème. Le juge doit se tenir à la norme et l'appliquer selon la théorie de la subsumption. En tout état de cause le juge ne peut pas refuser le jugement. En effet, tous les systèmes juridiques modernes expriment ce qu'il est convenu d'appeler le principe de plénitude de l'ordre juridique. Selon ce principe tous les juges et tribunaux ont le devoir inexcusable de résoudre tous les cas qui se présentent à eux. Pour se faire, ils doivent se rapporter aux systèmes de sources reconnus par chaque ordre juridique. De plus cette exigence est soutenue pénalement, car le juge qui se refuse à juger est condamné du délit de prévarication.

Comme nous l'avons vu, les théories de l'interprétation permettent au juge de connaître le sens de la loi. En tout état de cause il ne lui est pas nécessaire d'être très versé dans les techniques de l'herméneutique juridique. La simple lecture des textes correspondant au cas qui l'occupe lui permet de se prononcer. En tout état de cause, la pratique du commentaire des textes juridiques lui donne accès au sens premier de la loi.

La dogmatique juridique lui a permis, en plus, de connaître la théorie de la subsumption. Selon cette théorie, en effet, l'application du droit est le résultat d'un syllogisme. La prémisse majeure étant constituée par la norme juridique applicable au cas soumis au jugement ; la prémisse mineure étant constituée par les faits du cas dont il s'agit. De sorte que la conclusion s'obtient par la subsumption de la prémisse mineure à la prémisse majeure : le fait concret à la norme.

Pour mieux expliquer la théorie de la subsumption, nous allons supposer un cas d'homicide. Le fait qu'A a tué B. La loi peut dire à ce propos : celui qui tue un homme est condamné à 10 ans de réclusion (prémisse majeure). Ainsi, comme A a tué B (prémisse mineure, constitué par les faits qui résultent du cas concret), par conséquent, A doit être condamné à 10 ans de réclusion. Cette conclusion est le résultat de la subsumption de la prémisse mineure à la prémisse majeure.

Comme on peut aisément le comprendre, la dogmatique juridique traditionnelle introduit une figure non nécessaire dans le processus d'application du droit. On dirait que cette figure permet de déclencher les automatismes de l'application. Le juge étant considéré par cette dogmatique comme un simple instrument d'application du droit.

Pour Aristote, la différence entre la norme et le fait ne doit pas se résoudre à travers une quelconque figure syllogistique qui mène, dans la pratique au nivellement des deux termes. Aristote nous apprend, en effet, que la norme est une catégorie générale, tandis que le fait est un

phénomène particulier. De sorte que pour lui, le rôle du juge est d'adapter le général au particulier, au moyen de l'équité.

Le dogmatisme dans l'application du droit commence à s'éroder au début de notre siècle. Un des mouvements le plus significatif est celui du Freirecht, du droit libre. Ce mouvement a été déclenché par Kantorowicz en 1906, avec son manifeste intitulé : *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, La Lutte pour la Science du Droit.

La caractéristique fondamentale de ce mouvement, est la révolte contre le fétichisme de la loi et l'instrumentalisation du juge. Ainsi, contre le despotisme de la dogmatique juridique, concrétisé dans la théorie de la subsumption, ce mouvement se prononce pour la libre découverte du droit et de la justice.

En d'autres termes, le mouvement du droit libre de tout dogmatisme préconise, dans l'application du droit une appréciation, pour la part du juge, des intérêts en présence. La jurisprudence des concepts devait ainsi laisser la place à la jurisprudence fondée sur la pesée des intérêts. Ce mouvement oppose à la dogmatique établie le vieil adage : *Summum jus, summa injuria*. Donc, le principe selon lequel l'application pleine de la loi est une injustice suprême.

Ce mouvement revendique ainsi, sans le mentionner, le principe aristotélicien de l'équité : son rôle dans l'application du droit. Sous la République de Weimar le mouvement du Freirecht, va s'exprimer dans la revue *Die Justiz* et préconise l'intuition de la justice comme élément fondamental du jugement.

Comme on le sait, ce mouvement a été dissout lors de l'avènement du national socialisme. Dans ces circonstances il n'était plus question de lutter pour la réalisation de la justice en tant que dimension universelle, mais plutôt de concevoir le droit et l'Etat comme des instruments du *Führerprinzip*.

Pour le national-socialisme, en effet, l'Etat et le droit du peuple allemand, sont des manifestations de sa communauté raciale. Donc, de sa spécificité de race supérieure et de peuple ayant une culture élitiste. Cette substance communautaire est, toujours selon la doctrine national-socialiste, le support du *Führerprinzip*. De telle sorte que l'Etat et le droit sont des instruments à la disposition du *Führer* pour lui permettre de défendre la pureté raciale et culturelle de ce peuple et de réaliser sa mission dominatrice dans le monde.

Dans ces conditions le juge n'était plus considéré comme l'incarnation d'un

- la Justice -, mais comme l'instrument de la communauté sociale : de son être et de son projet. De telle sorte que dans l'application des normes positives le juge devait tenir compte qu'au niveau des personnes juridiques - singulières ou collectives - il y avait deux sortes de sujets : ceux qui étaient protégés par les principes de la communauté et ceux qui n'avaient pas droit à autre chose qu'à la négation du droit.

En mars 1939 s'est réuni à Vienne le congrès juridique germano-italien. Dans ce congrès il a été question du problème du droit et du juge au sein des sociétés fascistes. Il en a été déduit que le juge était toujours lié par la loi, mais exigeait que l'interprétation et l'application du droit soient inspirés par la nouvelle philosophie et non par les principes de l'individualisme. En d'autres termes, l'interprétation et l'application du droit ou des normes positives des communautés en question, ne devaient plus être conditionnées par ce principe d'ordre universel, selon lequel toute singularité est une manifestation de cette universalité que nous appelons le genre humain.

Le droit nazi, plus que le droit du fascisme italien, se présente ainsi comme une négation de la moralité objective. Ce droit ne se veut pas l'objectivation des principes d'ordre universel, mais l'extériorisation de la substance de la communauté allemande.

La source de valeurs n'est plus, dans ce cas, l'universalité, mais la particularité (d'une communauté sociale). A vrai dire, ce mouvement n'est pas le résultat d'une simple radicalisation de la particularité prise comme universalité, mais plutôt la négation de cette universalité elle-même. De sorte que l'émergence de cette particularité conquérante, en tant que source de ses propres valeurs, implique la négation de la dimension axiologique des autres communautés sociales : du reste de l'humanité en tant que telle. Cette négation se manifestait

clairement dans le phénomène de l'application du droit ; les non-membres de la communauté germanique étaient, d'après ces principes, pour ainsi dire des non-sujets.

Cette perversion du droit et du minimum de moralité, dont la positivité est sensée être le véhicule, est comme on peut le comprendre le résultat de la négation de sa dimension universalisante. En d'autres mots la perversion du droit ne peut être que le résultat de la négation de cette dimension universelle : le principe de la justice. En effet, les universaux ne sont pas le produit de la particularité, mais la manifestation de la dimension générique de l'humain.

### **6) La dogmatique juridique et le postulat de l'unité fermée du droit positif**

Un des présupposés essentiels de la dogmatique juridique est le postulat selon lequel le droit positif est précis, complet et cohérent. De telle sorte que le juriste n'a pas besoin de chercher ailleurs des réponses, il n'a qu'à interpréter correctement la loi et à l'appliquer telle quelle.

En d'autres termes, pour la dogmatique juridique l'ordonnement juridique ne comporte ni lacunes, ni défaillances. La réponse qui ne peut pas être trouvée par une connaissance adéquate des textes, ou une méthode raisonnée d'interprétation, peut l'être en faisant appel à la logique de l'ordre juridique. Ainsi, il n'est pas nécessaire de dépasser les bornes du droit positif pour trouver des réponses à des questions posées. Comme nous l'avons signalé, pour la théorie du droit, il s'agit surtout de ne pas avoir recours à d'autres savoirs et plus particulièrement à la sociologie et à la philosophie de droit.

La théorie pure du droit dont parle Kelsen, par exemple, exclut précisément l'appel à ces domaines.

Pour comprendre l'importance de cette problématique de volonté de réduction, il faut être conscient que, pour la dogmatique juridique, tout appel aux domaines extérieurs, à la théorie pure, pour l'interprétation de la loi est considéré comme une interprétation *contra legem*. Donc, comme une des plus hautes perversions que le juriste puisse réaliser dans sa pratique.

Dans ce qui suit, nous allons nous poser la question de savoir s'il y a lieu de parler, en effet, d'une unité fermée de l'ordonnement juridique. Et si oui, dans quelle mesure ? Puis nous allons nous poser la question de savoir quelles sont les causes droit ?

En ce qui concerne la première problématique, nous pouvons la diviser en deux questions :

Premièrement, est-ce que l'unité des ordonnements juridiques est une réalité ou une fiction ?

Deuxièmement, est-ce que ce phénomène est un être achevé ou en voie de s'accomplir ?

Lorsque nous parlons d'un ordonnement juridique - comme peut être le droit positif français, anglais, russe, argentin, etc. -, nous nous référons bien à des phénomènes existant objectivement. Ceci non seulement dans leur structure normative, mais aussi dans leur dimension objective. Cette existence indépendante est, comme on le sait, une extériorisation de la juridicité qui est pour elle-même. De telle sorte que chaque ordonnement tend à se considérer comme une des plus hautes manifestations de la juridicité.

En tant qu'être différencié un ordonnement juridique peut être considéré comme une totalité ayant sa propre autonomie. Mais cette différence n'est pas totale. Toutes les formes de la juridicité ont une certaine structure de base commune et se rapportent à des principes ultimes qui sont les mêmes. Il y a toujours, par exemple une différence entre le droit public et le droit privé, de plus, toutes ces manifestations de la juridicité reconnaissent un rôle plus ou moins important aux principes de la justice et de l'équité. Ainsi, à l'intérieur de chacune de ces formes, nous pouvons parler de légitimité, de légalité et d'efficacité des normes juridiques.

De telle sorte qu'en nous préférant à un droit positif efficace<sup>1</sup> nous pouvons parler de son unicité. Ceci, non seulement en tant qu'ordre institutionnel, mais aussi en tant que cohérence formelle. Car une totalité juridique ne peut pas exister pour elle-même, n'est pas ordonnement effectif en elle-même, si elle ne possède pas une autonomie suffisante. C'est le cas notamment de l'ordre juridique des états composant une fédération.

Pour ces raisons nous sommes obligés de reconnaître que les ordonnements juridiques constituent une unité effective et non pas une fiction d'unité. Cette unité

est telle que chaque ordonnancement possède sa propre logique.<sup>10</sup> - Laquelle bien évidemment est dépendante de la logique de la juridicité en tant que telle.

C'est ce rapport de cohérence de l'unité particulière en elle-même qui nous permet de parler de structure normative. De la même manière que la relation de cette unité avec le développement de la juridicité en tant que telle, nous permet de parler d'histoire du droit.

Cela dit, la question est à présent de savoir dans quelle mesure cette totalité est un être achevé, ou en voie d'accomplissement. Comme nous l'avons souligné, du point de vue de la dogmatique juridique le droit positif est une totalité accomplie en elle-même. Or, l'histoire nous montre précisément le contraire : le simple fait qu'une positivité donnée peut être invalidée par un mouvement social qui structure son ordre suivant une logique différente. Dans sa dimension historique précisément, le droit est une manifestation de l'être social. Il suit, par conséquent, la logique de cet être qui se trouve dans un processus de changement, plus ou moins significatif, tout en restant identique à lui-même. Ce principe de l'identité explique, par exemple, que toutes les formes de juridicité ont une structure normative de base. De sorte que le principe d'identité garanti la continuité de cet être dans sa propre logique et empêche que les manifestations particulières puissent se perdre dans leur propre différence.

A l'intérieur de cette logique de l'identité, il apparaît tout à fait clairement que la volonté de rupture d'une particularité par rapport aux principes de son universalité est en soi et pour soi une perversion. C'est ce que nous montre précisément le droit du national-socialisme. Que le devenir-autre fasse partie de l'ontologie de l'être social, voilà ce que nous montre l'histoire. Mais ce devenir-autre ne veut pas dire disparition du principe de la continuité de cet être en lui-même. Ce principe de la continuité ne se manifeste pas uniquement comme identité dans le changement, mais comme volonté d'identité, en tant qu'inertie sociale, d'un être particulier en lui-même. En effet, toute réalité tend à se maintenir égale à elle-même. Tout être-là du social tend à redouter son devenir-autre : sa propre disparition. Pour cette raison tout être-là du social tend à se donner la dimension de l'éternité, à se présenter comme être accompli en lui-même.

L'histoire nous le montre : aucun ordre institutionnel n'a accepté de bon gré son propre anéantissement. Mais, le principe du devenir inscrit dans l'être social est fait de telle sorte que cette totalité se manifeste non pas comme un être achevé en lui-même, mais comme un processus d'accomplissement. Donc, comme un être inachevé.

Par conséquent, c'est cette volonté d'identité, en lui-même, d'un ordre donné qui nous explique son discours de totalité achevée. Mais, le non-être ou ce qui n'est pas encore, se loge toujours au sein de l'être-là. Ceci à cause du fait que l'être social est en même temps, au sein de son être, identité et inquiétude de changement. De plus le novum n'est jamais une dimension étrangère à la raison, car tout novum est novum du même : de l'expérience humaine.

Cette problématique nous renvoie à la question de savoir pourquoi la dogmatique juridique rejette les apports pouvant venir de la sociologie et de la philosophie du droit. En effet, la dogmatique juridique ne cherche que des réponses à l'intérieur de sa propre logique ; car, au sein de sa propre logique c'est son ordre institutionnel qui s'affirme en lui-même. Par contre, la sociologie du droit, comme on le verra plus loin, pose le problème de la nature de l'ordre institutionnel dans lequel une juridicité donnée s'objective. La philosophie du droit, de son côté, se présente comme le discours critique du système de valeurs et de l'ordre institutionnel dans lequel une positivité donnée s'objective.

---

<sup>10</sup> Nous parlons ici d'unité logique et non pas d'unité axiologique. Celle-ci est donnée par l'ordre institutionnel lui-même. Tout système de légalité présuppose un système de légitimité. Dans les systèmes juridiques modernes les Conseils constitutionnels jouent précisément ce rôle d'uniformisation axiologique, car ils veillent sur la constitutionnalité des lois. Le texte fondamental - la Constitution - donne en effet les cadres référentiels de la production normative. De ce point de vue, la lutte pour la constitutionnalité des lois, est une activité tendant à sauvegarder la cohérence d'un ordonnancement en lui-même. Par conséquent, cette activité tend à maintenir l'unité d'un ordre institutionnel : d'un ordre social dans ses déterminations essentielles.

Ce n'est donc pas un accident si le positivisme juridique dans ses différentes manifestations, a toujours rejeté l'intervention de la sociologie et surtout de la philosophie du droit. Ce n'est pas non plus un hasard si la philosophie du droit tend à être marginalisée dans les études juridiques. L'idéal de la dogmatique juridique, consiste dans le fait que le praticien du droit ne puisse penser à autre chose qu'au règne de la positivité normative. Donc, en réponse à toute question du praticien du droit elle dit : la loi et rien d'autre que la loi !

### **7) Le droit comparé et la théorie générale du droit**

La théorie des sciences juridiques ne s'épuise pas dans la dogmatique d'un ordonnancement normatif. La dogmatique juridique est pour ainsi dire le premier niveau de la science du droit. La réduction de la science juridique à la dogmatique normative est, comme nous l'avons souligné, une forme de limitation de la connaissance effective du droit en tant que manifestation normative.

La théorie des sciences juridiques se propose de comprendre les structures de base du droit en tant que phénomène empirique. Pour cette raison, la théorie des sciences juridiques dépasse les cadres étroits d'un ordonnancement donné, pour étudier les manifestations du droit dans leur structure normative.

Le chemin de cette visée englobante de l'empiricité normative, passe par le droit comparé et culmine dans la théorie générale du droit. De ce point de vue, par conséquent, le droit comparé est, pour ainsi dire, le moyen terme entre la dogmatique juridique de chaque ordonnancement et la théorie générale du droit.

Le droit comparé se propose ainsi l'étude des différents systèmes juridiques à deux niveaux différents : l'horizontal et le vertical. Dans l'étude de ces niveaux l'histoire du droit est toujours présente. A vrai dire, le droit comparé montre la nécessité de la connaissance de l'histoire du droit. Cette dimension tend à être éludée au niveau de la dogmatique car, pour elle, seul existe le droit en tant que phénomène donné à l'intérieur d'une communauté.

La connaissance de l'histoire du droit s'avère ainsi indispensable à la compréhension du droit comparé, à ses différents niveaux. Pour ce qui est du niveau horizontal, il s'agit d'étudier les différents ordonnancements dans leurs différents secteurs du droit public, ou du droit privé. Par conséquent, l'approche horizontale se fait au niveau de chaque spécialité, comme le droit constitutionnel (dans le public) ou le droit mercantile (dans le privé).

L'approche verticale, par contre, se rapporte aux grandes divisions des systèmes normatifs : essentiellement droit public, droit privé et droit pénal. Dans l'étude comparative de ces différents secteurs il s'agit de parvenir à la construction d'une théorie générale des parties constitutives des ordonnancements normatifs.

La recherche en droit comparé est particulièrement significative lorsqu'elle dépasse le cadre de la même famille juridique. Il est, en effet, important de comparer le droit français au droit italien, allemand ou mexicain. Mais, la mise en rapport avec un ordonnancement appartenant à une famille juridique différente - pour nous, le droit anglais, ou le droit américain - est encore plus significative du point de vue de la recherche fondamentale. Cette différence permet, en effet, de saisir d'une manière plus pertinente les structures fondamentales du phénomène juridique.

Il s'agit aussi d'étudier le rapport entre la juridicité qui a atteint un niveau très élevé d'objectivité et celles qui en sont à un niveau différent, comme le droit socialiste ou le droit islamique. En effet, l'étude comparative de la normativité se situant en dehors de l'Etat de droit et où le niveau d'individuation est restreint ou très faible, est une tâche de première importance. Cette étude comparative ne doit pas se faire, pour qu'elle soit efficace, à partir d'une juridicité donnée - comme le droit français,

par exemple -, mais à partir de la synthèse normative des sociétés hautement individualisées. Dans ces conditions, le but d'une telle recherche ne peut être que la mise à jour du degré d'objectivité des catégories et des concepts du droit.

Le droit comparé s'avère particulièrement fructueux dans les nouveaux domaines comme le droit relatif à l'énergie atomique, à l'espace, à la télévision et à l'informatique. La connaissance des progrès normatifs faits dans ces domaines, par d'autres communautés, est, comme on peut

le comprendre, particulièrement importante. C'est dans ces domaines, où il n'y a aucune pesanteur traditionnelle, que peut se produire une uniformisation des différentes législations. Cette tendance à l'unification est possible dans les nouveaux domaines, mais non pas dans les branches les plus anciennes du droit. Ceci est une réalité insurmontable, malgré le fait que certains spécialistes pensent qu'on peut arriver à une unification mondiale du droit. C'est ainsi que Bentham pensait qu'il était possible de produire un *pannomion*<sup>11</sup> susceptible d'être efficace dans toutes les communautés sociales existantes dans le monde.

le projet d'une Théorie Générale du Droit ne doit pas être confondu avec le projet d'un droit valable universellement, et donc d'une uniformisation du droit à l'échelle de la planète. Le but de la théorie générale est de synthétiser les différentes manifestations de la juridicité. De ce point de vue la théorie générale du droit est la synthèse et l'aboutissement de la dogmatique juridique.

Roberto Bobbio nous explique à ce propos - dans son *Studi sulla teoria generale del diritto* - que la théorie générale du droit est une théorie formelle, dans la mesure où elle étudie la structure normative de la juridicité. En d'autres termes, l'objet de cette théorie est la forme, indépendamment des valeurs que cette structure contient et exprime.

Il ne s'agit pas, par conséquent, de soutenir à partir de cette théorie - comme le fait l'idéologie du droit - que ce qui est imposé par la loi est juste, et injuste ce qu'elle interdit. La connaissance théorique du phénomène juridique est la condition de sa réflexion critique. La théorie générale du droit est de ce point de vue, une contribution de premier ordre, car elle permet la connaissance du phénomène juridique dans ses différentes manifestations empiriques.

Du point de vue formel, la théorie générale du droit se présente comme une somme d'études empiriques. Lesquelles sont les résultats d'études de droit comparé, selon la logique que nous avons décrit plus haut : suivant des niveaux d'horizontalité et de verticalité dans les différents secteurs des ordonnancements juridiques appartenant aux diverses zones géographiques et culturelles.

La théorie du droit quant à elle est le résultat de la réflexion synthétique de cette diversité empirique. Au sens strict du terme, la théorie du droit ne peut pas réaliser son exigence à partir de la saisie formelle d'une dogmatique particulière. Elle présuppose une connaissance formelle de la juridicité dans sa diversité. Pour cette raison nous pouvons dire que la théorie générale du droit est la condition d'une théorie synthétique du phénomène juridique.

Cela dit, à partir d'une vision totalisante de la normativité en tant que telle, la théorie du droit trouve son accomplissement dans la philosophie du droit. La sociologie, comme l'histoire du droit, sont, dès lors, les domaines qui permettent de réaliser le passage de la théorie à la philosophie du droit.

---

<sup>11</sup> Une sorte de droit valable universellement.

### III. DROIT ET SOCIETE

#### 1) Le droit comme ordre juridique

La conscience du droit en tant que système normatif strictement hiérarchisé, donc en tant qu'ordonnement juridique, est apparue tardivement. Ceci parce que le droit s'est, historiquement, tout d'abord présenté sous la forme du droit privé : *Corpus juris civilis*.

Il s'ensuit que pendant des siècles le droit a été conçu comme un ensemble de normes ayant comme but la régulation de la conduite des individus. Dans ces conditions il était impossible de percevoir le droit comme une pyramide normative. Par conséquent, comme un ensemble structuré hiérarchiquement, impliquant une chaîne de validité et un ordre institutionnel.

Le premier théoricien du droit à avoir vu la logique de cet ordre et à l'avoir formulé d'une manière cohérente est, sans nul doute, Santi Romano. L'auteur de L'Ordinamento giuridico prend, en effet, conscience "que nombre de concepts généraux communs au droit public et au droit privé ont été l'objet, en droit privé, d'un traitement unilatéral de la part de la science, en un temps où la théorie du droit public n'existait pas ou n'était encore qu'à un stade inférieur du développement."<sup>12</sup>

Le développement du droit public a provoqué, par conséquent, une réinterprétation du phénomène juridique. Il s'agissait de dépasser la conception étroite élaborée par les privatistes, selon laquelle en effet, le droit objectif est un ensemble de normes, de règles et de préceptes destinés à réguler le comportement des individus.

De sorte que le changement essentiel, quant à la perception du phénomène juridique, n'a pu se produire qu'à la suite du développement du droit public, lequel a commencé à se manifester, pour ce qui est le droit continental, avec la Révolution française. Le développement du droit constitutionnel va faire apparaître cette structure pyramidale du phénomène juridique. En effet, "le droit, à son sommet et, pourrait-on presque dire, dans ce qu'il a de plus essentiel, est principalement public. Ce n'est pas qu'il faille approuver ce courant moderne de la doctrine qui, en forçant cette vérité, nie la distinction du droit public et du droit privé. Mais ce dernier est sans aucun doute une simple spécification du premier, une de ses formes ou de ses orientations, une ramification. Non seulement il dépend du droit public nécessaire à sa sauvegarde et qui en constitue la racine et le tronc : il demeure *sous* sa domination constante, encore que bien souvent discrète. Si cela est exact, on peut en déduire que les éléments du concept général de droit doivent être tirés du droit public plus que du droit privé"<sup>13</sup>

Depuis la publication de ce travail de Santi Romano,<sup>14</sup> nous avons assisté à une consolidation du phénomène de l'unité logique de l'ordonnement juridique. La création des Conseils Constitutionnels a eu comme but, précisément, de soumettre l'ordonnement à une unité dépendant de la loi fondamentale. On peut, par conséquent, soutenir que depuis la Révolution française, nous assistons à une consolidation du rôle du droit public et, plus précisément, du droit constitutionnel. La constitutionnalité des lois est une des conditions de leur validité.

C'est la raison pour laquelle Santi Romano insiste beaucoup, dans son travail, sur l'unité de l'ordre juridique. Cette unité n'est pas seulement logique mais hiérarchique. Elle implique, par conséquent, une chaîne de validité. Le passage suivant est, à ce propos, particulièrement significatif: "un ordre juridique, dans le sens qui vient d'être précisé, n'est pas une somme de plusieurs parties, et que celles-ci soient ou non de simples normes, mais est lui-même une unité (et, remarquons-le bien, une unité concrète et réelle, non pas artificielle ou atteinte par quelque abstraction). On ne peut même pas se faire une conception juste des normes d'un ordre juridique sans une conception préalable de l'ordre juridique comme tel. De même qu'on ne peut

<sup>12</sup> L'Ordre Juridique, Dalloz, 1975, p. 4.

<sup>13</sup> Op. Cit., p. 5

<sup>14</sup> 1917

avoir une idée exacte des divers membres de l'homme ou des rouages d'une machine si l'on ne sait d'avance ce qu'est l'homme ou cette machine."<sup>15</sup>

L'ordre juridique se présente ainsi comme une unité vivante qui tire son sens et sa légitimité du texte fondamental. Il apparaît dès lors que le texte fondamental, posé par un ordre social, lui permet de se reproduire en toute légitimité. En effet, lorsque un ordre social pose dans un texte constitutif la logique de sa légitimité, il exprime par là même la logique de l'être qui assure sa continuité. Cette logique tend à se reproduire ainsi dans son ordonnancement juridique et lui assure son unité. "En ce sens, quand on parle, par exemple, du droit italien ou du droit français, il n'est pas vrai qu'on pense seulement à une série de règles, ni que se présente à son esprit l'image de ces rangées de volumes que forment les recueils officiels des lois et des décrets. Ce à quoi pensent les juristes et, plus encore, les profanes, ignorants des définitions du droit dont nous parlons, est quelque chose au contraire de plus vivant et de plus animé : c'est avant tout l'organisation complexe et diversifiée de l'Etat italien ou français, les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci. En d'autres termes, l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure. Sous certains angles, on peut même dire que les normes apparaissent comme des reflets des traits essentiels d'un ordre juridique. Certaines d'entre elles au moins peuvent même varier sans que ces traits changent ; fort souvent, le remplacement de normes par d'autres est l'effet plutôt que la cause d'une modification dans la substance de l'ordre".<sup>16</sup>

Cette longue citation de Romano, permet précisément de situer la problématique fondamentale de son travail qu'il expose d'une manière magistrale. Plus précisément que le droit n'est pas un ensemble de normes, dont le but est de régler le comportement des individus. Il s'agit bien plutôt d'un ensemble normatif qui régule l'ordre social et institutionnel. C'est ainsi que lorsqu'on pense un ordre juridique donné, celui de l'Afrique du Sud, pour prendre un exemple bien caractéristique, nous n'avons pas affaire à une série de règles régulant le comportement des sud-africains dans leur ensemble, mais bien plutôt à l'ordre institutionnel et social de ce monde.

Dans la totalité de cet ordre se manifestent, par conséquent, les lois d'exclusions sociales. Le fait, par exemple, que les noirs ne sont pas des citoyens, des sujets du pouvoir<sup>17</sup>. De plus, l'ordonnancement sud-africain contient l'ordre de ses institutions, avec leurs hiérarchies de pouvoir, de privilèges et de sinécures.

C'est pour cette raison que Romano considère l'ordre juridique comme une entité. L'unité dérivant de, et étant constituée par le texte fondamental. Il ne s'agit pas, dès lors, de penser l'ordre juridique ni comme un ensemble de normes, ni comme une totalité duale, ayant d'un côté le règne de la moralité minimale, le droit privé, et de l'autre le domaine du pouvoir : le droit public. L'unité de l'ordre juridique exclut précisément cette dualité.

Ainsi, l'acceptation des lois d'un monde, implique l'acceptation d'un ordre social. Ce n'est, dès lors, pas un hasard si chaque fois que se produit une rupture à l'intérieur d'une société, nous constatons le rejet de la légalité existante par ceux qui se révoltent.

Ce qu'expose de nouveau Santi Romano, c'est précisément la thèse selon laquelle le droit est la même chose que la totalité sociale. Plus précisément, le droit est, pour lui, l'esprit de l'ordre social. Il nous dit à ce propos : "le droit n'est pas, du moins n'est pas seulement, la norme posée, mais bien l'entité qui la pose. Le processus d'objectivation d'où résulte le phénomène juridique ne commence pas au moment de la production d'une règle, mais à un stade antérieur : les normes n'en sont qu'une manifestation, une de ses multiples manifestations, un moyen par quoi s'affirme le pouvoir de ce moi social dont il est question. Il n'est aucune raison de regarder

---

<sup>15</sup> Op. Cit., p. 7.

<sup>16</sup> Op. Cit., p.10.

<sup>17</sup> Ceci avant la suppression de l'Apartheid, le 21 décembre 1993

ce moi social comme l'origine du droit. Il est le droit lui-même, et la norme n'est que l'expression. Une de ses expressions, une de ses façons d'opérer pour atteindre ses fins."<sup>18</sup>

La thèse fondamentale est, par conséquent, de soutenir que le droit n'est pas un simple système de normes comme le prétend le positivisme, mais plutôt la substance même du social. Les normes n'étant que l'expression de l'être social. Donc, une des formes à travers laquelle cet être social se manifeste.

Il est important de comprendre la nouveauté contenue dans la position de Santi Romano. En effet, avant lui le phénomène juridique se manifestait tout d'abord comme un ensemble de règles ayant comme but la régulation des comportements, par la suite il s'agira plutôt d'un système de normes, réelles parce que légales. Le positivisme va ainsi se substituer à la vision traditionaliste, pourrait-on dire.

En effet, le positivisme ne regarde pas le droit comme un moyen pour réguler les comportements des individus, mais comme une structure normative étant en elle-même réelle. Le côté privatiste de la théorie béhavioriste du droit est remplacé par la position formaliste du positivisme.

Pour la théorie positiviste il s'agit non seulement de différencier l'être du devoir-être,<sup>19</sup> mais aussi de penser le droit en dehors de tout jugement extra-juridique. En ce qui concerne la distinction entre l'être et le devoir-être, les positivistes considéraient qu'une chose est le droit tel qu'il est et une autre les idéalités concernant le droit. Pour la conscience dite scientifique, seule compte la réalité ; donc, ce qui est et non pas ce qui n'est pas. L'attitude scientiste exige, par conséquent, qu'on ne s'attache qu'à la réalité. Seul le réel est objet de la réflexion.

De ce point de vue, le droit qu'intéresse les spécialistes des sciences juridiques, ne peut être autre que le droit positif : le droit légal. De plus il ne s'agit pas de réfléchir le droit à partir de catégories extra-juridiques. Par conséquent, le droit doit être analysé en dehors de tout jugement de valeur éthico-politique et de toute référence à l'ordre social dans lequel il se manifeste. De sorte que le droit positif se présente comme un phénomène autonome, dont la connaissance est l'objet de la science juridique : une activité différente de l'éthique et des sciences sociales.

Cette position doctrinale est, comme on peut aisément le comprendre, très proche de celle de l'école de l'exégèse telle qu'elle s'est développée en France pendant le 19<sup>ème</sup> et le début du 20<sup>ème</sup> siècle. La différence étant que la théorie positiviste est plus élaborée, car pour l'école de l'exégèse, comme nous l'avons signalé, il s'agit tout simplement de commenter la loi ; et ceci, non pas selon son esprit, mais selon sa lettre.

Cette élaboration de la théorie positiviste a incontestablement atteint son niveau le plus élevé dans l'oeuvre de Hans Kelsen. Pour Kelsen, en effet, le droit est en système de normes, c'est-à-dire des énoncés, de formes très variées, dans lesquels se manifeste le droit à travers notamment les lois et les jugements des tribunaux.

Pour le théoricien de l'Ecole de Vienne, le droit doit être pensé en dehors de toute contamination idéologique. Cette tentative de "purification" du droit fut exprimé pour la première fois en 1911, dans Problèmes capitaux de la doctrine de l'Etat. La Théorie pure du droit, fut quant à elle publiée en 1934.

On peut donc dire qu'aussi bien pour l'école positiviste, que pour l'école de l'exégèse, la science juridique ne doit s'occuper que de lois positives, sans se préoccuper de savoir si elles sont justes ou injustes. En d'autres termes, pour ces théories du droit, *jus* et *justitia* sont deux concepts indifférents voire antithétiques.

Si nous tenons compte de ces positions qui exprimaient la théorie du droit de l'époque, l'importance de la contribution de Santi Romano apparaît évidente. En effet, il est vrai que le théoricien italien ne pose pas le problème de la dimension éthique du droit, il nous permet, en tout cas, de dépasser le dogmatisme normativiste, le fétichisme de la loi.

Pour Romano le droit est autre chose qu'ordre formel. " Tout compte fait ", nous dit-il, "on est toujours ramené au même point de départ. Ce qu'on appelle l'objectivité de l'ordre juridique ne peut pas se réduire aux seules normes juridiques. Elle n'est pas sans rapport avec celles-ci et s'y

---

<sup>18</sup> Op. Cit., P. 13.

<sup>19</sup> Hume pensait déjà à ce propos qu'on ne peut pas déduire le devoir-être de l'être. Cette thèse a été aussi soutenue par Kant.

reflète même, mais part toujours d'un élément logiquement et matériellement antérieur aux normes et aboutit souvent à des phénomènes qui ne se trouvent pas tous compris dans l'action de poser les normes elles-mêmes. Ce qui équivaut à dire que celles-ci sont ou peuvent être une partie de l'ordre juridique, mais restent bien loin de l'épuiser".<sup>20</sup>

Cette dimension concrète de l'ordre juridique, n'est autre que l'ordre social. Lequel se reproduit dans et par la juridicité et est produit par elle. La théorisation de Romano nous permet ainsi d'aller au-delà du formalisme comme réalité effective du droit, pour atteindre la totalité de son objectivation.

Cela dit, du point de vue strictement formel le droit est une pyramide normative appuyée sur son sommet. La juridicité donne ainsi l'ordre à partir duquel se reproduit la totalité du social. C'est donc, à l'intérieur de cet ordre qu'il s'agit de penser la reproduction matérielle. En effet, la reproduction matérielle se réalise à l'intérieur d'un ordre constitué. Lequel donne non seulement la dimension individualisante des sujets du social, mais aussi l'ordre institutionnel au sein duquel se réalise la reproduction matérielle.

De ce point de vue, le droit et l'économie se manifestent comme deux faisceaux de forces inversés l'un par rapport à l'autre. Le droit a comme centre énergétique le sommet de la pyramide, tandis que la puissance effective de l'économie se trouve à sa base.

## 2) Le droit comme institution

Pour Santi Romano le rapport entre droit et ordre social se manifeste non seulement au niveau du caractère hiérarchique de l'ordonnement juridique, mais aussi au niveau structurel. Le droit s'objective dans les institutions. Plus précisément, le droit est un ordre institutionnel.

Le concept de droit comporte ainsi pour Santi Romano, les facteurs suivants :

- 1) Le droit se rapporte au concept de société.
- 2) La notion de droit implique nécessairement celle d'ordre social, et
- 3) Le phénomène juridique se manifeste concrètement dans la structure sociale.

Pour ce qui est du premier point, il est nécessaire de tenir compte du fait que le droit est : a) toute cette dimension qui se situe par delà la sphère de la subjectivité ; de là la sentence latine *ubi jus ibi societas*, c'est-à-dire que le droit n'existe que là où il y a espace social, et b) un produit social, car il n'y a pas de société où le phénomène juridique ne se manifeste pas ; de là l'adage latin *ubi societas ibi jus*, c'est-à-dire que là où il y a société il y a du droit. Il faut comprendre ici le phénomène social, comme ce qui est le contraire au règne de la communauté. Romano pour sa part nous dit, à ce propos : "Ce que l'on doit entendre par société, ce n'est pas simplement une relation entre individus, telle l'amitié, ou le droit n'a aucune part, mais une entité distincte d'individus qui la compose et constituant de façon concrète une unité même du point de vue formel et extrinsèque."<sup>21</sup>

En ce qui concerne cette problématique du phénomène social, il est important de signaler qu'une communauté sociale ne constitue pas juridiquement une société, comme on le sait. Cela dit, cette communauté sociale peut le devenir si elle se détache de la totalité dans laquelle elle est inscrite et se constitue en tant qu'entité indépendante.

Cela dit, regardons de près le deuxième facteur que comporte selon Santi Romano le concept de droit. Ce deuxième facteur est, selon lui, comme nous l'avons signalé, le fait que la notion de droit comporte nécessairement celle d'ordre social. Le concept d'ordre tend ainsi à exclure "tout élément qui se ramène à l'arbitraire pur ou à la force matérielle, non ordonnée."<sup>22</sup> Ceci à cause du fait que "toute manifestation sociale, par cela même qu'elle est sociale, est ordonnée au moins à l'égard des membres de la société."<sup>23</sup>

Pour ce qui est de cette problématique, il est nécessaire de remarquer que le droit est un phénomène plus ou moins objective selon son exigence. Ceci veut dire que la plus haute

---

<sup>20</sup> Op. Cit., p. 15.

<sup>21</sup> Op. Cit., p. 18.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

objectivation tend à se manifester avec l'Etat de droit dans sa dimension universalisante. En d'autres termes, le droit public ne se réalise concrètement que dans les sociétés où le niveau d'individuation des sujets du pouvoir est élevé. De sorte que c'est dans ces sociétés que l'arbitraire des individualités dominantes - les seigneurs - de la *res-publica* tend à s'évanouir complètement. Quoi qu'un tel phénomène n'exclue pas l'arbitraire fondé sur le droit positif. En d'autres termes, il s'agit de différencier l'arbitraire des individualités dominantes, de celui qui est fondé sur le droit positif.

Cela dit, pour ce qui est du troisième facteur du concept de droit - donc de la manifestation structurelle du phénomène juridique -, Santi Romano nous dit : "que le droit avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même."<sup>24</sup>

En d'autres termes, la juridicité implicite dans un ordre qui se forme)se manifeste tout d'abord comme structure. Donc, comme tendance organisationnelle dans laquelle le droit positif, le système normatif, est encore en puissance. De sorte qu'une réalité sociale émergente, commence à produire de la juridicité à partir du moment où elle est un être ayant une logique structurelle. Cette logique se manifeste par delà le moment négatif qui la précède. Ce mouvement de formation d'un ordre social donné est, comme on peut aisément le comprendre, la résultante effective d'un rapport de forces déterminé.

C'est pour cette raison que Santi Romano nous dit que : "Tout ordre social est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique : il y a entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue."<sup>25</sup>

La logique de ce rapport est ainsi la suivante : tout ordre social s'institutionnalise et toute institution se manifeste comme ordre juridique. En d'autres termes, l'institution est la forme effective de l'ordonnement juridique. On peut aussi exprimer ce rapport comme des phases d'émergence d'un phénomène social. De sorte que tout ordre social en formation tend à s'institutionnaliser et son institutionnalisation à se manifester comme ordonnancement juridique.

L'institutionnalisation d'un ordre social, doit ainsi être compris comme la résultante logique de sa concrétisation. En d'autres mots, c'est la logique d'un ordre social déterminé qui donne le sens de son institutionnalisation et par conséquent de son ordonnancement juridique. Il faut remarquer ici que lorsque nous parlons d'institutionnalisation, nous nous référons à un ordre institutionnel donné. Il s'ensuit que tout ordre social est un ordre institutionnel et, par conséquent un ordonnancement juridique.

Suivant la logique de cette perception du phénomène juridique, il apparaît clairement que le droit dans le sens objectif du terme implique d'un côté un ordre institutionnel, et de l'autre, un ordonnancement juridique. Par conséquent, le droit objectif est le produit de l'ordre social. C'est, sans nul doute, la thèse la plus importante qui se dégage du célèbre écrit de Santi Romano.

Cela dit, il s'agit de saisir clairement la différence qui se profile ici entre le droit et le droit objectif. Car la société, en tant que telle, produit du droit ; mais, cette juridicité générale ne peut être qu'un phénomène abstrait. Par contre, lorsque nous parlons de droit objectif, nous nous référons à une manifestation de la juridicité qui est le produit d'un ordre social donné. Ce n'est donc pas la juridicité en tant que telle qui se manifeste à travers un ordre social déterminé, mais une juridicité médiatisée par la particularité d'un tel ordre.

Suivant ce raisonnement, le problème] est de savoir quel est le contenu de la juridicité en tant que telle. Il est clair, selon son concept, que cette juridicité ne peut être que d'ordre universel, car c'est l'éthicité pure qui se manifeste dans cette dimension. De sorte que l'universalité qui s'extériorise dans la particularité est ce qui se présente sous la forme de l'objectivité.

On peut exprimer cette problématique d'un autre manière en disant que l'universalité qui est *justitia* s'objective à travers le *jus*. De sorte que le *jus* est en même temps la manifestation de l'universalité en tant que réalisation de son exigence et en tant que négation. De ce point de vue

---

<sup>24</sup> Op. Cit., p. 19

<sup>25</sup> Ibidem.

là, il apparaît que le droit objectif ne peut jamais réaliser l'exigence de l'universalité, car il est en même temps sa négation. Cette dimension étant le résultat du fait que le droit objectif est le produit d'un ordre social déterminé. Mais, cet ordre, comme on le sait, n'est pas immuable, éternel. De sorte que la lutte pour la justice passe par la lutte pour un ordre social conforme aux exigences de la justice concrète. Nous parlerons plus loin de cette problématique. Elle est, en tout cas, au centre même de cette réflexion, car la philosophie du droit est non seulement critique du droit positif, mais aussi de l'ordre social qui est son fondement.

Mais, avant de passer au sous chapitre suivant, il est nécessaire de signaler et d'éclaircir que pour nous, le concept d'ordre social n'est pas un substitut à celui du mode de production, ou de formation sociale, tel que Marx a voulu le signifier. Pour l'auteur du Capital, en effet, un mode de production est une structure déterminée, par des rapports de production et donc de propriété. Ce sont ces rapports qui conditionnent la structure sociale.

Le capitalisme est pour Marx un mode de production, de la même manière que l'est le féodalisme et l'esclavagisme classique. Pour nous ce n'est pas la structure économique qui est le déterminant essentiel, mais plutôt l'ordre social ; lequel se manifeste concrètement comme ordre institutionnel, donc comme droit objectif. De sorte que l'ordre social se reproduit dans et par le droit objectif : l'ordre institutionnel et l'ordonnement juridique.

L'économie est, quant à elle, le support matériel du social dont le principe énergétique est le droit. Cela dit, la déterminante englobante est le besoin que nous avons les uns des autres et qui maintient la vie sociale. Aristote nous dit à ce propos : "car, sans besoins, et sans besoins semblables, il n'y aurait pas d'échanges, ou les échanges seraient différents. La monnaie est devenue, en vertu d'une convention, pour ainsi dire, un moyen d'échange pour ce qui nous fait défaut. C'est pourquoi on lui a donné le nom de *nomisma*, parce qu'elle est d'institution, non pas naturelle, mais légale (*nomos* : loi), et qu'il est en notre pouvoir, soit de la changer, soit de décréter qu'elle ne servira plus."<sup>26</sup>

Il est, par conséquent, clair que le droit joue un rôle important dans l'économie. A vrai dire nous avons affaire à deux dimensions essentielles du social ; lesquelles se manifestent par delà le règne de la communauté. En d'autres termes, la production normative et axiologique - consubstantielle à l'être humain -, se manifeste dans le règne du social d'une manière objective à travers le droit, l'économie et le politique.

Le règne de l'échange marchand donne naissance à la monnaie - en tant que phénomène institué, donc objectivation du droit -, laquelle est non seulement un instrument de mesure et de circulation des biens, mais aussi un instrument de réserve et d'accumulation. Dans les conditions d'une société - qu'elle soit ou grecque, ou romaine -, où les sujets de droit privé et où les sujets du politique, ne constituaient qu'une minorité, la possibilité de l'accumulation se manifestait comme un phénomène négatif. Aristote remarque à ce propos : "comme nous l'avons dit, l'art d'acquérir la richesse est de deux espèces : l'une est sa forme mercantile, et l'autre une dépendance de l'économie domestique ; cette dernière forme est nécessaire et louable, tandis que l'autre repose sur l'échange et donne prise à de justes critiques (car elle n'a rien de naturel, elle est le résultat d'échanges réciproques) : dans ces conditions, ce qu'on déteste avec le plus de raison, c'est la pratique du prêt à l'intérêt, parce que le gain qu'on retire provient de la monnaie elle-même et ne répond plus à la fin qui a présidé à sa création. Car la monnaie a été inventée en vue de l'échange, tandis que l'intérêt multiplie la quantité de monnaie elle-même. C'est même là l'origine du terme intérêt (*tokos* : enfant, petit (partus)) : car les êtres engendrés ressemblent à leurs parents, et l'intérêt est une monnaie née d'une monnaie. Par conséquent, cette dernière façon de gagner de l'argent est de toutes la plus contraire à la nature."<sup>27</sup>

Comme nous le savons ce rejet du prêt à intérêt va se manifester comme un interdit social jusqu'à la moitié du dix-septième siècle. C'est en effet en 1658 que l'Etat de Hollande va déclarer ne plus être concerné par l'interdit du prêt avec intérêt.

<sup>26</sup> Ethique à Nicomaque, Livre V, Chap. V.

<sup>27</sup> La Politique, I, 10

De sorte que la suppression de cet interdit va provoquer le dépassement<sup>28</sup> de l'accumulation simple, de la thésaurisation. En d'autres termes, la fin de cet interdit va donner naissance à l'épargne et l'investissement. Plus précisément à la naissance des County Banks, en Angleterre, vers la fin du dix-septième. L'Angleterre vivait alors des transformations très importantes du point de vue institutionnel. La Glorious Revolution de 1688 donnera accès à la première forme de l'Etat de droit.

La capitalisation doit, par conséquent, être saisie comme le résultat de la rationalisation du rôle de la monnaie. Plus précisément l'augmentation de son efficacité. Dans ce processus se produit, en effet, le passage de la monnaie en tant que simple instrument de circulation des biens, à la monnaie en tant qu'instrument de reproduction financier. Donc, connaissant un multiplicateur - les billets de banque à l'époque - qui augmente considérablement les moyens de paiements. Ce processus va s'objectiver dans le machinisme, c'est-à-dire le développement de la capacité productive.

Nous pouvons aussi mouvement - pour employer le schéma rendu célèbre par Fernand Braudel - comme le passage du marché au capital. Cela dit, il est hautement problématique de soutenir que le marché simple, ainsi que le capital ne peuvent donner qu'une seule forme d'ordre institutionnel. Il est, par contre, évident de souligner que l'accumulation élargie - la capitalisation -, tend à sécréter un niveau d'individuation plus élevé. Ce qui permet l'existence d'un ordre social plus conforme aux exigences du droit, selon sa dimension universalisante. Car, la dimension universalisante du droit est d'autant plus élevée que l'ensemble<sup>29</sup> des êtres rationnels composant une communauté sociale sont des êtres jouissant de leur plénitude juridique et politique.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les sociétés hautement développées sont celles où le niveau d'individuation et de nivellement social sont les plus importants. A contrario, ce n'est pas non plus un accident si les inégalités les plus grandes, ainsi que le principe de l'exclusion humaine des plus opprimés, se trouve dans les sociétés où la plénitude juridique n'est que le privilège d'une minorité.

### **3) Les institutions et le social**

Toute force sociale, tend à se structurer suivant un ordre objectif qui lui permet d'assurer et de maintenir son identité. Le niveau d'objectivité et de puissance sociale, est d'autant plus important que la nécessité qui conditionne un tel phénomène correspond à la logique du social. En se constituant la force sociale se mue en droit. Le droit positif est ainsi la manifestation normative des forces sociales. Ces forces, comme nous le savons, sont de différents ordres. Tantôt nous avons affaire à des phénomènes qui correspondent au mode de reproduction matériel et social des individus, tantôt il s'agit de manifestations structurelles de la totalité sociale. Nous avons d'un côté affaire à des institutions de droit privé, tandis que de l'autre, il s'agit de manifestations de droit public. Plus précisément, nous parlons d'institutions ou d'organismes de droit public et de droit privé.

Il est, par conséquent important de comprendre, comme le signale Santi Romano "que l'institution est un être ou un corps social en ce sens qu'elle est une manifestation de la nature sociale et non purement individuelle de l'homme."<sup>30</sup> En d'autres termes, c'est le dépassement des manifestations individuelles qui donne naissance aux institutions. C'est ainsi que le concubinage se transforme en institution lorsque ce rapport entre les personnes de sexe opposé cesse d'être une pratique purement marginale.

De la même manière le pouvoir exécutif cesse d'être une puissance simplement juridique, lorsqu'il est règle par le droit. Ce qui est pleinement le cas lorsqu'il est soumis au contrôle du législatif. Ce contrôle est, en effet, un postulat de l'Etat de droit.

<sup>28</sup> En tant que phénomène dominant.

<sup>29</sup> Bien évidemment, il y a toujours les exceptions données par la loi pénale.

<sup>30</sup> Op. Cit. p. 35.

Dans la formation des institutions nous avons, par conséquent d'un côté, le fait que toute force sociale tend à s'organiser, à se muer en institution, et de l'autre côté, le fait qu'elles sont le produit de la nature sociale et non individuelle de l'humain. C'est ainsi que la puissance étatique se présente comme une nécessité structurelle du social, mais qu'elle n'est pas entièrement objective si sa manifestation est essentiellement conditionnée par une subjectivité. Nous pouvons dire, des lors, que l'Etat est une objectivation institutionnelle, mais il n'atteint la plénitude de la logique de son être que lorsqu'il est Etat de droit.

De sorte que l'institution est tout d'abord un simple être ou corps social, et ne devient une réalité en acte que lorsqu'elle est entièrement conditionnée par le droit. Pour cette raison nous pouvons dire que si tout Etat est un produit du droit, tout Etat n'est pas Etat de droit.

Il nous semble nécessaire d'introduire cette différence entre la puissance et l'acte des phénomènes juridiques. Malheureusement Santi Romano ne fait pas cette différence. C'est ainsi que pour lui "là où il y a un Etat, il ne peut pas ne pas y avoir du même coup un ordre juridique, lequel représente précisément le régime étatique, de même que, là où un tel régime existe, il ne peut pas ne pas y avoir d'Etat."<sup>31</sup>

De sorte que pour Santi Romano tout Etat comporte un ordonnancement juridique et inversement tout ordonnancement juridique implique un Etat. De là que tout Etat ne peut être qu'un Etat de droit car tout Etat est la manifestation objective d'un système juridique.

Comme on peut le comprendre aisément ce jugement se dévoile, tel quel, comme problématique. Car cela voudrait dire qu'un Etat contrôlé par un despote est tout aussi de droit que celui dont l'exécutif est soumis au contrôle de législatif. A vrai dire Santi Romano va trop vite en besogne, il a été dépassé par sa thèse principale, selon laquelle le droit n'est pas un ensemble de normes destinées à régler les rapports entre les sujets, comme l'exprimait la pensée traditionnelle, mais surtout et avant tout organisation.

Pour notre part, nous pensons que Santi Romano a raison de dire que le droit objectif est avant tout ordre social. Par conséquent, que l'institution est un ordre juridique, "la manifestation première, originaire et essentielle du droit. Celui-ci ne peut se révéler qu'en une institution et l'institution existe comme telle en tant que le droit la crée et la maintient en vie."<sup>32</sup>

Le développement du droit en tant que système juridique nous montre, en effet, que le social secrète du droit ; produit donc des valeurs qui s'objectivent dans les institutions. Mais, le social ne surgit pas depuis le début dans sa plénitude totalisante. Le social est, en effet, le résultat du niveau d'individuation. Or, ce phénomène, comme nous le savons, est au début très parcellaire. On ne peut que constater, à ce propos, qu'une catégorie aussi simple que celle de l'individuation,<sup>33</sup> a eu besoin de beaucoup de bouleversements et de pas mal de tragédies historiques pour devenir, une possibilité concrète, dans seulement quelques parties du monde. Cela dit, le caractère marginal du phénomène de l'individuation, ne peut pas permettre la manifestation du droit en tant que puissance purement objective. Le résidu de la communauté, la religiosité, ne peut dans ces circonstances que continuer à jouer un rôle de premier ordre. L'attitude patriarcale n'est, dans ces conditions pas seulement monnaie courante pour ce qui est de la domination au sein de la société civile, mais aussi comme position de ceux qui gouvernaient.

Il a fallu atteindre un niveau d'individuation très élevé pour que l'attitude patriarcale, et plus précisément le règne de l'arbitraire, puisse cesser de jouer un rôle dans la direction des affaires sociales. L'émergence du droit constitutionnel est la manifestation de cette objectivation du droit au sein de cette institution des institutions : l'Etat.

Nous pouvons dire, par conséquent, que le droit se manifeste tout d'abord sous sa forme privée. Son plus haut niveau d'objectivation est atteint dans le droit constitutionnel. Donnant ainsi naissance au droit en tant que pyramide normative concrétisée dans un ordre institutionnel.

---

<sup>31</sup> Op. Cit. p. 31.

<sup>32</sup> Op. Cit. p. 31.

<sup>33</sup> Par conséquent, que toute singularité est une manifestation du genre humain au même titre que toutes les autres. De sorte que, généralement parlant, toute singularité est sujet de la réalisation des valeurs universelles de l'humain.

C'est donc au sein de cette objectivation que la plus haute institution, devient une réalité purement juridique. Par conséquent que l'Etat est une entité de droit, au sens le plus strict du terme.

En d'autres termes, la plus haute objectivation du droit dans le sommet institutionnel, implique précisément que cette structure ne soit pas perturbée par l'arbitraire du Seigneur. Car comme le fait remarquer Santi Romano, les institutions "profitent à des hommes, sont administrées et dirigées par des hommes, mais ne sont pas pour autant composées d'hommes."<sup>34</sup> En effet, toujours selon Romano "l'institution est une unité stable et permanente, qui ne perd donc pas nécessairement son identité à la suite de mutations intervenues dans tel ou tel de ses éléments : les personnes qui en font partie, son patrimoine, ses moyens, ses intérêts, ses bénéficiaires, ses règles, etc."<sup>35</sup>

Ceci est particulièrement vrai pour l'Etat. En effet l'Etat ne change pas chaque fois qu'un nouveau Président arrive au pouvoir, ou qu'il y a changement de moyens ou de quelques unes des règles qui conditionnent son fonctionnement. Cette identité dans le changement est garantie et assurée par la juridicité qui la conditionne. En effet, " l'Etat existe au moyen du droit de l'ordre juridique qui le constitue ; et quand il le défend - ce qui peut absorber une part notable de l'activité étatique - c'est lui-même, sa structure, sa propre vie qu'il défend. En somme, cela ne relève pas de sa mission ni de ses objectifs, quels qu'ils soient, mais en est le préalable, la condition nécessaire pour que les fins de l'Etat puissent être poursuivies."<sup>36</sup>

Il est donc clair que pour Santi Romano la juridicité est la substance des institutions. Pour ce qui est de l'Etat cette juridicité se manifeste comme un ordonnancement juridique. Donc, comme un ordre institutionnel. Pour cette raison lorsque l'Etat défend son ordre juridique, il ne fait que défendre sa substance même : ce qui fait qu'il est ce qu'il est : la manifestation d'un ordre social donné. En d'autres termes, l'efficacité de son ordonnancement juridique.

Sociologiquement parlant, l'objectif de cette institution est le maintien de l'ordre social dont elle est la manifestation concrète. Cette finalité est, comme on peut aisément le comprendre, une exigence particulière ; car, la finalité universelle n'est autre que la création et la sauvegarde de la justice sociale.

Cela dit, le moyen que l'Etat se donne pour sauvegarder l'ordre social dont il est l'expression, c'est de maintenir l'efficacité de son ordonnancement juridique. Le droit est ainsi, comme l'observe Santi Romano : " le principe vital de toute institution, l'âme qui tient unis les divers éléments dont elle est formée, et qui détermine, fixe et maintient la structure des êtres immatériels."<sup>37</sup>

De telle sorte que c'est en luttant pour son âme - pour reprendre l'image employée par Romano - que l'Etat maintient l'identité de l'ordre dont il est la manifestation première. Ce n'est donc pas un hasard si la tâche principale de l'Etat est la production du droit. Cette production se faisant essentiellement selon la logique de son ordre institutionnel et social. En tout état de cause, il est important de rappeler que - comme nous l'avons déjà signalé - du point de vue juridique le sommet de la pyramide est la puissance énergétique du social. Le social repose ainsi, dans la logique du système normatif, sur son sommet.

La lutte pour l'identité d'un ordre en lui-même, est la lutte pour le maintien de la légalité. Donc, pour la légitimité et l'efficacité de cette légalité. Ainsi, le fait social renvoie à la norme et aux valeurs. Car tout système de normes présuppose un fondement axiologique. Il fait appel à des valeurs qui sont censées être les principes de la réalité, dont il est question. Par conséquent, ce à partir de quoi l'action se fait et se légitime.

---

<sup>34</sup> Op. Cit. p. 27.

<sup>35</sup> Op. Cit. p. 28.

<sup>36</sup> Op. Cit. p.36.

<sup>37</sup> Op. Cit. p. 34

#### 4) Droit et ordre social

Le droit en tant que substance sociale n'est pas uniquement une force de continuité, mais de changement aussi. Pour cette raison, nous disons que le droit joue par rapport au social, non seulement un rôle d'affirmation, mais aussi une fonction programmatrice.

Dans sa positivité, le droit existant est le droit objectif qui se dégage d'un ordre social donné. De la même manière que toute organisation sociale secrète de la juridicité, de la même manière, nous venons de le souligner, une formation sociale donnée produit un droit objectif. C'est ce droit objectif qui devient un ordre institutionnel, et tend à se reproduire en conformité avec la logique de cet ordre.

Le rôle de l'Etat en tant qu'administrateur du droit positif, est de maintenir l'identité de l'ordre dont il est la plus haute objectivation. Ceci à cause du fait, comme l'avait signalé justement Ihering, que l'administration du droit est la fonction vitale de l'Etat.

Dès lors, l'administration du droit, en tant que positivité simple, ne peut pas avoir une fonction déontologique. Donc, le devenir-autre du social ne fait pas partie de la simple administration du droit positif. La simple administration de la positivité est le plus sûr moyen pour maintenir un ordre social en identité en lui-même.

Le positivisme a, par conséquent, joué et continue à jouer un rôle de premier ordre, pour ce qui est de sauvegarde et de maintien d'une structure sociale donnée. Ce n'est d'ailleurs pas un accident si ce mouvement de la pensée a surgi avec la consolidation du droit en tant qu'ordonnement juridique. Plus précisément, dans sa totalité objective de pyramide normative.

Dans le domaine juridique le positivisme se manifeste selon les propositions suivantes :

Premièrement, par la thèse selon laquelle on ne peut pas déduire le devoir être de l'être.

Deuxièmement, par la thèse selon laquelle la seule attitude scientifique est celle qui se rapporte à l'être du droit et non pas celle qui s'interroge sur son devoir-être. Ceci, à cause du fait que seul est scientifique ce qui peut être confirmé et vérifié par les faits. En d'autres termes que seul est vrai, ce qui peut être vérifié, ou qui est vérifiable, etc.

Troisièmement, dans l'hypothèse selon laquelle le savoir effectivement vrai, la science, peut et doit remplacer la philosophie.

Ainsi, l'attitude positiviste se veut scientifique. De plus, pour le positivisme le droit valide est en lui-même juste : la valeur éthique suprême. Le culte fétichiste des normes cristallisées dans le code, par l'école de l'exégèse, peut être considéré comme une manifestation du positivisme de l'époque.

Il s'agit, par conséquent, d'une sorte de scientisme pour lequel, la pensée concrète ne peut s'occuper que de ce qui est et non de ce qui doit-être. Le devoir-être n'est, pour cette forme de conscience, qu'abstraction et nuages : néantisation de l'être. On aimait alors citer le célèbre passage du Faust de Goethe : Grise cher ami est toute théorie, n'est vert que l'arbre d'or de la vie !

Ce mouvement, comme nous l'avons signalé plus haut ne surgit pas comme un simple accident, il correspond à une nécessité sociologique de première importance. Il s'agissait alors de justifier un ordre sans y faire trop référence. Car les universaux sont communs à tous les êtres humains et évidents en eux mêmes. De sorte que tout être est capable de comprendre l'injustice objective.

L'époque post-révolutionnaire, assiste à l'effacement de la figure transcendante dont le rôle essentiel était non seulement de justifier l'ordre du monde, mais aussi de permettre à la conscience séjournant dans l'injustice de se concilier avec sa propre destinée. De plus, la sagesse des temps historiques avait laissé comme résidu le concept de droit naturel. Lequel fut comme on sait un détonateur révolutionnaire de première importance.

C'est au nom des droits naturels, en effet, que la Constituante promulgua la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen C'est au nom de ces mêmes droits que la nuit du 4 août 1789, vit l'abolition des privilèges de l'Ancien Régime. De sorte que les privilèges particuliers furent abolis pour être repris par le droit commun de tous les français. Le régime des privilèges, parmi les plus contraires à la dimension universalisante de l'humain, laissa ainsi la place au principe de l'isonomia.

Cela dit, le concept de droit naturel reste entaché de pas mal d'inadéquations conceptuelles, ainsi que d'un arrière goût de religiosité. Ce que le scientisme du dix-neuvième et d'au début du vingtième s'empresse de faire remarquer. Il en effet pour ce mouvement de montrer l'irrationalité contenue dans le concept de droit naturel, pour démontrer que seul ce qui est, est rationnel !

Remarquons que c'est au nom de la science que le Hegel de la Philosophie du Droit, va faire l'apologie de l'état de son monde.<sup>38</sup> C'est aussi au nom de la science que Marx va considérer le droit comme une simple supra-structure et va faire disparaître toute dimension axiosophique de son projet historique.<sup>39</sup> C'est encore au nom de la science qu'A. Comte va déclarer que le droit disparaît dans l'état positif, car la juridicité est une création théologico-métaphysique.

Pour ce qui est du droit naturel, il n'était pas difficile de constater : premièrement, que ce qu'on entend par droit naturel, n'est pas du droit, mais plutôt de la morale,<sup>40</sup> et deuxièmement que le droit n'est pas naturel, mais plutôt un phénomène institué.

De plus, la tradition scolastique et particulièrement celle qui se réclame de Thomas d'Aquin avait fait du droit naturel une manifestation de la *Lex divina*. Plus précisément, selon cette vision du monde, c'est la loi mosaïque - les dix commandements - qui est l'extériorisation la plus immédiate de la loi divine.

Ainsi, l'acceptation du droit naturel implique celui d'une pyramide ayant à son sommet la *Lex divina* et à sa base le droit positif. Comme on peut aisément le comprendre, une telle représentation présuppose la persistance d'une Transcendance légitimant l'ordre positif. Or, la sensibilité de l'époque n'avait plus besoin d'une telle légitimation. La justification transcendantale avait perdu son sens; elle fut emportée par la consolidation de la figure de l'individualité et érodée par les horreurs des *dark âgés*.

Pour ces raisons, le positivisme apparaît comme une réponse tout à fait cohérente au problème de la nécessité de conservation de l'ordre social. En effet, l'affirmation d'un ordre social en lui-même passe par le maintien et l'efficacité de son ordonnancement juridique. Dès lors, en affirmant que le seul droit digne d'être objet de la raison, est le droit positif, cette vision du réel supprime toute possibilité de devenir-autre.

On peut se poser la question de savoir quelle est cette réalité qu'il s'agit d'affirmer ? A vrai dire du point de vue positiviste il n'y a pas une préférence quelconque. Nous rencontrons cette attitude aussi bien dans les réalités capitalistes développées, comme celles du socialisme réel, ainsi que dans celles des pays dits sous-développés. En d'autres termes, cette attitude à l'égard du droit se profile non seulement dans des sociétés démocratiques plus ou moins nivelées, comme dans celles qui sont le résultat de l'organisation normative de l'immoralité.

Par conséquent à partir du moment où le droit positif est considéré comme le seul vrai et le seul réel, correspondant à la substance d'une communauté, dès lors disparaît la possibilité de tout changement. Au positivisme en tant que vision générale réifiante s'est ajouté il est vrai, le nationalisme implicite dans la Théorie de l'École historique allemande. Pour Savigny, en effet, le droit ne peut être le résultat de la raison pure, il est plus précisément le produit de l'Esprit du peuple, du *Volksgeist*.

Cela mène à soutenir que chaque peuple produit son propre droit, à partir de sa propre tradition et de sa propre sensibilité. Par conséquent, tout droit positif est celui qui correspond à la substance d'un peuple, car il est le résultat organique de son historicité. Dès lors, la dogmatique juridique est pleinement justifiée. Ceci, même lorsqu'il s'agit d'un système où il faut plutôt parler d'objectivation de l'injustice et de l'immoralité.

Mais, comme nous essayons de le montrer, l'affirmation de la positivité du droit n'implique pas la simple reconnaissance de la validité d'un système juridique comme tel, mais l'acceptation de l'ordre social qui est son objectivation.

---

<sup>38</sup> Plus particulièrement du droit d'aïnesse germanique et de la bureaucratie prussienne.

<sup>39</sup> Nous traitons cette problématique dans le chapitre sur : "La négation du droit et de la moralité."

<sup>40</sup> Plus précisément, de la moralité domestique.

La philosophie du droit nous a permis précisément de comprendre que par delà le droit dans sa positivité existe l'idée du droit en tant que *Grundgedanke* (Stammler), en tant que pensée fondamentale. Ainsi, le but du droit positif, est de faire régner l'ordre social, tandis que la finalité de la philosophie du droit est d'introduire la dimension du droit juste (Stammler). Donc, le maximum de justice possible dans le monde.

Le droit possède ainsi une dimension programmatique, pouvant permettre justement d'introduire des changements dans le social, au niveau du privé, comme au niveau du public. La lutte constante pour le droit dont parlait Ihering doit être comprise comme lutte constante pour la justice. Cette lutte n'implique, ni ne présuppose un projet totalisant, car l'injustice peut se manifester aussi bien dans les parties qu'au niveau du tout.

Cela dit, il est important de comprendre que les changements produits par le droit sont un acte de raison, tandis que les changements secrétés par le social sont de l'ordre de la nécessité. Dans ce rapport, nous nous trouvons très souvent devant le fait que les changements juridiques arrivent *post festum*. On dirait que la raison est incapable de produire ces changements de par sa propre initiative. Ce blocage n'est pas, comme on le sait, le résultat d'une incapacité congénitale de la raison, mais il est dû au fait que *l'homo juridicus* tend à avoir une approche fétichiste du droit positif. La lettre tend ainsi non seulement à figer l'ordre des choses, mais aussi la raison.

On dit, le droit n'est pas seulement un facteur d'immobilisme et de conservation de l'ordre existant, il peut aussi être un instrument de changement et de transformation sociale. Lors des changements révolutionnaires nous constatons que le droit se manifeste comme une puissance de bouleversement radicale de l'ordre existant. Nous avons pu constater ce phénomène lors de la Révolution soviétique. Nous parlons ici du changement en tant que tel. Toutefois, cela ne veut pas dire que tout changement social aille dans le sens de la dimension universalisante de l'humain. Comme on peut aisément le comprendre, il y a des bouleversements sociaux qui sont contraire à cette dimension, même si les sujets du processus n'en sont pas conscients. Le changement positif, du point de vue de l'axiosophie, ne peut être que celui qui va dans le sens de cette dimension universalisante de l'humain. Le mouvement Nazi, par exemple, ne peut pas être perçu comme un processus tendant à l'accomplissement de la dimension universalisante de l'être humain, non seulement à cause de son anti-individualisme, mais aussi à cause de son idéologie raciste pour laquelle, en effet, seuls les membres de la *Deutschesgemeinschaft*, de la communauté allemande, pouvaient être considérés comme des sujets porteurs de valeurs positives. Tous les autres groupes humains et particulièrement les juifs et les gens de couleur, ne méritaient, à la rigueur, que d'être les serviteurs des membres de la race supérieure.

Le mouvement marxiste quant à lui, va réaliser un monde qui va se dévoiler comme le tombeau de ses propres illusions. Ceci, à cause non seulement de sa capacité destructrice de l'humain, mais aussi à cause de sa tendance à la castification du social.<sup>41</sup>

Pour le moment, il est important de constater que le droit peut produire des changements dans la réalité sociale, ou, en tout état de cause les empêcher, ou les freiner. Pour être plus précis, il faudrait dire que le droit est l'instrument de ce changement ; car, toute modification dans le système de la légalité ne peut que provoquer un changement dans le domaine de son objectivation : l'ordre social.<sup>42</sup>

Généralement, ces transformations sont le résultat des changements au niveau du système de la légitimité. Ce qui veut dire qu'un ordre des choses parcellaire ou général, a cessé d'être légitime, donc, jusqu'à un certain point normal. Car toute conscience est produite et reproduite par son monde. De sorte que la normalité pour la singularité est ce qui correspond à la logique de la

<sup>41</sup> Nous analysons cette problématique dans le chapitre sur : "La négation du droit et de la moralité."

<sup>42</sup> L'école espagnole de la philosophie du droit a le mérite de signaler l'importance de cette dimension du droit. Il faut ici mentionner Elias Diaz et son remarquable travail : Sociología y Filosofía del Derecho.

normativité dominante de son monde, en dernière instance à la logique de l'ordre social dont elle est le produit.

C'est la raison pour laquelle il est tellement difficile de proposer des modifications à partir de l'intérieur d'un ordre social. Cette impossibilité n'est pas simplement produite par les intérêts qui peuvent lier - et qui lient, sans nul doute - chaque singularité à son monde, mais par le fait que la normativité dominante n'est perçue que comme simple normalité.

Cette cécité est le résultat non seulement du fait que, comme on dit, les arbres cachent la forêt,<sup>43</sup> mais aussi du fait que toute singularité est aussi une virtualité de son monde. Cela veut dire, par conséquent, que l'osmose entre la singularité et son monde est d'ordre substantielle.

Précisément cette substantialité, ou cette normalité de la normativité dominante, qui empêche de percevoir la cruauté, voire l'injustice de certaines pratiques juridiques, comme de certaines institutions. Cela va depuis la mutilation pour cause de vol, dans certaines réalités séjournant dans la misère et la nécessité, jusqu'à la discrimination et l'oppression brutale des femmes et des races dites inférieures. Ou encore l'existence de privilèges juridiquement protégés, jusqu'au monopole de la *res-publica* par une clique de soi-disant spécialistes du bonheur social.

### **5) Le droit et la sociologie du droit**

Nous parlerons ici de sociologie du droit au sens moderne du terme. Plus précisément, non pas comme la sociologie générale qui s'interroge sur les multiples interrelations qu'il peut y avoir entre droit et société, mais plutôt sur le niveau d'efficacité d'un système juridique et sur sa dimension programmatique.

En d'autres termes, la sociologie du droit actuelle ne suit pas la position de Georges Gurvitch qui dans sa Sociologie du droit fait de la sociologie générale : elle serait plutôt plus proche de la position de Durkheim, pour lequel cette branche de la sociologie étudie : 1) Le droit positif en tant que produit des mécanismes sociaux. 2) Les effets que le droit positif produit dans la société.

Bobbio, pour sa part pense que la sociologie du droit doit se cantonner dans l'étude de son efficacité. Cette réduction par rapport à Durkheim, vient du fait que les interrogations englobantes sont de plus en plus du domaine de la philosophie du droit.

En tout état de cause il paraît évident que le devoir-être du domaine privilégié de la philosophie juridique, tandis que l'être du droit correspond principalement à la sociologie. Pour ce qui est de cette dernière dimension il faut toutefois faire la

différence entre la partie formelle qui correspond plus précisément à la science juridique et le domaine correspondant à la sociologie juridique, selon sa dimension empirique qui est celui de l'interrelation droit-société.

C'est donc à l'intérieur du rapport droit-société qu'il convient de situer l'objet même de la sociologie juridique. Cela dit, il faut tenir compte du fait que le droit dont il s'agit ici, n'est autre que le droit positif, c'est-à-dire l'ordre juridique existant dans une société donnée. Mais, comme nous venons de le souligner tout au long de ce chapitre, lorsque nous parlons de système juridique nous ne nous référons par conséquent pas uniquement à une pyramide normative, mais à son objectivation : l'ordre social. Oublier cette dimension, c'est vouloir réduire la

---

<sup>43</sup> Hegel nous dit pour sa part qu' " En ce qui concerne l'individu, chacun est le fils de son temps ; de même aussi la philosophie, elle résume son temps dans la pensée. Il est aussi fou de s'imaginer qu'une philosophie quelconque dépassera le monde contemporain que de croire qu'un individu sautera au-dessus de son temps. franchira le « Rhodus ». " Principes de la Philosophie du droit.

"Préface". Hegel parle ici d'une individualité encore enfermée dans les limites étroites de sa communauté sociale. A présent nous avons affaire à un monde infiniment plus ouvert et plus individualisé que n'était le sien. De plus, l'universalité des rapports n'est pas à présent une simple figure de rhétorique. Cela dit, l'universalité effective ne peut être que le résultat de l'assomption des universaux, et par conséquent, d'un non-compromis avec les forces de la facticité.

sociologie juridique au simple rôle d'étudier les effets produits par le droit dans la société, donc le niveau d'efficacité ou de non efficacité d'un système juridique.

De sorte qu'en dernière instance, le rôle de la sociologie juridique serait de constater le niveau de puissance irradié par un Etat. Car, généralement parlant, plus un Etat est puissant, plus efficace.

Par conséquent, il ne s'agit pas de nier que le domaine de la sociologie juridique soit celui de l'être du droit. Il s'agit de ne pas cantonner cette pratique dans un domaine trop restreint, et dans une position trop instrumentalisante. Car, on peut bien imaginer un Etat despotique cherchant à connaître l'efficacité de sa juridicité pour mieux l'appliquer.

Cela dit, il est très important de connaître le niveau d'efficacité d'une loi, ou d'un système juridique en général, de comprendre quelles sont les incidences d'une nouvelle législation,<sup>44</sup> dans un ordre social donné. Mais du point de vue d'une perception englobante il est hautement important de saisir la nature même de l'être produit par une juridicité donnée. En d'autres termes, de savoir comment une juridicité donnée reproduit un ordre social dans sa spécificité.

Car, la perception de cette spécificité manque cruellement. On tend, en effet, à noyer les différences dans des généralités. C'est ainsi que nous parlons de sociétés capitalistes, de sociétés socialistes et de pays du tiers-monde. Or, le but pour la sociologie est de dire voilà l'ordre institutionnel de cette société, l'ordre de ses privilèges et de sa domination. Voilà comment se reproduisent les élites dans l'espace public et au sein de la société civile. En d'autres termes, il s'agit pour la sociologie juridique de montrer un ordre social dans sa spécificité et comment cet ordre est modelé par sa propre juridicité.

Jadis, au temps de l'ancienne Grèce on disait que le but de la connaissance individuelle était le "Connais-toi, toi même !" A présent nous savons que le soi est non-soi aussi. Et que ce non-soi est essentiellement le monde, réalité sociale, de laquelle est produit un individu et dans laquelle il est immergé. Pour cette raison, dans la modernité la connaissance est devenue essentiellement connaissance du monde, dans sa dimension particulière et générale. Il est clair, dès lors, que la connaissance, est de nos jours, plus problématique qu'elle ne l'a été au temps où l'exigence du " Connais toi, toi-même !" a été formulée. Cette problématique est d'autant plus importante que les idéologies tendent à obscurcir la réalité.

Ces idéologies sont généralement parlant de trois ordres : juridiques, politiques et économiques. Les idéologies juridiques renvoient au système de légitimité. Elles sont, par conséquent, du domaine de la sociologie du droit, car tout système de légalité pose un système de légitimité.

Nous nous trouvons ici devant une interrelation à trois niveaux : Tout ordre social se donne un système de légitimité, et tout système de légitimité, pose un système de légalité. En d'autres termes la légalité passe par la légitimité, car seulement ainsi la légalité est légitime. De sorte qu'un ordre social donné, quel qu'il soit, se constitue à partir du moment où le mouvement qui le porte arrive à cristalliser un système de légitimité. C'est cette cristallisation qui lui permet de devenir ordre effectif : système de légalité objective en tant qu'ordre institutionnel. C'est cet ensemble de la légalité et de l'institutionnalité qui donne l'ordre social.

Par conséquent, l'ordre social dépend du système de légitimité. Cette thèse peut paraître à certains idéaliste dans la mesure où elle pose la détermination de l'être social par la conscience, pour reprendre les célèbres concepts de K. Marx. A vrai dire nous ne parlons pas ici de la dualité âme-corps telle qu'elle fut faite par une certaine philosophie imprégnée de béatitude chrétienne. Pour nous, les valeurs ne sont pas des nuages planant dans un au-delà inaccessible. Nous appelons valeur, suivant Aristote, tout ce dont nous avons besoin. Or, l'être humain produit deux sortes de valeurs : les valeurs matérielles et les valeurs culturelles.

Pour ce qui est des valeurs culturelles, les référentiels en constituent la plus haute expression. Car ce sont eux qui nous permettent de nous guider dans le monde. C'est ainsi que l'action pose un but et que ce but est toujours une valeur. En d'autres termes, l'action sociale projette nécessairement des positions axiologiques, par la référence, ou le renvoi, à des valeurs.

Partout, dans la temporalité, c'est l'action qui pose les valeurs, ou le système de légitimation. Or, nous disons que ce système de légitimation est non seulement le résultat de la négation du

---

<sup>44</sup> Nous ne parlons pas ici d'une nouvelle logique juridique.

système précédent, mais aussi la condition de la restructuration sociale, donc de l'ordonnement juridique et de son objectivation : l'ordre institutionnel.

Cela dit, il y a aussi le cas de l'idéologie politique, plus précisément du système de légitimité pour ce qui est du mode de fonctionnement du pouvoir et de son rapport avec la société civile. Il est clair que ce domaine concerne aussi la sociologie du droit, car l'État est une entité juridique. En l'occurrence le but de la sociologie juridique est de savoir dans quelle mesure l'être correspond à l'image qu'il se donne de lui-même. on n'a qu'à penser au concept de démocratie et aux différentes connotations qu'il peut avoir de par le monde. Ceci, surtout si on se réfère aux formes effectives qui sont censées représenter l'image.

Pour ce qui est de l'idéologie économique qu'il suffise ici de signaler qu'elle fait partie des représentations qui sont censées guider l'action des sociétés. C'est ainsi qu'on croit que le capitalisme donne en lui-même un ordre social. On admet volontiers que le marché peut se manifester à l'intérieur des différentes structures sociales. De même, l'expérience nous montre que le capital - comme auto-reproduction élargie d'une société - existe dans des sociétés marchandes ayant, comme l'a souligné Smith, d'un côté, un niveau d'individuation très important, et de l'autre, un État qui n'écrase pas par son sur-poids la capacité productive du social. Par conséquent, pour le fondateur de la théorie économique moderne, de la croissance économique.

De plus l'expérience des temps modernes nous montre que si ces conditions sociologiques ne sont pas réunies, la reproduction élargie ne peut pas se produire dans une société en tant que phénomène endogène. Le capital reste alors une puissance exogène, produite par le marché international, ce marché étant dans le monde moderne conditionné, comme on le sait, par la logique du capital.

Pour toutes ces raisons, ce qui se manifeste comme domaine de recherche de la sociologie du droit est très important, voire primordial. Ce domaine, soyons clair, n'est pas seulement celui des institutions en tant que phénomène objectif. Il y a aussi toute la couche de la légitimation avec ses médiations idéologiques.

Par conséquent, la sociologie juridique touche nécessairement le domaine de la philosophie du droit. Laquelle s'interroge aussi bien sur le devoir-être du droit que sur les concepts axiologiques faisant partie de l'axiosophie générale.

En effet, la sociologie du droit se pose nécessairement le problème des valeurs. Ceci à deux niveaux : premièrement, en tant que catégories du réel, et deuxièmement, en tant que problème posé par la connaissance elle-même. Car les valeurs ne se présentent pas uniquement dans le monde, à l'extérieur du soi, elles font aussi partie de ce soi lui-même. Or, le sociologue se présente comme un être capable de saisir l'objectivité elle-même. Plus précisément d'avoir une perception libre de valeur, *Wertfrei*, comme l'exige la sociologie weberienne.

Or, le problème est que, comme l'avait fait remarquer le jeune Fichte, tout ce qui se pense, se pense à travers un moi.<sup>45</sup> Dès lors, se pose la question de savoir si une subjectivité peut être libre de valeurs. Peut-on, en effet, penser la destruction du monde précolombien, Treblinka, ou les Goulags - pour ne prendre que quelques exemples de l'horreur dont l'humanité pervertie a été capable - en dehors de tout jugement de valeur ? D'un point de vue axiologique la réponse est tout à fait claire : il s'agit de réprouver ce qui ne peut être que condamné par la conscience universelle.

Pourtant, il s'agit pour la tradition scientifique contenue dans la sociologie de pouvoir émettre des jugements de faits, sans jugements de valeur. Qu'il soit signalé en passant que le concept de jugement de faits est en lui-même antinomique, car un jugement est par définition une valorisation.

En tout état de cause, il s'agit pour la tradition sociologique de mettre le soi entre parenthèses et de se limiter à la simple constatation des faits. Soit. Mais, le problème est que les choses doivent être nécessairement évaluées. Surtout à partir du droit, car se pose là en dernière instance, non pas la question de savoir si un phénomène est réel, ou quel est son niveau de réalité, mais de savoir s'il est juste ou injuste.

---

<sup>45</sup> Pour sa part Heidegger nous dit que toute valorisation est une subjectivisation.

Donc, il faut être conscient du fait que, au sens strict du terme, la constatation et la valorisation sont deux phénomènes différents. Quoi que le besoin de valorisation soit si important chez l'être humain qu'il y a des constatations qui sont en même temps des valorisations.

On peut même aller plus loin, comme le fait Dahrendorf,<sup>46</sup> en disant que la sélection, l'élection et le découpage de l'objet sont en eux mêmes des jugements de valeur. Lukàcs ajouta plus tard, à ce propos, que toute citation est déjà une interprétation. Donc, un jugement de valeur. La conscience sociologique se trouve ainsi assiégée de tous les côtés par les valeurs.

Cette conscience fait ainsi la triste expérience du fait qu'on ne peut pas exclure ce qui appartient au fondement de l'humain, car cette dimension tend à apparaître dans tout ce qui est le résultat de son extériorisation. Le fondement se retrouve toujours, nécessairement dans ses manifestations. Ceci de la même manière que la cause se retrouve dans son effet.

Le problème ne nous semble pas être d'exclure les jugements de valeur en tant que tels, mais en exclure certains pour en laisser d'autres. En effet, les jugements subjectifs ne peuvent pas être recevables, car ils ne sont que du domaine de la singularité. Leur intervention ne peut que provoquer l'impossibilité de la communication et donc de la connaissance.

Comme nous l'avons signalé plus haut, le soi contient en même temps du non-soi, et ce non-soi est ce que nous appelons monde.<sup>47</sup> Mais, ce monde n'est pas une réalité chaotique, il s'agit plutôt d'un être constitué. Avec l'émergence et la consolidation de l'individualité ce monde s'est constitué suivant des tendances. De sorte que très souvent, la conscience qui enquête est elle-même engagée dans un de ces mouvements. Les valeurs qu'elle exprime, sont ainsi celles d'un Parti, correspondant dès lors à une vision parcellaire du réel où, de plus, s'expriment, sans masque, des intérêts acquis et à conquérir.

L'intervention de ces jugements de valeur dans la réflexion du réel, ne peut avoir, comme on peut aisément le comprendre, qu'une incidence pervertie et pervertissante.<sup>48</sup> Du point de vue de la connaissance effective, il s'agit précisément non seulement de surmonter, de mettre entre parenthèses, le soi, en tant que subjectivité, comme l'exige la tradition sociologique, mais d'effacer toute forme de compromis, d'engagement, avec les virtualités du réel. La partie la plus difficile est précisément celle-ci, car les virtualités du réel peuvent être comprises dans deux sens : 1) les partis politiques se manifestant dans une société donnée, 2) les nations et les manifestations spécifiques des cultures.

Il s'agit, plus précisément, par rapport aux virtualités du monde, de distancier les phénomènes particuliers. En effet, il n'est pas du domaine du pouvoir-être de l'existence de sortir de la vie sociale, mais d'en distancier les incidences. Car, est aussi problématique la pensée qui réfléchit à partir des valeurs qui lui sont propres, en tant que subjectivité, que celle qui discourt à partir de l'idéologie de son parti politique, ou celle encore qui fait des discours à partir d'une position nationaliste.

A présent on peut se poser la question : pourquoi la valorisation à partir des

---

<sup>46</sup> Ceci, lors de la discussion la veille de la première guerre mondiale, avec des théoriciens comme M. Weber et Schmoller, sur le problème de la *Wertfreiheit*, de la libération des jugements de valeur.

<sup>47</sup> Freud emploie le terme de sur-moi. D'autres, dont Heidegger utilisant le terme de *Umwelt*.

<sup>48</sup> Comme on le sait, il y a peu de temps encore on considérait l'engagement politique comme la plus haute manifestation de l'authenticité intellectuelle. C'est ainsi, pour parler de certains parmi les plus célèbres, que Heidegger s'est compromis avec Hitler, que Sartre et Lukàcs ont à un moment donné fait l'apologie de Staline et que Gentile et Pareto ont fait de même avec Mussolini. De myriades d'autres intellectuels ont crié leurs louanges aux despotes des temps modernes. Certains sont même allés jusqu'à crier en avant, en avant, à l'oreille des despotes, lorsque la machine à détruire l'humain fonctionnait à plein rendement. Certains s'excusent à présent, en argumentant qu'ils n'étaient pas au courant de ce qui se passait. Devant de telles excuses, il faut se poser la question de savoir si l'intellectuel est incapable de faire la différence entre le juste et l'injuste, alors de qui attendre la lumière ?

Le fait est que par le compromis, avec les forces de la facticité, la philosophie s'est exposée au mépris et au discrédit.

idéologies est-elle problématique ? Eh bien ! Tout simplement parce que l'idéologie d'un côté, n'est pas une représentation rationnelle du monde, et de l'autre côté, parce qu'elle est un instrument de lutte pour le pouvoir et non pas un instrument de la pensée concrète. On peut se poser la même question pour ce qui est du nationalisme ou du chauvinisme culturel. Il est évident que l'argument, "dans le vrai ou le faux mon pays a toujours raison !", n'est pas un argument axiosophique. Car la position éthique veut que si mon pays décide d'exterminer une communauté de son voisinage, je sois suffisamment libre d'attaches pour dénoncer une telle entreprise.

Pour ce qui est du chauvinisme culturel, il est clair que si j'appartiens à une culture qui considère la domination brutale de la femme comme quelque chose de naturel et de nécessaire, la position axiosophique veut que je rappelle que la dimension générique de l'humain n'est pas propre au seul homme. Que la femme participe à cette dimension au même titre que l'homme. Donc, que la lutte contre l'oppression est aussi nécessaire pour les hommes que pour les femmes.

Tout ceci, pour souligner que les seules valeurs qui doivent intervenir dans le jugement, sont les valeurs d'ordre universel. Dans ce sens, la lutte pour le droit ne peut pas être, dans le sens axiosophique du terme, la lutte pour la juridicité positive, mais la lutte pour sa dimension universalisante : la justice.

## IV. DROIT ET POUVOIR

Comme nous l'avons déjà souligné, le droit n'est pas simplement un ensemble de normes ayant leur propre rationalité formelle. Le droit est, en même temps, un ordre social objectif : un être structuré selon une logique pyramidale, plus ou moins rigide.

Le droit se rapporte au pouvoir - donc, au politique - par le biais du droit constitutionnel et du droit public en général. La plupart des philosophes du droit ont laissé cette dimension en marge de leur réflexion. Pour eux, la forme pure du droit se manifeste au niveau du droit privé et plus précisément, du droit pénal. Il est en effet plus simple de se représenter la justice à travers la figure du juge qui rétablit la proportionnalité à la suite d'actes criminels.

La relation du droit au politique se manifeste non seulement dans le fait que le droit implique une pyramide normative et une chaîne de validité, mais aussi à cause du fait qu'il se cristallise dans un ordre social. Pour sa part, la pyramide normative implique un texte fondamental : celui qui régule les organes et les procédures de production d'autres normes. Ainsi, ce texte fondamental conditionne l'existence d'un ordre social donné. Donc, en dernière instance une structure de domination et un rapport entre l'Etat et la société civile.

Il faut remarquer que la dimension fondamentale du droit, pour ce qui est de l'être social, se manifeste dans le fait qu'il est non seulement le support du politique, mais aussi de l'économique. En effet, pour ce qui est de cette dimension, il faut être conscient, comme nous l'avons souligné plus haut, du fait que l'univers de l'échange présuppose une mesure : la monnaie. Donc, un phénomène institué, produit du *nomos* ; de là, le nom grec de *nomisma* pour cet instrument. Puis, il est évident qu'il ne saurait pas y avoir d'économie (*Oikos Nomos*) sans contrat. De plus, tout acte d'échange est, en dernière instance, du juridique. Ainsi, le simple fait d'acheter un journal est un phénomène juridique, car si je paye son prix, il faut nécessairement que le vendeur me donne en échange l'objet pour lequel je viens de déboursier l'argent. Dans le cas contraire, je peux toujours porter plainte et engager un procès.

Nous faisons allusion à ce rapport entre le droit et l'économie, pour souligner la dimension fondamentale du droit, en ce qui concerne la réalité, la dimension concrète de l'être social. Cette perception du droit est, comme on peut aisément le comprendre, tout à fait opposée à celle du marxisme pour lequel, le droit fait plutôt partie du ciel social, de sa superstructure et est donc, en quelque sorte un appendice de l'économie.

Mais, pour revenir à la problématique qui nous intéresse ici, il est important de retenir que le droit régule non seulement la société civile et l'Etat, mais aussi le rapport de l'une avec l'autre. La base du droit, se trouvant notamment dans la société civile, car il présuppose, comme nous l'avons souligné, un niveau d'individualisme plus ou moins généralisé.

### 1) *Etat et Société civile*

La société, en tant que telle, se manifeste par delà le règne de la communauté. En tant que structure englobante, la communauté présuppose un rapport entre la base et le sommet. Donc, entre les communautés de base et l'Unité supérieure. En parlant de cette structure Marx a employé le terme de mode de production asiatique (M.P.A.). Nous n'allons pas rentrer ici dans l'analyse de cette formation sociale, car elle se trouve en deçà de l'horizon du droit. Il est toutefois, nécessaire de remarquer qu'à l'intérieur de cette structure nous avons affaire au rapport des contraires, entre la base et le sommet : entre le règne des communautés et l'Unité supérieure. De plus, il s'agit d'un pouvoir mono-élitiste, qui oscille entre l'aristocratie et l'autocratie. Donc, entre le pouvoir absolu d'un seul et le pouvoir des pairs du despote.

Dans le règne de la société, nous avons aussi affaire à une structure qui est, en elle-même, concrétisation de la loi des contraires. C'est, plus précisément le rapport entre l'Etat et la société civile. Nous allons, ainsi, réfléchir à l'intérieur de cette relation. Ceci, tout en tenant compte d'un côté, que les contraires constituent les limites du réel, et de l'autre, que le rapport entre la base et le sommet n'est pas ici toujours le même, les variantes constituant les différentes manifestations de l'être social et donc, des ordres du social qui se concrétisent dans et par le droit.

Dans la relation entre l'Etat et la société civile, nous devons tenir compte que nous avons affaire à deux réalités substantiellement différentes. L'Etat est le règne de la hiérarchie, tandis que la société civile est le domaine des inégalités. La hiérarchie correspond à la nature même du pouvoir, laquelle implique le principe de commandement. Mais ce principe hiérarchique ne se manifeste pas toujours selon la même rigidité. Tout indique que cette rigidité est en rapport direct à l'importance de l'Etat et à son manque d'éthicité. Il est évident, à ce propos, qu'un Etat a tendance totalisante est plus obsédé par le principe hiérarchique que celui qui ne l'est pas. Il en est de même pour ce qui est du phénomène de l'éthicité. En effet, un Etat dirigé par une kleptocratie<sup>49</sup> ou par une criminocratie, est plus ponctuellement hiérarchisé que celui qui est conditionné par un minimum de moralité.

Pour ce qui est de la société civile, nous venons de signaler qu'il s'agit du domaine des inégalités. Ceci, non seulement parce que dans la nature tout est différence, mais aussi parce que les unités de base, les familles, ne sont pas toutes identiques, en ce qui concerne l'avoir et le pouvoir. Ce phénomène est d'autant plus évident que nous avons affaire à une détermination sociologique qui ne peut être saisie effectivement que dans son épaisseur historique. Tout être arrivant au monde trouve non seulement une réalité sociale constituée, mais appartient à un ordre social précis. Le rang social de toute singularité, est donné par sa famille. La pesanteur sociologique, n'est érodée que par la mobilité sociale. L'érosion de ces déterminations présuppose un niveau de mobilité très élevé. C'est pour cette raison que se pose dans le social le problème éthique de l'égalité des chances. Dans l'univers individualisé il y a, en effet, d'un côté, inégalité réelle, et de l'autre, principe d'égalité. Ce principe étant pris dans le sens où chaque singularité est juridiquement égale à toute autre. Elle doit se trouver sur un pied d'égalité par rapport aux régulateurs objectifs.

L'inégalité sociologique fait ainsi face à l'exigence d'égalité, donc à une exigence d'ordre juridique. Plus précisément qui fait partie du devoir-être du droit. Généralement parlant, les inégalités sociales ont une source familiale<sup>50</sup>. Ceci, soit comme résultat de sa manifestation, dans l'avoir et le pouvoir, soit dans son fondement, comme dans le rapport entre l'homme et la femme.

Pour ce qui est de l'avoir et du pouvoir transmis par la famille, nous savons que l'héritage n'est pas seulement matériel. Ce qu'il est convenu d'appeler le capital relationnel et culturel, joue, comme on sait, un rôle très important. En ce qui concerne cette problématique il convient de signaler que le support familial est plus important dans les sociétés traditionnelles que dans celles où le niveau d'individualisation est très élevé. C'est pour cette raison que nous disions, que la mobilité sociale tend à éroder les liens organiques secrétés par la logique familiale. Nous analysons cette problématique plus loin.

Nous avons constaté que, en règle générale, le social est composé de deux niveaux différents : la société civile et l'Etat. Ces deux couches possèdent des logiques différentes, mais font partie d'une même totalité : l'être social. Dans ce rapport, nous disons que la société civile est la substance et le fondement du social, tandis que l'Etat est sa puissance en acte. En d'autres termes, la société civile secrète l'Etat, comme le groupe secrète le pouvoir. Le pouvoir étant la logique de l'ordre, dans lequel un ensemble se conforme et se concrétise. A ce niveau il faut remarquer que dans la nature tout est ordre ; elle a, pour ainsi dire, peur du désordre. Ceci, est vrai non seulement au niveau de la structure fondamentale de la matière et des micro-organismes, mais aussi pour ce qui est du règne des étoiles et des galaxies. De ce point de vue, nous pouvons dire que le désordre est un moment de l'ordre. Plus précisément, la médiation d'un ordre à un autre.

Dire, par conséquent, que la société civile secrète l'Etat, en tant que puissance en acte, c'est signaler que la base conditionne le sommet par sa production substantielle, et, dans ce rapport, le sommet n'est pas une simple puissance, mais il est aussi puissance en acte, donc force constituante. De sorte que dans ce rapport, la société civile produit les valeurs qui

---

<sup>49</sup> Du grec Kleptos, voleur.

<sup>50</sup> Nous prenons ici la famille dans le sens étroit et large du terme. En effet, l'entraide familiale ne se manifeste pas uniquement au sein de la cellule monogamique.

conditionnent l'existence de l'Etat, mais cette substance est configurée, constituée, organisée et structurée en fonction de la logique particulière de chaque pouvoir. C'est ainsi qu'en droit constitutionnel, il est dit que le peuple est la source de la légitimité, mais que c'est l'Etat qui détermine en dernière instance le sens de cette légitimité. La base produit ainsi les valeurs à l'état brut, lesquelles sont filtrées par l'Etat. En d'autres termes, l'Etat codifie la production signifiante du social.

Mais, la production sociale qui soutient l'Etat, n'est pas uniquement signifiante, elle est aussi matérielle. En d'autres termes, le support matériel de l'Etat est produit par la société civile. A. Smith disait, à ce propos, que l'Etat appartient au secteur improductif. Ce phénomène du transfert, remarquons le, ne rentre pas dans la sphère proprement économique. Il est plutôt conditionné par le droit. Car, c'est par convention qu'une société détermine non seulement l'importance de ce transfert, mais aussi quel doit être le rapport proportionnel entre l'Etat et la société civile.

Il ne s'agit pas ici de réfléchir à la possibilité d'un quelconque dépassement du rapport de contraires à l'intérieur du social, car une telle perspective est purement idéaliste. Ceci, dans la mesure où - comme nous l'avons souligné plus haut -, le fondement de l'Etre est le rapport des contraires. Le franchissement de la dyade peut bien être de l'ordre du rêve, mais non pas de l'effectivité.

Pour cette raison, nous ne pouvons pas parler de tout Etat, ou de société civile sans Etat. Nous ne pouvons, comme le pensait Aristote que nous poser le problème de la proportionnalité d'une dimension par rapport à l'autre. Il est toutefois problématique de croire, comme c'est le cas à notre époque de déboussolement et d'injustice universelle, que l'extension plus ou moins totalisante de l'Etat est la seule garantie de la liberté et de l'abondance dans le social. La pratique du socialisme réel, ainsi que les cas des pays sous-développés, nous montre la problématicité de cette croyance.

Il est, en effet, particulièrement absurde de croire que la dimension conditionnée par le principe hiérarchique peut garantir la liberté. En effet, la liberté, ou l'indépendance du soi, est tout-à-fait contraire à l'exigence de ponctualité dans l'ordre, tel que le présuppose la pratique du principe de hiérarchie.

Kelsen, pour sa part, définit l'Etat comme l'appareil bureaucratique de fonctionnaires qui a à la tête le gouvernement. De sorte qu'il s'agit d'un organe qui a sa propre fonction et une logique correspondant à son être. De telle sorte que, du point de vue sociologique, il ne peut pas devenir société totale. Son extension ne peut avoir qu'une dimension matérielle : l'extension plus ou moins totalisante du règne de la *res-publica*. Par conséquent, la quasi disparition du règne de la propriété privée. Mais, comme nous l'explique Aristote, la propriété publique ou la propriété de tous ne veut pas dire la propriété de tout un chacun, le tout étant le sujet collectif qui subsume les singularités.

De sorte que la *res-publica* est, toujours d'après Aristote, l'ensemble des richesses, des honneurs et des facilités de vie en communauté mis à la disposition de ceux qui détiennent le pouvoir. Les privilèges de la *nomenklatura* - dans les pays socialistes, comme dans les économies mixtes - ne sont pas un hasard. En effet, l'Etat à partir de lui même, sans une dimension éthique, est non seulement une machine à reproduire le pouvoir et la force légale, mais aussi une puissance productrice de privilèges et de sinécures.

## **2) La justice distributive**

Les régulateurs de l'univers individualiste sont, en eux mêmes, la manifestation du principe de la justice. Ceci est vrai non seulement pour l'économie - qui tend à assurer l'échange proportionnel -, mais pour le droit privé. La dimension dikélogique qui se déploie ici n'est autre que la justice corrective. La justice distributive pour sa part se dévoile dans le droit public et, plus précisément, le droit constitutionnel.

La justice distributive, comme l'avait signalé Aristote, se rapporte au problème de la distribution de la chose publique. Comme nous venons de le voir la dimension se

rapportant à la propriété commune, ou à la propriété de tous,<sup>51</sup> est l'ensemble des richesses et des avantages sociaux mis à la disposition de ceux qui contrôlent le pouvoir.

Le principe éthique veut que la *res-publica* soit allouée selon des critères d'ordre moral. Du point de vue dikéologique il est clair qu'il ne s'agit pas d'une distribution égalitaire, mais inégalitaire. En d'autres termes, il ne s'agit pas de restituer<sup>52</sup> à chaque membre de la communauté une partie de la somme qu'il vient de mettre à la disposition de la communauté.

Comme nous l'avons déjà signalé, le prélèvement public est ce qui permet à la communauté sociale de fonctionner en tant qu'être organisé. Nous avons ainsi affaire à une première sorte de dépense qui est de loin la plus importante : les dépenses de fonctionnement. Il y a aussi, comme annexe à ces dépenses, tout ce qui se rapporte à l'entretien de l'infrastructure et de l'équipement social.<sup>53</sup> Nous parlons ici d'une annexe, parce que derrière toute dépense matérielle il y a une dépense de travail.

Donc, en plus des défenses de fonctionnement, il est évident que la communauté se doit d'aider ceux de ses membres qui sont dans le besoin. Mais ces dernières dépenses, comme celles de fonctionnement, se réalisent selon le principe de l'inégalité. Il ne s'agit pas d'accorder des aides sociales à tous les membres de la communauté, aussi bien aux riches qu'aux pauvres. Le critère - qui conditionne cette aide, n'est autre que celui des besoins. De ce point de vue la, le principe d'attribution des allocations familiales en France, est, comme on peut le comprendre aisément, anti-éthique. Cette attribution se fait, en effet, selon le nombre d'enfants, quelle que soit la situation financière des parents. Ainsi, cette allocation est aussi bien attribuée à ceux qui sont dans le besoin, au sens strict du terme, qu'à ceux qui vivent dans l'abondance, voire dans l'ostentation.<sup>54</sup>

venons de déterminer le critère éthique qui doit précéder les allocations sociales. Nous avons aussi signalé quel est l'objet de la justice distributive : la chose publique. De plus, nous avons remarqué que du point de vue financier la *res-publica* peut être divisée en deux chapitres essentiels. Si nous prenons la France comme modèle, l'un correspond au budget de l'Etat et l'autre se rapporte au budget de la sécurité sociale.

Il nous reste, par rapport au problème de l'objectivation de la justice distributive, à déterminer quel est le critère qui conditionne l'allocation des ressources publiques, pour ce qui est des dépenses de fonctionnement. Il est évident que du point de vue dikéologique, il s'agit d'éviter l'accès au pouvoir de gens capables de faire main-basse sur le trésor public. Ce qui est, remarquons le, le grand problème des pays dit sous-développés dans le monde moderne. Là nous constatons que le pouvoir est très souvent contrôlé par une kleptocratie à tendance criminocratique. Comme on peut aisément le comprendre, un tel phénomène est le résultat de l'absence de toute moralité. Il s'agit là plutôt de l'objectivation de la perversion humaine. De sorte que la société vivant sous un tel pouvoir, ne peut être qu'un peuple misérable, parce que sur-parasité. L'état de sous-humanité d'une telle communauté est non seulement le résultat de la misère provoquée par le pillage des seigneurs, mais aussi de la crainte produite par les conditions qu'un tel contexte présuppose.

On peut aussi se poser la question de savoir s'il est conforme aux principes de la justice que la chose publique soit objet d'appropriation personnelle et tombe dans le domaine de la propriété

---

<sup>51</sup> Dans le langage économique moderne, nous parlons de prélèvements obligatoires et, plus exactement, de prélèvement public total. Ce qui est le résultat : des taxes, des impôts, des cotisations et du déficit public. Dans le cas de la France, remarquons le, la totalité du prélèvement public est de l'ordre de 48 % du P.I.B.

<sup>52</sup> Nous ne parlons pas ici de restitution d'un excédent. Ce qui se fait, d'ailleurs non pas du point de vue égalitaire, mais en proportion de l'apport de chacun au budget communautaire.

<sup>53</sup> Ces dépenses ne sont pas très significatives dans les sociétés modernes. Lesquelles, dans ce domaine, tendent à faire un effort très important par rapport au passé. Dans le cas du budget de la France, elles rentrent pour 8 % des dépenses.

<sup>54</sup> Il faut signaler que cette dépense n'est pas aussi marginale qu'on tend à le dire. En effet, la caisse des allocations familiales dispose d'un budget qui est de l'ordre du double de celui de la caisse des allocations chômage.

privée, comme ce fut le cas dans l'Ancien Régime en France. En d'autres termes, est-ce que la vénalité des charges publiques est conforme aux exigences de la justice ? La réponse ne peut être que négative, dans la mesure où le règne de la propriété commune ne doit pas être, selon son concept, l'objet de l'appropriation privée et ne doit donc pas rentrer dans la catégorie des biens immeubles, objets de transmission par héritage.

Dans le même sens, on peut se poser la question de savoir, si un régime de titulaires<sup>55</sup> est conforme aux principes de la justice ? Nous nous référons ici à une structure, dans laquelle les membres de la fonction publique tendent à être titularisés à vie et deviennent par conséquent, quasi propriétaires de leur poste. A la différence du système de l'ancien régime qui vendait les charges publiques et permettait leur transmission par héritage, nous avons affaire ici à une structure qui tend à fixer le personnel d'Etat à l'espace du pouvoir.

Le principe de la titularisation, est la pratique juridique qui conditionne le phénomène du nomenklaturisme. Donc, de cette pratique qui mène à la négation du principe de l'alternance pure dans l'espace du pouvoir. De plus, du point de vue du rapport entre l'Etat et la société civile, cette dimension sociologique du pouvoir, tend à créer une structure duale. D'un côté, ceux qui vivent dans la sécurité de l'emploi, et de l'autre, ceux qui sont soumis à l'insécurité de l'offre et la demande.

Le nomenklaturisme ne correspond pas au principe éthique et à la logique de fonctionnement d'une société qui tend à l'universalisation du phénomène individualiste, et cela pour plusieurs raisons. Premièrement, à cause de l'inégalitarisme qui est contraire à l'isocratia et à l'isonomia. Deuxièmement, parce que le nomenklaturisme empêche la fluidité dans l'espace du pouvoir et bloque la mobilité verticale, et troisièmement, parce qu'il constitue une négation du principe de l'égalité des chances.

En d'autres termes, le nomenklaturisme est contraire aux principes de la démocratie et de la justice sociale qui exprime la substance éthique des sociétés individualisées. Ces principes furent formulés de différentes manières. C'est ainsi que selon Aristote les institutions doivent être ordonnées de telle façon que les fonctions publiques ne puissent jamais être source de profit. Il est évident que ce principe s'oppose non seulement à l'Etat d'offices de l'Ancien Régime, mais à l'Etat de titulaires tel que nous le connaissons actuellement dans beaucoup de nations. Il va sans dire qu'un tel principe est en opposition à la Kleptocratie, telle qu'elle se manifeste dans beaucoup de sociétés du tiers-monde.

Aristote nous a aussi appris que dans la démocratie les citoyens doivent nécessairement avoir accès à tour de rôle aux fonctions de gouvernant et à celles de gouvernés. Nous analyserons plus loin, d'une façon plus précise cette problématique.

Cela dit, ce n'est pas un hasard si le mouvement constitutionnaliste va exprimer depuis sa naissance la nécessité du principe de l'alternance, et donc le refus d'appropriation de la *res publica*, par une caste de privilégiés. Cette exigence fut exprimé par l'Assemblée Constituante en 1789 dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Nous la retrouvons à nouveau dans la Constitution de 1793.<sup>56</sup> Du point de vue axiologique, la Révolution française nous semble devoir être perçue comme la manifestation consciente des valeurs propres à l'univers individualiste. Une certaine philosophie de l'Histoire a interprété, il est vrai, ce phénomène comme le dévoilement de la conscience dite bourgeoise et non pas comme ce qu'il était dans son effectivité : le soulèvement contre les privilèges et l'immoralité de l'Ancien Régime.

Il est hautement significatif<sup>57</sup> de constater que la célèbre Constitution de la République de Weimar (1919) traduit cette exigence de l'alternance pure et son contraire. C'est ainsi que dans l'article 128 il est dit : "Tous les citoyens sans distinction seront admis aux emplois publics

<sup>55</sup> Nous parlons actuellement de République de titulaires.

<sup>56</sup> C'est ainsi que dans l'article 30 de la "Déclaration du Droit de l'Homme et du Citoyen", de cette Constitution, il est dit : "Les fonctions publiques sont essentiellement temporaires : elles ne peuvent être considérées comme des distinctions ni des récompenses, mais comme des devoirs."

<sup>57</sup> A cause précisément du fait que cette Constitution exprime la sensibilité de la social-démocratie, version deuxième internationale.

conformément aux lois et selon leurs aptitudes et facultés." Par contre, l'article suivant (le 129) est ainsi formulé : "Les fonctionnaires sont nommés à vie, sauf disposition contraire de la loi." Nous nous trouvons ainsi devant l'affirmation et la négation du principe de l'alternance de l'élite administrative et donc, du fondement de l'élite du pouvoir. En d'autres termes, ce texte marque, en quelque sorte, la naissance du phénomène nomenclaturiste dans l'histoire moderne. Il s'agit, plus précisément, du renversement du principe de l'alternance pure<sup>58</sup> dans l'espace du pouvoir, tel qu'il fut formulé par le souffle révolutionnaire de 1789.

### 3) **Mobilité sociale et pesanteur juridique**

La pratique instituante et normative peut être perçue comme le point de départ de l'objectivisation éthique. Les individualités venant d'émerger de la substance communautaire vont se trouver devant un monde où les foyers - les *oikos* - tendent à être indépendants. Cette indépendance va provoquer le partage du territoire : la naissance de l'appropriation du sol. Il est évident que cette appropriation va constituer un acte fondateur. Elle donne naissance à un mode d'être différent pour l'existence humaine. Il est toutefois problématique de parler de naissance de la propriété privée des moyens de production. Pour la simple raison que la terre n'est pas un moyen de production. Le moyen de production est, par définition, ce qui médiatise le rapport (productif) entre l'être humain et la nature.

Les instruments aratoires, par exemple, sont des moyens de production. Mais il n'est pas, selon son concept et sa réalité, le cas de la terre. On peut même dire que les instruments de production ont été, dans les sociétés communautaires, sous le régime de la simple possession<sup>59</sup> des singularités. C'est ainsi que le chasseur primitif possédait son arc et ses flèches. Ces choses n'étaient pas, normalement, objet d'échange, mais pouvaient bien l'être du don.

Cela dit, l'indépendance des foyers va donner naissance à l'élargissement des échanges. De là, la nécessité de trouver un moyen terme capable d'établir l'égalité entre les choses dissemblables. C'est ainsi que va surgir la nécessité d'instituer un moyen terme de l'échange. L'acte juridique est ainsi le point de départ du marché. Car la monnaie est cet instrument qui va permettre la régulation dans l'échange.<sup>60</sup>

A partir du moment où le marché se développe, à partir de ce moment va apparaître, comme nous le signale K. Mannheim, le phénomène de la mobilité sociale. Tout d'abord la mobilité horizontale, avec le déplacement et la circulation d'une communauté à une autre. Le marché secrète ce déplacement parce que premièrement, les marchandises ne se déplacent pas toutes seules, et deuxièmement, du fait que l'offre et la demande des marchandises impliquent celles du travail.

Le déplacement de la main d'oeuvre tend à son tour à provoquer le phénomène de la concentration urbaine, d'où la coexistence,<sup>61</sup> sur un même territoire des personnes d'origines différentes, donc, des autochtones et des *xénos métoikos*<sup>62</sup>. Ce qui provoque à nouveau différenciation des besoins et, nécessairement, accroissement des échanges. De par sa propre logique, la mobilité horizontale conduit à la formation de communautés de plus en plus importantes, au sein des quelles les particularités ethno-culturelles tendent à se dissoudre. La

<sup>58</sup> En sociologie politique, on emploie souvent le terme de "spoils système".

<sup>59</sup> Pour parler avec la Doctrine du Droit de Kant, nous pouvons dire que cette *possession phaenomenon* est un *facto*, et non un *pacto* ou une *lege*.

<sup>60</sup> Aristote formule cette problématique de la façon suivante : "Notons qu'en soi, il est impossible, pour des objets si différents, de les rendre commensurables entre eux, mais, par l'usage courant, on y parvient d'une manière satisfaisante. Il suffit de trouver un étalon, quel qu'il soit - et cela, en vertu d'une convention ; d'où le nom de *nomisma* donné à la monnaie. Elle soumet tout, en effet, à une même mesure ; tout s'évalue en monnaie". (Éthique à Nicomaque, V,5).

<sup>61</sup> Le terme espagnol de *convivencia*, nous paraît plus adéquat pour traduire le mouvement dont il est question.

<sup>62</sup> « étranger ayant changé de résidence »

*polis*, la *civitas*<sup>63</sup> tendent à provoquer l'universalité des rapports et donc le dépassement de l'horizon borné des communautés particulières. Ce développement a été constamment entravé, comme on peut aisément le constater tout au long de l'histoire, par l'affirmation des communautés particulières en elles-mêmes. La xénophobie est l'expression d'une part, de l'affirmation d'une communauté dans son particularisme, et de l'autre, du refus de l'universalité des rapports : du cosmopolitisme.

Comme nous l'avons souligné, tout au long de cette étude, la dimension axiologique de l'humain se trouve dans l'universel. Du point de vue de cette problématique de l'universalisation des rapports, nous pouvons constater qu'il y a des forces qui, dans le genre humain, conduisent à ce niveau. L'interdit de l'inceste est probablement une des manifestations les plus concrètes de cette force. Cet interdit, en effet, a empêché l'autoreproduction de cellules familiales, permettant ainsi, le dépassement de l'horizon familial et la guerre perpétuelle entre les familles. Il en est de même pour ce qui est du dépassement des tendances endogamiques des structures classiques. L'exogamie a, en effet, permis la formation des communautés plus larges. De nos jours, nous constatons encore la présence de forces - juridiques et culturelles - qui tendent à bloquer l'universalisation des rapports et, par conséquent, suscitent les tensions racistes. C'est notamment le cas, de l'interdiction des mariages mixtes. Ce qui caractérise ces interdits, c'est une misanthropie fondamentale<sup>64</sup>, car, d'une part, ils dénie à l'altérité la dimension de l'humain, et de l'autre, de par l'affirmation du particulier - dans son ethnicité - ils nient l'universalité de l'humain et donc cette tendance essentielle qui mène à l'universalité des rapports.

Que l'affirmation de l'universalité de l'humain conduise à l'universalité des rapports, voilà ce qui nous montre la dimension positive de l'histoire moderne. Ce phénomène, remarquons le, ne doit pas être confondu avec le soi-disant respect des différences culturelles et juridiques,<sup>65</sup> car ce qui se dépasse dans l'universalisation des rapports et l'affirmation de la raison universalisante qui lui est consubstantielle, c'est précisément l'horreur contenue dans les particularismes.

Il est donc important de saisir que les mécanismes objectifs de régulation ont une dimension éthique fondamentale, car ils sont les résultats de l'universalité des besoins : comme l'a signalé Aristote, la mesure commune est le besoin que nous avons les uns des autres et qui sauvegarde la vie sociale. Donc à la base, il y a un système de besoins, lequel se régule à partir des instruments produits par la conventionnalité, comme la monnaie ou le droit en général. De là, la nécessité que le *nomos* exprime la *recta ratio*, en vue de surmonter précisément les pesanteurs traditionnelles et juridiques. Le chemin de l'universalité est, en effet, une affaire de raison.<sup>66</sup>

Cela dit, la mobilité horizontale n'est pas la seule puissance sociologique régulatrice des rapports dans un univers individualisé. La mobilité verticale joue aussi un rôle très important. Cette forme de mobilité concerne la montée et la descente dans l'échelle sociale.<sup>67</sup> Etant donné la forme pyramidale du social, il est évident qu'il ne peut pas y avoir montée sans descente. A moins de surcharger le sommet, ce qui se produit souvent dans la pyramide de l'Etat.

<sup>63</sup> De la le concept de civilisation.

<sup>64</sup> 1 Nous parlons ici de misanthropie fondamentale, car elle est autrement plus redoutable que l'aversion qu'une âme vivant la solitude sauvage, peut avoir pour le genre humain.

<sup>65</sup> Faut-il par exemple, au nom de ces différences accepter les lois de la ségrégation raciale de l'Afrique du Sud, ou l'excision des fillettes en Afrique Occidentale etc. ? Il n'y a pas que des lois scélérates, il y a aussi des traditions abominables. Il est impossible des les mentionner toutes, mais, il est certain qu'elles constituent la négation pure et simple de l'axiologie fondamentale. Cela dit, on peut aussi se poser la question de savoir au nom de quelles valeurs faudrait-il oublier l'abomination et faire comme si elle n'existait pas ? Au nom de quelles valeurs faudrait-il s'incliner devant le chemin de la servitude volontaire ? Il est évident que pour la perversion de l'humain il n'y a pas de référentiel axiologique.

<sup>66</sup> 3 Confucius nous dit, à ce propos, que «l'homme de bien est impartial et vise l'universel ; l'homme de peu, ignorant l'universel, s'enferme dans le sectaire." (Entretiens, II, 14)

<sup>67</sup> Ce qui est convenu d'appeler l'ascenseur social.

A proprement parler, le social, qui est le résultat d'un rapport plus ou moins adéquat<sup>68</sup> entre l'Etat et la société civile, est composé de deux pyramides. La pyramide économique et celle de l'Etat. Au niveau de la pyramide économique, et dans le cas des sociétés concurrentielles, la mobilité verticale est régulée d'une manière objective. Dans les sociétés non-concurrentielles, où le niveau d'individualisation n'est pas généralisé - à cause de la castification ou de la domination raciale<sup>69</sup> nous pouvons constater des résistances et des pesanteurs sociologiques et juridiques qui accroissent les inégalités ; en d'autres termes, qui empêchent une régulation strictement objective, comme le sont les mécanismes conditionnés par la loi de la rentabilité.

Mais les résistances et les pesanteurs se manifestent, essentiellement, au niveau de la pyramide de l'Etat. L'entrée et la sortie de l'espace du pouvoir sont régulées par la loi. Les lois de la mobilité verticale, telles qu'elles se manifestent dans la démocratie sont les régulateurs qui assurent le fonctionnement des structures étatiques. Ces forces peuvent, toutefois, être modifiées par l'ordre juridique que se donne chaque communauté sociale.

Comme nous l'avons déjà souligné, l'ordre juridique se cristallise en ordre social. Mais, l'Etat qui possède le monopole de la légalité peut se prononcer dans l'intérêt de ceux qui gouvernent, comme dans l'intérêt des gouvernés. Dans le premier cas, l'ordre juridique va exprimer la nécessité de la permanence soit de l'élite du pouvoir dans sa totalité, soit de l'une de ces déterminations : l'élite administrative, ou l'élite politique.

Dans le deuxième cas, lorsque le gouvernement maintient et sauvegarde les intérêts des gouvernés, nous avons affaire à un système régulé par des mécanismes objectifs. Dans le premier cas, nous parlons de pouvoir oligarchique dans le deuxième de pouvoir populaire. En d'autres termes, le rapport du système juridique, en relation aux mécanismes objectifs de la mobilité verticale, nous donne les deux principales formes de gouvernement, tel qu'Aristote les avait exposées. Donc, le gouvernement oligarchique et le gouvernement populaire. Nous étudierons cette dernière forme dans le chapitre suivant, car elle renvoie aux lois de la démocratie. Ici, nous n'étudierons que les formes de pouvoir qui entravent les forces de la mobilité verticale.

Par conséquent, les entraves à la régulation objective de l'espace du pouvoir, ne peuvent être que d'ordre juridique. Et lorsque nous nous trouvons devant un tel phénomène, nous avons affaire à un droit public qui se prononce dans l'intérêt de ceux qui occupent l'espace du pouvoir. Ceci se produit quand le système du droit public se prononce, comme nous venons de le signaler, soit pour la permanence de la totalité de l'élite du pouvoir, soit pour celle d'une de deux parties qui la composent.

Dans le premier cas (la permanence de la totalité de l'élite du pouvoir) nous avons affaire à un système qui n'a pas besoin de la légitimation démocratique et donc d'élections. Il s'agit alors d'un Etat qui n'est pas de droit, car le *nomos* ne joue aucun rôle dans la régulation du pouvoir. Le pouvoir est plutôt légitimé par l'idéologie. Le système fasciste est le modèle le plus pur de cet variante. Nous trouvons aussi cette variante dans les pays du tiers monde, quoiqu'avec une dimension idéologique moins importante. Il s'agit, généralement, de simples dictatures. L'élite du pouvoir tend, en effet, à identifier sa continuité et sa sécurité à celle de son Chef. De là que l'élite du pouvoir en assurant la permanence de son Chef, peut le nommer à vie. Dans ces réalités, il peut y avoir des élections - contrairement à l'option fasciste -, mais elles sont un simple rituel, la population étant généralement composée de non-sujets, dans le sens que la philosophie du droit donne à ce terme.

Le deuxième cas est celui de la permanence de l'élite politique. Ce système présuppose, à la différence du précédent, une certaine dimension démocratique. Les élections donnent, en effet, à l'élite politique, la possibilité de pouvoir choisir le personnel indispensable au fonctionnement des appareils d'Etat. Ce modèle est particulièrement marginal dans l'expérience historique. La forme la plus conforme à son exigence est le système napoléonien, aussi bien sous le Consulat que sous l'Empire.

<sup>68</sup> 1 Ceci, dans le sens où la société civile n'est pas engloutie dans la sphère de l'Etat.

<sup>69</sup> Cas de l'Inde d'un côté, et de beaucoup de pays latino-américains, de l'autre.

Le troisième cas est sans doute le plus significatif pour notre époque. Il s'agit d'un système dans lequel l'élite administrative est composée d'un corps de permanents tandis que l'élite politique est soumise à la loi, démocratique, de l'alternance. Depuis l'apparition de la IV<sup>e</sup> République, nous avons en France le modèle le plus pur de ce système. Il faut remarquer, en ce qui concerne cette structure, le fait que l'élite politique n'est pas indépendante de l'élite administrative. Celle-ci n'est pas un corps neutre comme certains spécialistes tendent à le croire et à le soutenir. En fait, l'élite politique tend à être essentiellement issue de l'élite administrative. La réalité française nous le montre clairement : la classe politique actuelle sort, pour la plupart, du rang des énarques.

Par conséquent, l'élite administrative constitue la base, le tremplin, de l'élite politique. Ce qui permet le roulement des élites politiques, tout en évitant le phénomène de la circulation des élites du pouvoir et, par conséquent, de ce qu'on appelle le *spoil system*, ou système de la spoliation. En fait, les membres de l'élite administrative qui se lancent dans la politique, ne connaissent pas l'insécurité en cas d'échec ; car, en tant que titulaires, ils peuvent toujours retrouver leur poste d'origine.

Ainsi, dans les conditions de ce système, nous pouvons constater que l'élite politique est un appendice de l'élite administrative, ce qui donne une stabilité remarquable à l'élite du pouvoir, lui permettant non seulement d'assurer sa permanence, mais aussi de s'auto-reproduire d'une manière linéaire. C'est pour cette raison, qu'il est question, dans ce système, de nomenklatura, ceci au sens non seulement de corps de permanents, mais de corps ayant la possibilité de s'auto-reproduire en tant qu'élite du pouvoir. Il ne s'agit pas, bien évidemment, de confondre la nomenklatura de ce système avec celle du socialisme réel. Comme nous le verrons plus loin, la logique hiérarchique de ce dernier tend à la castification du social.

#### **4) Constitutionnalisme et démocratie.**

Le constitutionnalisme, comme nous venons de l'insinuer, n'implique pas la démocratie au sens strict et universel de ce terme. Le constitutionnalisme est la manifestation du *nomos* qui régule le rapport entre les élites de pouvoir. Dans une société où les citoyens, les sujets du pouvoir - pour employer la définition aristotélicienne -, ne constituent qu'une simple minorité, il est évident que le *nomos* peut traduire l'exigence de l'existence d'un pouvoir dans l'intérêt de ceux qui gouvernent. C'est ce qui se produit, normalement, dans ces conditions.

En l'occurrence, le texte constitutionnel permet de réguler le rapport entre les différentes tendances de la minorité dominante. Au sens strict du terme, le constitutionnalisme révèle l'existence de tendances au niveau de l'élite du pouvoir, cet éclatement du sommet étant la manifestation du phénomène de l'individualisation qui se développe au sein de la société civile. De là le fait que, dans les sociétés non individualisées, la structure du pouvoir est mono-élite et n'a pas besoin du *nomos* pour réguler le pouvoir. Dans ce cas, la souveraineté appartient au souverain - comme l'avait exprimé Bodin -, de même que la légitimité. Il faut remarquer, en ce qui concerne la légitimité que, dans ces conditions, elle est d'ordre familial. Donc, nous avons affaire ici à un pouvoir qui est encore enfermé dans la moralité domestique. C'est la légitimation familiale - de la famille royale - qui donne la légitimité publique et le principe de la souveraineté.

Mais, à partir du moment où le principe de l'individualisation fait irruption dans l'espace du pouvoir, nous assistons à un changement de source de légitimité : du souverain vers le peuple. Ce processus peut être le résultat, soit d'une affirmation progressive de forces individualisantes contenues dans le social - donc, de l'objectivation de la moralité -, soit de l'irruption violente de ces principes. L'histoire anglaise du 17<sup>ème</sup> est le modèle de la première forme de manifestation, tandis que l'histoire française se déployant à partir de 1789, est la traduction du deuxième modèle.

Il nous semble particulièrement problématique de soutenir que l'émergence du constitutionnalisme est un produit de la bourgeoisie : de la nouvelle classe possédante. Le *nomos*, se manifestant comme catégorie objective de la moralité, n'est pas un produit de l'histoire moderne. Il commence à se développer, comme on le sait, au sein de l'univers grec. Ce qui va se

produire dans la modernité, c'est plutôt l'universalisation de cette catégorie. Ceci parce que le bourg est, par rapport à la *polis* et à la *civitas*, un univers dans lequel le niveau d'individualisation est plus étendu et plus élevé.

L'individualisation secrète nécessairement, comme nous l'avons souligné, l'universalisation des catégories propres à la moralité objective. Si nous regardons de près l'histoire de la France, par exemple, nous pouvons constater que la tendance au constitutionnalisme était présente depuis le début de la formation de la civilisation bourgeoise. En effet, la création d'une monarchie constitutionnelle fait déjà partie de la revendication des États Généraux réunis à Paris en 1355 sous la direction du Prévot Etienne Marcel. La pandémie de l'époque et le début de la guerre de cent ans, vont reléguer cette exigence aux oubliettes de cette période de l'histoire. Le constitutionnalisme, en tout état de cause, est antérieur à la naissance du capital. Lequel ne se manifeste qu'à partir de la fin du 17<sup>ème</sup> siècle. Le Droit public des cités grecques et de la République romaine<sup>70</sup> est l'expression du phénomène constitutionnel.

Cela dit, le *nomos* en tant que puissance régulatrice du pouvoir présuppose la répercussion des divergences se déployant au sein du social. L'individualisation tend à accentuer les contradictions au sein du social, de sorte que, lorsque la société civile devient source de légitimité, elle va répercuter ces divergences au sommet du pouvoir, provoquant ainsi la multiplication des élites : des candidats au pouvoir. Le mono-élitisme fait, des lors, place au poly-élitisme ; au pluralisme.

En d'autres termes, la souveraineté du peuple implique nécessairement un *nomos* capable de réguler le rapport entre les élites qui aspirent au contrôle du pouvoir. Ce *nomos*, n'est autre que la Constitution. Autrement dit, le fondement juridique de l'État de droit. Ainsi l'État de droit présuppose non seulement le règne du *nomos*, mais le principe de la souveraineté populaire. Donc, le fait que la légitimité provienne du peuple.

L'État de droit va ainsi permettre le développement de la démocratie. Nous allons, à présent, nous interroger précisément sur ce qu'est la démocratie, car ce concept, comme on le sait, est extrêmement équivoque, encore plus à notre époque que dans les temps passés. Ceci à cause de la nécessité de légitimation populaire secrétée par l'objectivation du principe de la justice sociale. De là que des structures socio-politiques aussi différentes que la Suisse, la France, l'Algérie, l'Union Soviétique et l'Albanie se réclament de la démocratie.

En d'autres termes, la notion de démocratie, de par sa charge idéologique, est devenue un concept problématique, où la dimension justifiante est plus importante que la logique de son contenu. Pour cette raison, il est indispensable de dépouiller le mot de ces déterminations idéologiques, pour arriver à comprendre la logique de son rôle institutionnel.

Dans sa définition première, la démocratie veut dire le pouvoir du peuple. Mais cela ne veut pas dire que le peuple détient le pouvoir en tant que tel. La pyramide renversée est une figure de l'esprit, mais non pas une structure sociologiquement viable. Il est, par conséquent, évident que ce concept ne peut pas renvoyer à une non-réalité, à une simple abstraction.

En réalité, l'ambiguïté de trouve dans le sens de *Kratos*. Nous savons que cette ambiguïté apparaît avec la gestation du droit et de la pensée sociale. Le *Kratos* cesse alors de signifier tout simplement la force brutale opposée au droit et à la justice pour signifier pouvoir légitime. C'est dans la tragédie grecque, comme nous le montrent J.P. Vernant et P. Vidal-Naquet<sup>71</sup> que se manifeste, pour la première fois, cette ambiguïté.

Par conséquent, le *Kratos* à l'intérieur de la pensée sociale prend le sens d'autorité et de pouvoir légitime. C'est, en d'autres termes, le pouvoir souverain. Donc, la source de légitimité du pouvoir.

De sorte que dans la démocratie, le peuple est la source de la légitimité du pouvoir. Or, ce peuple n'est pas composé, pour les Grecs, de la totalité des membres adultes de la société civile -

---

<sup>70</sup> Les Chartes des villes italiennes et flamandes du 13<sup>ème</sup> au 16<sup>ème</sup> sont, bien évidemment, une manifestation de cette tendance à l'objectivation et l'universalisation du *nomos*.

<sup>71</sup> Voir à ce propos leur étude Mythe et Tragédie en Grèce ancienne, Fondations, Editions Maspero.

comme c'est le cas actuellement -, mais par l'ensemble des citoyens: des sujets du pouvoir. Cela veut dire, par conséquent, que le peuple qui est le fondement de la démocratie, ne peut être composé que de sujets du pouvoir. C'est d'ailleurs pour cette raison que la démocratie implique pour Aristote deux dimensions essentielles : l'isonomia, et l'isocratia.

L'isonomia étant, comme on le sait, l'égalité des citoyens devant la loi. Cette forme d'égalité est, pour ainsi dire, la condition première de la démocratie.

De plus cette forme d'égalité est celle qui permet la participation de tous aux affaires du pouvoir. Ce qui implique la liberté de parole, car le citoyen, en tant que sujet du pouvoir, est celui qui peut et doit s'exprimer sur les affaires de la cité.

Enfin, la démocratie présuppose l'isocratia, c'est-à-dire l'identité des citoyens devant le pouvoir. Cette égalité implique, par conséquent, que les citoyens participent à tour de rôle aux fonctions. Au sens strict du terme, il s'agit ici du principe de l'alternance. Pour cette raison, Aristote nous dit que dans la démocratie les citoyens doivent nécessairement avoir accès à tour de rôle aux fonctions de gouvernant et à celles de gouvernés. Dans le cas contraire, nous dit-il, lorsque seule une partie de la communauté des sujets a accès aux fonctions publiques, nous nous trouvons devant un gouvernement oligarchique.

Cela veut dire que toute structure sociale soumise à l'empire du *nomos* peut se manifester de deux manières différentes : soit sous la forme populaire, soit sous la forme oligarchique. La forme populaire, étant celle qui se conforme aux exigences de la démocratie.

Suivant ce raisonnement, il est clair que ce qu'Aristote appelle un gouvernement oligarchique, n'est pas un pouvoir d'où le *nomos* est absent. Tout au contraire, nous avons affaire ici à un Etat de droit. Ainsi, selon les principes, l'Etat de droit n'implique pas la démocratie, quoique la démocratie présuppose l'Etat de droit.

### **5) Régulation sociale de l'Etat et de ses organes**

Du point de vue des principes, comme nous venons de le souligner, la démocratie présuppose non seulement l'Etat de droit, mais aussi la pratique de l'alternance pure. Dans ce système les citoyens ont en effet la possibilité d'être à tour de rôle gouvernants et gouvernés, de sorte que la démocratie exclut tout corps de permanents.

Pour cette raison, nous pouvons dire que la démocratie est une forme de régulation sociale. Elle est, concrètement, une manifestation de la mobilité verticale. En effet, selon son exigence, la démocratie est le mécanisme qui régule la circulation des élites.<sup>72</sup> Elle empêche, en tout cas, toute tendance au monopole du pouvoir, par une personne, une famille ou un groupe.

La démocratie s'avère ainsi être une réponse au problème social de savoir comment éviter l'appropriation de la *res-publica*, par une minorité de citoyens. De sorte que cette puissance régulatrice possède non seulement une dimension éthique, mais assure aussi l'égalité des citoyens devant le pouvoir.

Du point de vue structurel, la démocratie implique le fait que le peuple joue le rôle d'arbitre. Plus précisément que par le biais des élections il donne le pouvoir tantôt à une élite, tantôt à une autre. Car, en élisant une personne plutôt qu'une autre, le peuple donne le pouvoir à une tendance politique, où à une autre.

La pratique démocratique est ainsi une fonction sociologique - une manifestation de la mobilité verticale -, car elle empêche le monopole du pouvoir par une tendance politique donnée. Chaque élite aspire, en effet, à contrôler le pouvoir. Ceci, non seulement à cause des privilèges et des honneurs qu'une telle position implique, mais aussi parce que chaque tendance politique se considère comme la seule légitime : la seule capable d'assurer le bien être de la communauté sociale.

Mais, cette légitimité a besoin d'une légitimation objective, car, dans le cas contraire, toute croyance de légitimité se veut raison et vérité sociale. De sorte que la logique de cette idée qui se veut vérité pure en elle-même, conduit nécessairement à la volonté du pouvoir total et donc, à l'exclusion, voire l'élimination, de toute autre tendance. Or, un tel processus, comme on peut

---

<sup>72</sup> Le fonctionnement adéquat de l'ascenseur social.

aisément le comprendre, conduit à l'affrontement social - à la guerre civile - et au dépassement du poly-élitisme : des tendances socio-politiques.

C'est donc pour éviter la guerre entre les élites du pouvoir et la restructuration du despotisme que la loi de l'alternance se manifeste comme cadre référentiel. Mais, dans son objectivation cette force a aussi une dimension éthique, dans la mesure où elle empêche l'appropriation, par une clique, de la *res-publica* : le *mafiotage* du pouvoir. De sorte que dans sa logique objective, la démocratie est à la fois une puissance régulatrice et une force morale. La moralité sociale veut, en effet, que la propriété commune ne soit pas monopolisée par une minorité, quelle que soit sa légitimation. Dans le règne de la moralité objective la légitimité ne peut être que d'ordre universel. La croyance d'un groupe dans la vérité de son discours ne peut pas être une cause suffisante pour lui attribuer une dimension universalisante, car, les choses sont faites de telle manière que dans le déploiement de la logique des représentations sociales, chaque tendance se prend pour l'objectivation de la raison elle-même. Mais cette prétention est le résultat du fait que le particulier tend, dans son affirmation, à se considérer comme l'universel. Nietzsche avait remarqué, à ce propos, que la personnalité agissante est enveloppée d'un voile de croyance.

Cela dit, pour que la démocratie puisse se manifester dans sa dimension sociologique et axiologique, il est nécessaire que le *nomos* garantisse le sujet dans sa dimension universalisante. La base de la démocratie est la communauté des citoyens : des sujets du pouvoir. Nous disons, alors, que la souveraineté et la légitimité appartiennent au peuple.

Dans ces conditions, nous pouvons dire, en parlant avec Aristote, que deux phénomènes caractérisent la démocratie : la souveraineté du plus grand nombre et la liberté ; la première condition étant, probablement la liberté, c'est-à-dire le fait que chacun est pour soi et pense son monde à partir de lui-même. Cela donne précisément, pour chacun, la possibilité du choix, en toute indépendance. D'après les principes axiologiques, comme nous l'avons vu, l'individualité se trouve en condition de pouvoir faire la différence. Pour cette raison, elle est capable de faire un choix rationnel. Bien évidemment, comme on vient de le voir, l'individualité qui est sujet du pouvoir, ne se trouve pas devant un choix d'ordre strictement intuitif. Elle est au courant des affaires de la Cité et peut, ainsi, se prononcer en toute connaissance de cause.

Rappelons que pour Aristote la raison est, du point de vue axiologique, la capacité de faire la différence entre le juste et l'injuste. Or, cette capacité est une des facultés essentielles de la pensée. Celle-ci étant, de par sa potentialité synthétique, la source même des universaux. Il est par conséquent cohérent de présupposer que l'individualité consciente, parce que participant pleinement aux affaires de la Cité, est capable de réaliser un choix rationnel, donc non conditionné par les illusions et les mensonges de son monde.

La démocratie, dans son sens effectif, présuppose, par conséquent, une individualité immergée dans la pratique du pouvoir. Ce qui est loin de l'individualité qui est simple personnalité juridique - essentiellement, sujet de droit privé - et éloignée des affaires de la Cité. Celle-ci ne peut pas jouer un rôle axiologique, car pour elle la *res-publica* ne peut être que le domaine des spécialistes. En d'autres termes, son rapport à l'espace du pouvoir est médiatisé par les appareils qui considèrent la chose publique, comme le domaine réservé aux élites.

Mais, avant d'approfondir la différence entre ces deux dimensions de l'individualité, revenons aux conditions premières de la démocratie. Nous avons, en effet, signalé que la liberté et la souveraineté du plus grand nombre, paraissent être pour Aristote les deux conditions de base. Comme nous venons de le voir la liberté ou l'indépendance du soi par rapport à son monde, est ce qui permet à l'individualité de choisir en toute conscience. Par la suite, comme toute individualité est juridiquement égale à toute autre - pour cause d'*isonomia* -, le seul critère qui puisse prévaloir est celui du nombre. Le principe de qualité impliquerait, en effet, l'inégalité juridique entre les citoyens. Ce qui est en contradiction avec le concept de démocratie et les principes qui le soutiennent. Nous nous trouvons ici, du point de vue structurel, devant un régulateur objectif, tout comme l'est celui de l'offre et de la demande dans le domaine de l'économie. Bien évidemment, l'existence de régulateurs objectifs n'exclut pas la nécessité du théoricien, dans le sens axiologique du terme. Toutefois, le rôle de celui-ci n'est pas de s'engager dans la lutte pour le pouvoir et de faire l'apologie d'une tendance socio-politique, mais de

garder la distance par rapport au pouvoir. En d'autres mots, le théoricien, le partisan de l'axiosophie, se doit, par définition, de rappeler les valeurs d'ordre universel et non pas d'affirmer des valeurs particulières.

Cela dit, le rôle des individualités indépendantes est de choisir, par le biais des élections, l'élite qui doit accéder au pouvoir. Cette pratique permet ainsi d'assurer, d'une part, la légitimité générale, et de l'autre, l'alternance dans le pouvoir. De sorte que le pouvoir est à un moment contrôlé par une élite, pour l'être, plus tard, par une autre.

De son côté, l'alternance, comme nous l'avons signalé plus haut, permet d'éviter le monopole de la *res-publica* par une simple partie des membres de la communauté sociale, ainsi que le risque d'affrontement entre les élites du pouvoir.

En ce qui concerne cette problématique de l'alternance, il est très important de comprendre que du point de vue strictement démocratique, ce phénomène concerne l'ensemble de l'élite du pouvoir. Aristote nous dit, à ce propos, que la démocratie implique la participation de tous à toutes les fonctions, tandis que dans les oligarchies c'est tout le contraire.

La loi de l'alternance permet, en effet, d'assurer la régulation dans la participation de tous aux fonctions publiques. Ceci, parce que l'alternance concerne la totalité de l'élite du pouvoir et non pas une de ses parties. En d'autres termes, le phénomène de la circulation des élites touche aussi bien l'élite politique que l'élite administrative.

Le concept d'un corps de permanents dans l'espace du pouvoir est totalement étranger aux principes de la démocratie. Celle-ci assure, comme nous l'avons vu, la dimension communautaire de la *res-publica*, le fait qu'elle ne peut pas être

le monopole d'une minorité. Par contre, la permanence concerne plutôt l'oligarchie. En d'autres termes, dans l'oligarchie, les fonctions publiques et l'espace du pouvoir en général, sont contrôlés par une minorité.

Le principe de l'alternance pure suppose, comme nous l'avons signalé, une dimension axiologique. En effet, elle permet de donner accès à l'espace du pouvoir à ceux qui sont choisis par la majorité. De sorte que le principe de la justice distributive, est garanti par la loi de l'alternance. C'est, pour ainsi dire, le peuple qui nomme périodiquement ceux qui doivent s'occuper de la chose publique. Ainsi, dans sa dimension universalisante la pratique démocratique est une puissance de régulation sociologique et axiologique. Dans la première dimension la démocratie est la manifestation de la mobilité verticale, tandis que dans la deuxième, elle révèle le principe éthique qui doit se déployer au sein du pouvoir.

Toutefois, cette double fonction disparaît dans une structure sociale où existe le formalisme démocratique - les élections - mais où il n'y a pas alternance pure. C'est le cas notamment des républiques de titulaires. Dans ces réalités, les élections permettent le roulement des élites, mais non pas leur alternance. En d'autres termes, le fondement de l'élite du pouvoir, l'élite administrative - composée d'un corps de permanents -, secrète l'élite politique. Le poly-élitisme est ici le reflet de l'individualisme généralisé du social. Mais, les différentes tendances du social sont exprimées essentiellement par le noyau dur de ce corps de permanents. De sorte que les élites politiques tendent à sortir de ce corps et reviennent à lui en cas d'échec.

Ainsi, l'absence d'alternance pure donne lieu à la consolidation du roulement de l'élite du pouvoir en elle-même. En d'autres termes, la non-existence d'une pratique accomplissante de la démocratie fait disparaître sa dimension axiologique : l'effacement de toute tendance au monopole du pouvoir par une minorité. C'est précisément la consolidation d'un tel phénomène que nous appelons actuellement nomenklaturisme : consolidation sociologique de l'élite du pouvoir qui tend à s'auto-reproduire organiquement.

Cela dit, il paraît problématique qu'une telle consolidation puisse se réaliser effectivement dans une réalité sociale à tendance individualisée. Le manque de perspective au niveau de la mobilité verticale ne peut que provoquer la désaffection pour la chose publique. En effet, une pratique électorale destinée à provoquer le roulement de l'élite du pouvoir en-elle même, tout en lui apportant une légitimité démocratique, ne paraît pas devoir subsister longtemps. Le blocage de la mobilité verticale<sup>1</sup> qu'un tel phénomène implique, ne peut que créer les conditions de son propre dépassement. La révolte contre le pouvoir, de ce qu'il est convenu d'appeler les

nouvelles féodalités<sup>73</sup>, ne peut être que la conséquence du blocage sociologique qu'une telle structure implique. Seul un d'étatisation grandissant peut empêcher, dans ces conditions, la manifestation du négatif. Cela dit, le règne de l'individualisme tend à sécréter les valeurs de la moralité objective et à exiger leur réalisation. De sorte que l'individualisme est, à son tour, une puissance qui freine la négation de sa propre logique.

### **6) Etat de droit et Etat de justice**

Que l'Etat de droit, de par son existence, ne soit pas garant de la justice, voilà ce qu'on peut constater au niveau de l'histoire passée et des temps présents. En tant que tel, l'Etat de droit se manifeste par delà le despotisme. Ce mouvement marque le passage de la souveraineté détenue par le despote - plus ou moins éclairé -, à la souveraineté comme expression de la volonté du peuple.

Ainsi, le concept d'Etat de droit est celui dans lequel la moralité commence à s'objectiver au niveau du pouvoir. A l'intérieur de l'Etat de droit, nous pouvons avoir une république esclavagiste, comme une république dominée par une minorité fondant son pouvoir sur la supériorité d'une race. Nous pouvons aussi avoir, au sein de ce concept, une république censitaire, comme une république de notables. Enfin, nous pouvons constater l'existence à l'intérieur de cette notion, d'une république de titulaires et d'une république démocratique.

Cela dit, le concept de démocratie est celui qui d'une part, permet d'expliquer la nature même de ces variantes, et de l'autre exprime l'universalité de la logique qui se dévoile dans ces structures. En effet, nous appelons par convention république toutes ces structures, où la souveraineté appartient au peuple. C'est aussi le cas des monarchies constitutionnelles, car elles impliquent, par définition, un Etat de droit.<sup>74</sup>

Mais, comme nous l'avons signalé plus haut, le peuple qui est le fondement de la démocratie, peut être la communauté soit du peuple arbitre, soit du peuple citoyen. A chaque moment, l'ordre juridique public détermine la nature et l'importance de la communauté qui conditionne et légitime ses institutions. C'est ainsi que la logique d'un pouvoir peut exprimer : 1) la nécessité d'une communauté populaire plus ou moins vaste, et 2) la dimension juridico-politique de ceux qui légitiment et régulent les institutions.

Il y a par conséquent, la possibilité, dans l'ordre d'un pouvoir, de déterminer l'importance et la nature politique de ceux qui légitiment les institutions. C'est le *nomos* qui exprime cette nécessité et donne les règles de son fonctionnement. En tout état de cause, l'Etat de droit exclut d'une part, l'existence d'un despote se situant par dessus le *nomos*, de l'autre, la non-existence d'une communauté - aussi petite soit-elle -, où la singularité se détermine à partir de son propre arbitre. Le rituel dit démocratique, tel que nous le trouvons dans les pays du socialisme réel et qui consiste à faire avaliser les décisions du pouvoir par le peuple, ce rituel, disons nous, n'entre pas dans la logique de l'Etat de droit. Il se trouve en deçà ou au-delà, mais n'appartient pas à la logique de son être.

---

<sup>73</sup> Concept qui souligne une certaine similitude entre l'Etat d'offices, de l'Ancien Régime, et l'Etat de titulaires : la tendance à l'appropriation de la chose publique par une caste et l'inclination à son auto-reproduction générationnelle. On peut aussi exprimer cette problématique d'une autre manière en disant dans l'Etat d'offices les postes étaient achetés par leur titulaire, tandis que dans l'Etat de titulaire les postes dans la fonction publique sont obtenus jusqu'à la retraite selon des principes de cooptation plus ou moins rigides.

<sup>74</sup> Nous parlons ainsi de deux formes de l'Etat de droit : la république et la monarchie constitutionnelle. Dans la première forme le monarque est temporaire, tandis que dans la deuxième il est issu d'une royauté héréditaire. Cette personnalité incarne, en principe, la continuité d'une communauté et la légitimité de ses instructions. Normalement, cette personnalité se situe au-dessus du gouvernement, dans une position autoritaire, comme dans une position non-autoritaire. Le Président d'une république est ainsi un monarque temporaire se situant par dessus la gestion immédiate du social. A la différence du Président, le Chef du gouvernement est celui qui s'occupe, précisément, de cette gestion immédiate.

De sorte que l'Etat de droit implique d'un côté, soit un peuple arbitre, soit un peuple de citoyens, et de l'autre, le fait que ce peuple puisse comprendre une partie ou la totalité de la communauté sociale. Le concept de peuple arbitre, est, pour ainsi dire, la forme première du principe démocratique, car le peuple y joue le simple rôle de sélectionneur. Il choisit l'élite qui doit accéder au pouvoir. Dans ces conditions, il n'y a pas - l'isocratia étant exclue -, de véritable isonomia. Dans une république de titulaires, par exemple, il y a ceux qui ont droit à un travail à vie et ceux qui ne possèdent pas ce droit. Nous nous trouvons là, par conséquent, avec une inégalité devant le droit du travail. Pour ce qui est de l'isegoria, rappelons que dans beaucoup de républiques du Tiers-monde, le peuple qui vote n'a pas, dans sa totalité, droit au chapitre, pour ce qui est des affaires du pouvoir.

Par conséquent, l'acte de voter n'est pas - comme on peut le constater dans les structures oligarchiques -, une manifestation de la plénitude des droits du citoyen, en tant que sujet du pouvoir. La participation aux élections est considérée comme un droit, parce que c'est au *nomos* de spécifier ceux qui doivent voter et ceux qui ne le peuvent. Exprimé de cette sorte le droit se présente comme la source même du phénomène instituant. Or, au sens strict du terme le droit, comme nous l'avons souligné plus haut, est l'émanation de la communauté de citoyens. Car, en dernière instance, c'est l'être humain qui est source de valeur. Par conséquent, dans une structure purement démocratique, la participation<sup>75</sup> n'est pas un droit, mais une faculté du citoyen en tant que sujet du pouvoir.

L'Etat de droit, peut aussi comporter comme base une communauté de citoyens. Cela veut dire qu'il y a participation de tous les citoyens aux fonctions et, par conséquent, alternance pure. Nous avons affaire ici à un système démocratique au sens universalisant du terme. Car, la démocratie présuppose non seulement l'Etat de droit, mais aussi la communauté de citoyens. Donc, la négation du monopole, plus ou moins totalisant, de la *res-publica*, par un corps de permanents.

Mais l'Etat démocratique n'implique pas l'Etat de justice. Par rapport au simple Etat de droit, il est évident que l'Etat démocratique traduit un plus haut niveau de justice. Ceci, dans la mesure où les régulateurs objectifs assurent, jusqu'à un certain point, la réalisation de la justice distributive.

Cela dit, le fonctionnement de la démocratie, ou de la loi de l'alternance pure, n'implique pas la réalisation universalisante du principe de la justice. En effet, la démocratie au sens structurel du terme, ne présuppose pas la totalité de la communauté sociale, donc, de l'ensemble des individualités en âge de raison. La démocratie peut être, en effet, bâtie sur une base très restreinte : ce qui s'est produit dans l'Athènes de Périclès, ou aux Etats-Unis d'Amérique après leur accession à l'indépendance, pour ne donner que quelques exemples. Dans le premier cas, comme on le sait, seuls étaient sujets du pouvoir les hommes libres. Etaient exclus les esclaves et les femmes. Pour ce qui est de l'exemple des Etats Unis, rappelons que seuls les membres mâles de la W.A.P.S.<sup>76</sup> faisaient partie de la communauté des citoyens. Ce qui veut dire, par conséquent, qu'aussi bien les personnes de couleur des deux sexes que les hommes et les femmes non protestants, ainsi que les femmes protestantes étaient exclus de la communauté des citoyens.

Par conséquent, la démocratie au sens structurel du terme ne présuppose pas le règne de la justice, dans sa dimension universalisante. La démocratie est une condition nécessaire de l'Etat de justice, mais elle n'est pas la condition suffisante.

---

<sup>75</sup> Dans certains pays la participation aux élections est une obligation. Les sujets qui s'abstiennent doivent payer une amende. Le droit de légitimer, est ainsi transformé en obligation de légitimation. Ce qui, selon son concept, est contraire au principe de liberté qui est à la base de cette pratique. Il ne s'agit pas toutefois ici d'une négation de cette liberté. Car, une telle négation impliquerait le fait que la possibilité de choisir soit enlevée au sujet. Cela dit, dans certaines formes d'Etat de droit, le vote est considéré comme un droit, voire comme un privilège. Ce qui dénote la distance entre les élites du pouvoir et la société civile. Les seigneurs condescendent à accorder des droits politiques, à telle ou telle partie du peuple.

<sup>76</sup> White American Protestant Society

Se pose, dès lors, la question de savoir ce qu'est ce devoir être de l'Etat de droit que nous appelons l'Etat de justice ? Aristote nous fait comprendre, à ce propos, que le but de la justice est la création d'un Etat qui soit une forme de communauté d'égaux en vue de mener une vie la meilleure possible. Par conséquent, la communauté d'égaux est le fondement même de l'Etat de justice.

Quoique cette communauté d'égaux doive être comprise au sens universel du terme. Ce qui veut dire que tout membre de la société en âge de raison - quels que soient son origine ethnique ou son sexe - doit faire partie de cette communauté. Cette exigence n'est pas un simple devoir-être, dans le sens attendu terme, mais possède une dimension concrète. En effet, toute singularité est une virtualité de l'universel. De ce point de vue, toutes les singularités se trouvent au même niveau : elles sont au même titre des manifestations de l'universel. Ceci de la même manière que les éléments de base, le sont de la totalité de laquelle ils font partie. Bien évidemment, il est nécessaire que les singularités soient en âge de raison ou en pleine possession de cette faculté. Cette condition, comme nous l'avons signalé, est nécessaire, car, selon les principes, la raison est la capacité de discerner le juste de l'injuste. Or, tout être humain adulte, normalement constitué, est capable de faire cette distinction, car il est, par définition, un animal rationnel.<sup>77</sup>

Par conséquent, la communauté des citoyens ne peut être, d'un point de vue strictement dikélogique, réduite à une simple minorité. Dans ces conditions, la démocratie récupère la dimension universalisante qui est la sienne. De ce point de vue, il est évident que le contrôle de la *res-publica* par un corps de permanents est aussi anti-dikélogique que l'existence d'une simple minorité comme sujet du pouvoir.

Mais l'Etat de justice, au sens concret du terme, n'implique pas simplement le principe de la communauté élargie des citoyens et celui de l'alternance pure, mais aussi une certaine forme de rapport entre l'Etat et la société civile. D'autres exigences font, en effet, partie de la logique de cette forme. Ces conditions ne rentrent pas toutefois dans la dimension de la régulation objective, comme c'est le cas des manifestations de la démocratie.

La régulation rationnelle et consciente se traduisant dans l'ordre juridique, implique :

Premièrement, que les fonctions publiques ne soient pas source de profit, et encore moins occasion de détournements des fonds publics.

Deuxièmement, que la redistribution sociale soit faite à partir du critère des besoins. Il s'agit, en effet, de subventionner ceux qui sont dans le besoin et non ceux qui ne le sont pas, et

Troisièmement, que l'Etat n'accroisse, avec sa pratique, les inégalités sociales, en accordant des privilèges et des sinécures. Il s'agit, plutôt, de réduire ces inégalités, par une imposition significative de l'héritage, en vue précisément d'assurer l'égalité des chances.

Pour ce qui est de ce dernier point, il s'agit de comprendre que l'élargissement de la *res-publica*, ne conduit pas à l'enrichissement et au nivellement du social. Aristote pense quant à lui qu'il y a une proportion adéquate entre un secteur et l'autre, mais il ne nous dit pas quelle a proportionnalité. Adam Smith pour sa part considère que l'Etat est le secteur improductif. De là qu'il s'agit d'éviter que l'Etat écrase avec sa surcharge, le secteur productif. C'est en analysant la problématique de ce rapport que Smith nous fait comprendre que la richesse d'une nation est en rapport inverse au poids de son Etat. L'époque actuelle avec ses statistiques, plus ou moins précises, tend à confirmer cette thèse contenue d'une manière implicite dans sa Recherche sur la nature et la cause de la richesse des nations.

Nous étudierons plus loin ce problème de l'élargissement de l'Etat, ainsi que la tendance à la disparition de la société civile. Ici, nous nous référons plutôt à l'Etat dans la définition donnée par Kelsen : appareil bureaucratique ayant à la tête le Gouvernement. Pour ce qui est du coût de cet appareil, il nous semble évident que d'un point de vue dikélogique, les salaires très élevés de la haute fonction publique - tel que nous le connaissons, par exemple, en France - ne correspondent pas à l'exigence d'un Etat de justice. L'essentiel des ressources communes doit

---

<sup>77</sup> En tout état de cause, tous les membres de cette communauté, sont en principe en condition d'élire des représentants doués de raison : capables de faire la différence entre le juste et l'injuste. Pour cela même Aristote disait que nous ne donnons pas le pouvoir aux hommes, mais à la raison. Donc, à la capacité de faire la différence entre le juste et l'injuste.

être employé à aider ceux qui sont dans le besoin et non pas à surpayer le personnel de l'Etat. L'Etat éthique est, en effet, celui où l'engagement dans la fonction publique est plus un dévouement envers la communauté, qu'un engagement en vue du profit.

De sorte que dans un Etat de justice, le prélèvement public doit être conditionné : 1) par des dépenses de fonctionnement frugales, 2) par la juste redistribution sociale, et 3) par les dépenses rationnelles en infrastructure et autres aides destinées à promouvoir la production matérielle et culturelle.

## V. LE DROIT ET LA THEORIE DE L'ETAT

### 1) *L'Etat et la juridicite positive*

Toute communauté sociale tend à se structurer selon un ordre très précis. Cette manifestation structurelle se concrétise dans un ordre institutionnel, dont l'objectivisation essentielle est l'Etat. L'acte constituant est en lui-même une action de production juridique. La juridicité constituante pose ainsi la logique d'un ordre social qui tend à s'autoreproduire selon sa propre cohérence. L'Etat ainsi créé, devient la puissance énergétique qui maintient la logique de l'ordre dont il est la plus haute expression. Le rôle de la positivité juridique est dès lors de maintenir et d'assurer la logique de l'ordre qui est le sien.

L'acte fondateur, d'une formation sociale donnée est essentiellement l'action qui met en marche un projet d'ordre social. La juridicité positive ainsi produite conditionne et donne forme à un ordre donné. De sorte que le droit positif est l'ordonnement juridique d'une formation sociale donnée. En tant que tel, un droit positif donné est une manifestation de cette forme de production normative qu'est le Droit au sens général du terme. Le droit s'extériorise ainsi comme une technique normative qui permet la réalisation et le maintien d'un certain ordre social.

Mais l'ordre social ainsi créé n'est pas le produit d'un acte fondateur qui surgit du néant. Il est plutôt le résultat d'une rupture par rapport à l'ordre précédent. Tout acte fondateur porte, dès lors, les stigmates de l'ordre dont il est la négation. La juridicité positive est ainsi posée par l'ordre social, en tant qu'ordre en puissance et comme ordre en acte. Lorsque l'ordre est en puissance, nous avons affaire à l'acte fondateur. La juridicité se présente alors comme acte de création : de constitution d'un ordre donné. Par contre, lorsque l'ordre est effectif, la juridicité est la production normative qui tend à maintenir la logique de l'ordre qui la conditionne.

Nous constatons que tout ordre est par définition une réalité réglée. En d'autres termes, qu'il ne peut pas y avoir d'existence sociale sans normativité. La production normative est consubstantielle à l'être social. C'est la raison pour laquelle on dit, depuis que la réglementation objective existe, que là où il y a du droit, il y a du social et que là où il y a du social, il y a du droit.

Mais, ce qui nous intéresse ici, au sein de cette problématique, c'est de comprendre comment surgit le rapport entre l'Etat et la juridicité positive. C'est donc la logique de l'acte fondateur qu'il s'agit de saisir. A ce niveau là, nous constatons que les assemblées constituantes posent toujours des principes et les éléments de base de cette structure que nous appelons l'Etat. Ces éléments de base se trouvent dans la Constitution. Il y a par conséquent d'un côté les Principes et de l'autre la Constitution.

Dans l'histoire constitutionnelle française, nous trouvons ces deux aspects essentiels de l'acte fondateur. En effet, les Constitutions de 1791 et de 1793 sont précédées d'une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans le cas de la Constitution de 1946, il s'agit d'un préambule. Pour la Constitution de 1958 les principes sont contenus dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de la Constitution de 1946.

Les principes légalisés sont les ultimes référentiels formels d'un ordre juridique. Ils expriment le niveau de conscience qu'une communauté a d'elle-même et de la logique fondamentale de son ordre. De ce point de vue nous pouvons constater une très grande différence entre la Déclaration de 1789, qui sert d'introduction à la Constitution royaliste de 1791, et la Déclaration de 1793. Cette dernière Constitution, comme on le sait, ne fut jamais appliquée, quoi qu'elle exprime le maximum de la conscience individualiste de l'époque, une époque où la femme n'avait pas encore atteint un niveau d'individuation suffisant. Elle n'était pas sujet de droit civil dans sa plénitude, et encore moins sujet de droit politique.

Cela dit, l'acte créateur tend à formuler les règles qui conditionnent la positivité d'un ordre social, tout en créant la puissance effective du social. Cette puissance n'est autre que l'Etat, ou, comme disait Kelsen, cet appareil bureaucratique de fonctionnaires qui a le gouvernement à la

tête. C'est cette puissance qui produit sa propre juridicité et accorde le statut de normes légales à des normes non produites par lui.

A travers cette production normative l'Etat forme et maintient un ordre social. Pour cette raison, on dit que l'Etat impose la loi et l'ordre. Ce qui veut dire, plus précisément, qu'à travers la loi et son monopole de la force, l'Etat impose l'ordre, maintient la logique même de l'ordre social, dont il est le garant. De ce point de vue, le rôle de l'Etat est de produire, imposer et exécuter la loi. Cette multiplicité de fonctions est possible, car l'Etat est à la fois législateur, administrateur, gendarme et juge.

La juridicité positive se manifeste ainsi comme l'émanation de la puissance étatique. Donc, comme le mécanisme qui garantit et impose un ordre social. Pour cette raison, la juridicité positive s'intéresse essentiellement aux conduites qui affectent cet ordre. Par delà le simple rapport entre l'Etat et l'ordre du social - qui se manifeste à travers la production et la reproduction de la positivité juridique apparaît un des premiers degrés de la moralité qui s'objectivise dans l'Etat, via le droit. Plus précisément, les problèmes de la limitation de cette puissance.

Jellinek avait signalé à ce propos que le droit représente un minimum éthique. Par conséquent, le droit ne doit pas être un simple instrument de coercition sociale, ou une technique normative destinée à imposer un ordre donné, ce qui est arrivé dans le passé et arrive encore de nos jours. Car, dans ce cas, le droit est synonyme de perversité et antonyme de justice.

En effet, la finalité du droit n'est pas simplement de maintenir par la coercition un ordre social donné, mais de garantir un minimum de sécurité et de justice. Nous regarderons ici le problème de la sécurité et nous étudierons la catégorie de la justice dans un chapitre différent.<sup>78</sup>

Selon sa dimension éthique première, la finalité du droit est la sécurité. Ce niveau présuppose, comme nous venons de le voir, le rôle instrumental du droit. Lequel est de maintenir l'ordre pour l'ordre, sans que soit posée la question de la nature de cet ordre. La contestation et la critique n'y sont pas encore acceptées. Par contre, ce niveau s'accomplit dans la dimension de la justice qui est sa finalité essentielle, et qui fait que son concept se conforme à son universalité. A présent, essayons de saisir la signification de cette finalité première : la sécurité. En effet, la notion de sécurité juridique a deux significations essentielles : la sécurité face à l'Etat et la sécurité dans la sphère privée. D'une manière générale, c'est cette dernière dimension qui est considérée comme étant synonyme du concept de la sécurité juridique. Ceci à cause du fait que cette catégorie de la sécurité dans la sphère privée ne pose pas de problème à la nature de l'ordre social. Tout Etat se doit de garantir la sécurité dans l'existence sociale. Aussi bien en ce qui concerne les êtres, que leurs biens. Cette problématique est vraie tant dans les sociétés égalitaires et nivelées que dans celles qui ne le sont pas.

De sorte que cette dimension de la sécurité dans la sphère privée coïncide plutôt avec la notion du maintien de l'ordre. Plus précisément avec le rôle instrumental du droit. Par contre, la catégorie de la sécurité juridique face à l'Etat dépasse le rôle instrumental du droit pour se projeter dans une sphère différente : celle de l'objectivation de la moralité dans l'Etat.

De par sa propre juridicité l'Etat est une puissance régulée et réglementée. C'est la condition même de son fonctionnement. De sorte que l'Etat est, selon cette dimension, une structure purement juridique. Sa puissance n'est pas encore régulée ni réglementée. Dans ces conditions, l'arbitraire tend à être principe d'autorité.

Il s'agit, par conséquent, de réguler et de réglementer l'usage de la force ; donc, d'aller au-delà de la simple réglementation et régulation du fonctionnement de l'Etat. Cette nécessité se pose parce que l'Etat détient le monopole de la force légitime et peut, dès lors, abuser de sa puissance et introduire le règne de l'arbitraire et de la malfaisance.

L'Etat non limité par le droit tend à se manifester comme violence instituée. A l'époque du National socialisme on disait : *Macht ist Recht!*, que le pouvoir est le droit. Par là même, ce pouvoir imposa une interprétation extrêmement étroite du droit, comme la simple émanation normative du pouvoir, créant ainsi les conditions de l'organisation normative de l'immoralité et du déchaînement de l'Etat en tant que puissance démoniaque.

---

<sup>78</sup> Le chapitre VIII se rapporte en effet au "Droit et à la théorie de la justice".

Le principe de la sécurité juridique, en tant que sécurité face à l'Etat, implique aussi bien le fait que l'Etat reconnaît et garantit la liberté de l'individu, que la réglementation dans l'utilisation de la force. En ce qui concerne la première dimension, il faut rappeler qu'elle se manifeste concrètement dans l'histoire avec l'*Habeas Corpus* (1679), en Angleterre. En effet, l'*Habeas Corpus* permet et garantit la liberté individuelle. Plus précisément, l'Etat reconnaît et garantit la sécurité juridique.

En ce qui concerne cette problématique il faut signaler que c'est de là que découlent les principes essentiels de l'Etat libéral. Plus exactement : l'égalité entre tous les citoyens et la reconnaissance de leur liberté. De plus, à côté de cette reconnaissance il y a les manifestations formelles de la sécurité juridique comme, par exemple, le fait

que le droit doit être connu par tous. La publication de la loi est une condition indispensable à sa validité.

Dans les manifestations formelles de la sécurité juridique il faut aussi inclure le principe de la non-rétroactivité de la loi. La rétroactivité n'étant admise que lorsqu'elle implique une diminution des peines. Cela dit, l'élément essentiel de la sécurité juridique se trouve dans la protection normative des individus, donc dans l'exclusion de toute forme d'arbitraire venant de la part de ceux qui contrôlent le pouvoir.

C'est pour cela même qu'il est nécessaire que l'utilisation de la force soit réglementée. Le droit de répression est le monopole absolu de l'Etat. Mais, il y a une différence entre le monopole *de facto* et le monopole *de jure*. Dans la première dimension, l'Etat exerce le monopole de sa force sans aucune mesure tandis que dans la deuxième nous avons affaire à une utilisation mesurée de sa force. Pour cette raison, on dit que l'Etat exerce le monopole de l'utilisation légitime de la force à travers le droit.

Il faut comprendre que la légitimité dont il est question ici est celle de l'Etat de droit. Donc, un Etat dans lequel la juridicité positive règle et régule l'utilisation de sa force. Elle stipule, par conséquent, les procédures de l'exercice du monopole de la force, ainsi que les organes qui l'exécutent. Les limites de l'utilisation de la force sont dès lors clairement établies. Nous avons, par conséquent, affaire dans ce cas à un Etat limité juridiquement dans le monopole de sa force. Le problème essentiel dans cette limitation c'est d'éviter que le droit puisse se manifester comme la loi du plus fort, comme la violence instituée. C'est, en tout cas, ce que nous apprend l'histoire du rapport entre l'Etat et la société civile. A l'époque des événements qui précèdent la première Révolution anglaise, le Roi d'Angleterre, Charles Ier, considérait comme non nécessaire la Pétition du droit<sup>79</sup> 1 faite par le Parlement. Pour lui *The King can do no Wrong* !. En d'autres termes, le Roi, en tant que représentant de Dieu, ne pouvait pas faire du mal. De là, le caractère non nécessaire d'une telle Pétition qui voulait que le Roi ne soit pas au dessus des lois et que le gouvernement soit responsable devant le Parlement. Comme on le sait cette Pétition fut acceptée en 1688, lors de ce qu'il est convenu d'appeler la *Glorious Revolution*.

De sorte que c'est dans l'histoire de l'Angleterre de cette époque que va se manifester le principe de la sécurité juridique, donc de la sécurité face à l'Etat ; en d'autres termes de la consolidation du phénomène de l'individu. Car l'individu, ou le sujet juridique, contient essentiellement la capacité de droit. De ce point de vue le niveau d'individualité est en rapport inverse à la puissance non-réglée de l'Etat.

## 2) L'Etat et la légitimité

Max Weber pensait, pour sa part, qu'il y a trois formes de légitimité : 1) la légitimité traditionnelle, 2) la légitimité charismatique et 3) la légitimité rationnelle. Cette typologie est restée depuis lors comme une division significative du phénomène de la légitimité.

Pour ce qui est de la première forme, rappelons que pour Weber la légitimité traditionnelle est le résultat d'un passé culturel. Elle présuppose, par conséquent, une dimension religieuse. En effet, les rois étaient légitimes par la Transcendance. On disait ainsi, par exemple, Roi de France par la grâce de Dieu. A l'intérieur de cette forme de légitimité, il faut aussi tenir compte du fait

---

<sup>79</sup> *Bill of rights*, formulé en 1628.

qu'elle était très souvent fondée sur l'hérédité de la couronne et parfois sur une forme précise d'hérédité comme dans le cas de la loi Salique<sup>80</sup> pour la famille royale française. Selon cette loi, les femmes sont exclues du droit de succession à la couronne. Ce qui va provoquer, par exemple, les guerres carliste en Espagne. Mouvement qui s'insurge précisément contre l'arrivée sur le trône d'Espagne d'Isabelle II, nièce de Ferdinand VII.

Par conséquent, la logique de cette forme de légitimité est une manifestation des temps organiques. Plus précisément, de la concrétisation d'un ordre patriarcal dans lequel le Père absolu légitime le Père d'une communauté donnée et c'est ce Père qui donne la légitimité aux Pères de famille. De là que le vrai croyant était censé être un bon sujet et un bon fils. Il faut dès lors être conscient, que du point de vue strictement traditionnel, à l'intérieur de cette forme de légitimité, la souveraineté appartient au souverain.

En ce qui concerne la légitimité charismatique, elle est selon Max Weber, celle qui est dégagée par un chef. Dans ces conditions, l'effectivité du pouvoir repose sur une grande personnalité. Cette thèse nous semble particulièrement problématique, car la légitimité renvoie par définition à une vision du monde soutenue par un ensemble de cadres référentiels. En effet, le vrai pouvoir des individualités dites charismatiques comme Staline, Hitler, Mussolini, Mao, Castro etc. pour ne parler que de quelques-uns parmi les plus significatifs des temps modernes, ne nous semble pas être leur personnalité même, mais la croyance dans l'idéologie qui les a portés au pouvoir et qu'ils ont exprimée d'une manière plus ou moins cohérente.

Mais, c'est la troisième forme de légitimité dans la typologie de Max Weber qui va nous intéresser ici le plus. Il s'agit de ce qu'il appelle la légitimité rationnelle. Pour Weber cette forme de légitimité repose sur un ensemble de règles positives. Nous avons, par conséquent, affaire au problème de la légitimité légalisée. Plus précisément, de celle qui dérive d'une norme fondamentale. Weber opère ainsi une réduction problématique, dans la mesure où il confond légalité et légitimité. En effet, la norme fondamentale, au sens strict du terme, appartient au domaine de la juridicité positive. Le pouvoir est plutôt régulé par la Constitution, mais non pas légitimé par elle. Par conséquent, c'est la validité qui dérive de la norme fondamentale et non pas sa légitimité. Cette validité correspond, bien évidemment à la légalité et à l'efficacité du pouvoir.

Dans sa réalité, le pouvoir est un ordre institué qui est régulé dans son fonctionnement et dans sa forme de reproduction normative par une norme fondamentale. Le droit positif est ainsi un ordonnancement juridique qui possède, au sommet de sa structure pyramidale, une norme fondamentale. Au sens strict du terme, la norme fondamentale fait partie de la légalité instituée. Pour cette raison, il est problématique de soutenir, comme le font Weber et Kelsen, que la norme fondamentale est une instance de légitimité. Cette position est celle du positivisme, pour lequel le droit valide est en lui-même juste : la valeur éthique suprême.

Nous avons plutôt essayé de montrer ici qu'au-dessus de l'élément formel de la logique juridique, il y a l'idée essentielle de justice et de moralité. En d'autres termes, tout système de légalité se réalise à travers un système déterminé de légitimité. Nous devons, par conséquent, nous poser la question de savoir quelles sont les instances supérieures à la légalité ? Comment se manifestent concrètement ces instances ? Pour déterminer ces instances, nous devons faire tout d'abord la différence entre la légitimité et la légitimation, car, l'Etat n'est pas simplement une puissance instituée, il est aussi une force revêtue par une forme quelconque de légitimation et de légitimité.

La légitimation est en rapport avec le domaine de la souveraineté, tandis que la légitimité renvoie au système de valeurs qui conditionne l'existence d'un pouvoir donné. Par conséquent, la légitimation est d'ordre sociologique, tandis que la légitimité est d'ordre axiologique.

Dans les sociétés traditionnelles, où la souveraineté appartenait au Roi, la puissance de légitimation se trouvait précisément entre ses mains, tandis que la légitimité était d'ordre transcendantale. De sorte que, dans ces conditions, l'Eglise détenait une partie de la puissance légitimante. Par contre, dans les sociétés individualisées où la

---

<sup>80</sup> Pour les Francs, la loi des ancêtres.

souveraineté appartient au peuple, la force de légitimation se manifeste à travers les élections. Dans ces conditions, la puissance légitimante échappe à cette sphère pour se projeter dans une dimension axiologique.

Nous regarderons tout d'abord le phénomène de la légitimation dans les sociétés individualistes. Plus précisément, celui de la souveraineté populaire.

L'apparition de la société individualiste se produit, du point de vue institutionnel, lorsque la souveraineté cesse d'être détenue par le Roi et devient populaire. La souveraineté populaire quant à elle présuppose le principe de la liberté<sup>81</sup> et la règle de la majorité.

Comme nous l'avons signalé, le principe de la liberté est un produit du droit. La singularité devient ainsi personnalité juridique ; plus précisément une individualité ayant une capacité de droit. A ce propos, Hegel avait déjà souligné que l'impératif du droit est : soit une personne et respecte les autres comme des personnes !

La souveraineté populaire implique ainsi l'existence d'une communauté sociale composée de personnes. Cette souveraineté s'exprime par la règle de la majorité. C'est cet ensemble de conditions que nous appelons les présupposés de la démocratie. Laquelle implique comme l'avait signalé Aristote, le principe de la liberté et la souveraineté du plus grand nombre. C'est par le biais des élections que la souveraineté populaire exerce sa fonction et manifeste sa raison d'être. Par conséquent, la majorité est le critère de légitimation de l'Etat et du droit. En d'autres termes, la souveraineté populaire est le fondement de la légitimation de tout ordre juridique.

La légitimation est dès lors la fonction première de la règle majoritaire. Comme nous l'avons signalé dans le chapitre sur "Droit et Pouvoir", la démocratie n'a pas comme seule fonction la légitimation, elle a aussi une fonction sociologique de premier ordre : éviter le monopole ou l'appropriation de la chose publique, par une bande de compagnons ou par une clique de mafiosi.

Il faut souligner que l'exercice de ces deux fonctions ne dépend pas de la nature du suffrage, censitaire ou universel. Cette différence résulte de la perception que le pouvoir constitué a de la communauté sociale. Plus précisément, du niveau d'objectivation des valeurs d'ordre universel dans une communauté donnée. C'est ainsi que lors de la première constituante issue de la Révolution française, il est question non seulement de suffrage censitaire, mais surtout du fait que la femme en était absolument exclue. Cette société issue de l'Ancien Régime avait des difficultés à concevoir le suffrage masculin universel. Mais cette dimension rentrera à l'ordre du jour. Le droit de suffrage des femmes attendra, par contre, plus d'un siècle pour devenir effectif. Donc, quelle que soit la nature du suffrage, la loi de la majorité joue un rôle de légitimation et de régulation sociologique de l'espace du pouvoir. La fonction de légitimation se produit dans et par le fait qu'une communauté sociale choisit l'élite politique qui doit, selon la majorité, diriger les affaires.

Par ce choix, il y a soit confirmation, soit changement au niveau de l'élite politique. Laquelle comprend essentiellement les producteurs et le exécutants de la loi.

Comme nous l'avons déjà signalé, cette fonction par elle-même n'assure pas une régulation totale. Ce qui tend à se produire dans les Républiques oligarchiques, où l'alternance des élites se transforme en simple roulement de l'élite du pouvoir en elle-même. En d'autres termes, la problématique des citoyens actifs et passifs dont parlait Sieyès prend ici une forme différente. Le monopole de la chose publique par une nomenclatura administrative, tend à faire que la pratique démocratique se transforme en simple force de légitimation de l'élite du pouvoir. Or, le rôle ultime du processus démocratique est de faire en sorte que les citoyens puissent accéder à tour de rôle aux fonctions de gouvernants et à celles de gouvernés.

Cela dit, la majorité produit du droit, mais ne produit pas la justice. Elle produit, par conséquent, la légalité et non pas la légitimité. On peut exprimer cette problématique autrement en disant que la démocratie légitime ceux qui commandent, mais en aucun cas ce qui se commande. En effet, les élections permettent l'accès au pouvoir d'une élite donnée, mais en aucun cas elles ne conditionnent la politique qui est suivie au jour le jour. Celle-ci est plutôt conditionnée par les principes que cette élite considère comme essentielles. Ce n'est qu'au

---

<sup>81</sup> La souveraineté individuelle.

moment des échéances électorales que le peuple sanctionne ceux qui s'écartent trop d'un système de valeurs socialement reconnu.

L'écart par rapport à ces principes provoquent la perte de confiance. La délégitimation se produit seulement au moment des élections. On dit alors qu'un pouvoir donné a été sanctionné par le vote de la majorité. Il est, en tout cas, hautement problématique de croire que la règle majoritaire produit la justice. Il ne faut pas oublier, à ce propos, que Hitler est arrivé au pouvoir justement par la loi de la majorité.

Il est important de comprendre que le principe de la souveraineté populaire, est un acquis de premier ordre ; ceci, tout comme le sont les principes du libéralisme et l'Etat de droit. Mais il faut être conscient que toutes ces catégories font partie d'une positivité qui n'est pas en elle-même encore accomplie pleinement, même dans les pays les plus avancés, c'est-à-dire, là où la conscience critique joue un rôle régulateur très important.

C'est la raison pour laquelle nous disons que strictement parlant, la Constitution ne légitime pas le pouvoir, mais que ce sont plutôt les principes acceptés par ce texte fondamental qui jouent ce rôle. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les Constitutions sont généralement précédées par des déclarations de principes.

La légitimité procède, par conséquent, d'une instance supérieure à la normativité elle-même, plus précisément, de l'idéologie et de l'axiologie. Nous avons ainsi d'un côté la légitimité idéologique et de l'autre, la légitimité axiologique. C'est par rapport à ces instances que le droit en vigueur et l'ordre institutionnel existant tendent à se justifier comme légitimes.

Avant de passer à la détermination de cette différence comprendre qu'il y a un rapport très étroit entre un système de légalité et son système de légitimité. De telle sorte que tout système de légalité est l'expression d'un système donné de légitimité. On peut exprimer ce rapport dans le sens contraire, en disant que tout système de légitimité se manifeste dans un système donné de légalité.

Il est aussi important de saisir que tout système de légitimité permet de justifier sa manifestation effective. C'est pour ainsi dire le rôle instrumental du système de légitimité. Ceci, indépendamment du fait qu'il y a toujours une relation d'identité et de non-identité entre l'idéal et son être-manifesté. De telle sorte que tout système de légitimité peut avoir en même temps un rôle critique par rapport à la positivité dans laquelle il s'objective.

Cela dit, la légitimité pour pouvoir justifier doit être acceptée. De là, la nécessité pour tout ordre social de sauvegarder la légitimité de ses cadres référentiels. Cette nécessité est d'autant plus nécessaire que le système de légitimité s'éloigne de la dimension rationnelle de l'axiologie. La raison étant ici cette capacité de faire la différence entre le bien et le mal, entre le juste et l'injuste et entre le vrai et le faux.

Il y a, par conséquent, une différence fondamentale entre la légitimité idéologique et la légitimité axiologique. La légitimité idéologique est, plus précisément, l'être-dégradé de cette dernière. En effet, l'idéologie est une représentation de l'intérêt général et permet, en tant que telle, la réalisation d'un ordre dont le but est de sauvegarder les intérêts de ceux qui gouvernent. De plus, l'idéologie fait référence à des catégories axiologiques, tout en leur donnant un sens différent. De là, la nécessité dans laquelle se trouve tout ordre idéologisé, de vouloir démontrer constamment que c'est lui qui détient le véritable sens des valeurs d'ordre universel.

Mais tôt ou tard la perversion contenue dans les idéologies tend à se manifester. Car les principes ne sont pas uniquement cause de l'action, mais aussi finalité de sa manifestation. De sorte qu'il arrive un moment où la perversion se dévoile en toute transparence dans la réalité. Il se produit alors la délégitimation d'une telle légitimité et avec elle la délégitimation de l'ordre institutionnel qu'elle avait conditionné.

Nous sommes en train de vivre actuellement cette expérience avec le marxisme. Cette idéologie a cessé d'être une puissance légitimante à partir du moment où l'horreur produite dans la réalité et dans les esprits ne pouvait plus être occultée par le mensonge et la mauvaise foi, des maffiosi qui avaient tout intérêt à sauvegarder son rôle de force rationnelle et axiologique. Avec le devenir problématique de cette idéologie s'est produit, comme nous le constatons, l'effondrement de son objectivation : l'ordre du socialisme dit réel.

L'expérience de cet événement nous montre jusqu'à quel point la puissance légitimante est une pièce maîtresse dans l'ordre social. Que tout ordre fonctionne pour autant que sa légitimité est acceptée. De sorte qu'une idéologie est une puissance légitimante, pour autant qu'une communauté sociale vit dans l'éclipse de la raison.

### 3) *L'Etat et le constitutionnalisme*

Certains théoriciens pensent que l'Etat de droit apparaît avec le mouvement constitutionnaliste. Ils font donc remonter le phénomène de l'Etat de droit à l'indépendance des Etats Unis et à la Révolution française. Cette thèse est particulièrement problématique, non seulement du point de vue historique, mais compte tenu de ce que nous observons dans les temps présents de par le monde. En effet, nous constatons que la presque totalité des Etats actuellement existants ont des constitutions, et que cela n'empêche nullement le règne de l'arbitraire dans la plupart d'entre eux. Il s'avère dès lors nécessaire de faire une différence entre l'Etat de droit et le phénomène constitutionnel.

Dans son principe l'Etat de droit présuppose d'un côté, le fait que le Prince n'est pas au-dessus de la loi, et de l'autre, le fait que le gouvernement est responsable devant le Parlement : les représentants du peuple. Pour cette raison il nous semble plus adéquat de faire remonter l'Etat de droit à la Révolution anglaise (1688-1689). C'est, en effet, à cette époque que le nouveau Roi<sup>82</sup> accepte le *Bill of Rights* qui avait été demandé par le Parlement, dès 1628.

La norme fondamentale peut, quant à elle, entériner ou non l'exigence d'un Etat de droit, ainsi que ses dérivés, et donc, non seulement la suprématie du droit et de ses principes, mais aussi le phénomène de la légitimation populaire. En effet, l'Etat de droit présuppose aussi la responsabilité du gouvernement devant le Parlement. Par conséquent la responsabilité de l'exécutif devant le législatif : les représentants de la volonté populaire.

En d'autres termes, l'exécutif est soumis au contrôle de cette puissance nomothétique qu'est le pouvoir législatif. Bien évidemment, d'après les principes, cette puissance elle-même est, selon la logique de cet ordre, l'expression de la volonté populaire. Mais, la souveraineté populaire - laquelle s'exprime selon la règle de la majorité - présuppose la liberté de ceux qui la déterminent.

L'existence d'une constitution ne garantit donc pas l'émergence d'un Etat de droit et d'un ordre démocratique. Il y a en effet des constitutions qui conditionnent l'existence des pouvoirs où la légitimation ne provient pas de la souveraineté populaire et de la liberté individuelle qui sont son assise fondamentale, mais plutôt de l'existence d'un Parti et de son idéologie.

Au sens strict du terme la Constitution doit contenir en quelque sorte aussi bien les règles qui conditionnent le fonctionnement du pouvoir, que les conditions même de sa légitimité. Et plus précisément, de la légitimité juridique, politique et axiologique. En ce qui concerne cette problématique, il faut tenir compte du fait que la légitimité juridique renvoie à la suprématie du nomos et à celle des principes qui conditionnent l'existence d'un ordre social donné.

Nous avons déjà signalé le fait qu'il faut faire une différence entre la Constitution et ses principes. Mais ceci n'implique pas qu'il soit nécessaire de faire une séparation totale. En effet, la Constitution renvoie à ses principes et les contient en quelque sorte. De plus, ces principes peuvent ne pas être contenus dans un texte très précis, car la dimension axiologique n'est pas entièrement saisissable. Elle se manifeste à travers les grands principes et leur interprétation reste en dernière instance liée à la substance éthique d'une communauté et au niveau de la conscience morale de sa minorité pensante.

C'est ainsi qu'en France, par exemple, la Constitution de 1958 renvoie non seulement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946, mais aussi aux "principes reconnus par les lois de la République", aux "principes généraux du droit", et "aux objectifs de valeur constitutionnelle".

Il faut remarquer, en ce qui concerne cette problématique des principes, que l'ordre social de la France est donné en quelque sorte par ces mêmes principes. En effet, les principes généraux

---

<sup>82</sup> Guillaume III d'Orange ou James II ???

donnent une société où la liberté individuelle et l'indépendance juridique sont garanties ; mais ils donnent aussi la dimension de l'économie mixte (Préambule de la Constitution de 1946) et le caractère permanent de son élite administrative. Ceci, par le principe de la continuité du service public, admis par les "principes reconnus par les lois de la République".

La Constitution contient aussi, comme nous venons de le signaler, les principes de la légitimité politique ; plus précisément de la légitimation populaire. Les règles de la réalisation de cette légitimation sont données par la Constitution. Les principes sur lesquels s'appuient ces règles sont ceux de la liberté individuelle et de la souveraineté populaire. De sorte que la loi de la majorité se manifeste comme critère de légitimation du droit et de l'Etat.

La légitimité axiologique, quant à elle, se trouve exprimée dans les Constitutions soit par les deux formes précédentes, soit par la reconnaissance des principes d'ordre universel. Généralement, cette dimension se trouve médiatisée par les idéologies. Plus précisément par les représentations de l'intérêt général et qui sont, en réalité, les instruments de l'intérêt de ceux qui contrôlent le pouvoir.

Cela dit, d'un point de vue immédiat, la norme fondamentale est la norme de production des autres normes. En d'autres termes, la Constitution donne le mode de production des autres normes, ainsi que les critères de réception et de délégation. On peut aussi exprimer cette problématique en disant que la norme fondamentale autorise la production, la reconnaissance et la délégation des normes inférieures. Il est alors question de production directe et indirecte.

La production directe concerne les lois, les dispositions réglementaires<sup>83</sup> et les décisions des tribunaux. La production indirecte, par contre, renvoie aux normes reconnues et aux normes produites par délégation. Les normes reconnues sont celles issues, soit des Accords internationaux, soit celles produites par la coutume. Les normes produites par délégation sont celles des puissances nomothétiques, cas notamment des Etats particuliers à l'intérieur d'une structure fédérale. La Constitution fédérale indique, à ce niveau-là, la production adéquate, c'est-à-dire le domaine, l'organisme compétent et la procédure établie.

De sorte que la validité de l'Etat et des normes juridiques dépend de la Constitution. On peut exprimer cette problématique d'une autre manière en disant que la validité de l'ordre institutionnel dépend de la norme fondamentale. Mais, cette norme tire, à son tour, sa validité de l'efficacité de la puissance étatique.

Ceci veut dire, par conséquent que - en ce qui concerne le rapport entre l'Etat et la norme fondamentale - l'Etat tire sa validité de la Constitution et que cette norme est conditionnée dans sa validité par l'efficacité du pouvoir ultime. Ainsi, la source de la validité de l'ordonnement juridique, dépend de l'efficacité du pouvoir étatique.

C'est donc l'efficacité de l'Etat qui semble être le fondement de la validité du droit. En tout cas c'est l'opinion de ceux qui croient que le droit dépend de la force du pouvoir ultime. Ce qui est une réduction hautement problématique et qui équivaut à soutenir que la raison du droit dépend de la force. Ou, pour paraphraser le célèbre jugement de Trasimache : la loi est l'expression des intérêts de ceux qui gouvernent !

En d'autres termes, cette interprétation équivaut à faire fi de toute la dimension de la légitimité. D'ailleurs, la logique concrète de ce rapport nous montre que l'efficacité du pouvoir dépend en dernière instance de sa légitimité. Par conséquent, la norme fondamentale n'est pas le support effectif du pouvoir ; ce support se trouve plutôt dans l'instance de la légitimité. La Constitution est ainsi une pièce maîtresse dans la manifestation de la moralité qui s'objective dans l'Etat, mais elle n'est pas la pièce fondamentale. C'est la raison pour laquelle l'existence d'une norme fondamentale n'est pas une garantie d'une dimension universalisante au niveau du pouvoir. Cela dit, la Constitution en est une dimension indispensable, mais non pas la condition essentielle.

Le rôle précis de la norme fondamentale se dévoile dans les matières constitutionnelles, lesquelles peuvent être ramenées à quatre points essentiels : 1) la structure de l'Etat, 2) les

---

<sup>83</sup> Il faut remarquer toutefois qu'au sens strict du terme, par rapport à la loi, les règlements du pouvoir exécutif sont des dispositions déléguées.

mécanismes électoraux, 3) les libertés individuelles, et 4) les techniques de production normative.

Le premier point, la structure de l'Etat, renvoie principalement aussi bien aux droits et aux devoirs de ceux qui détiennent les charges publiques, ainsi qu'à la séparation et à la distribution des pouvoirs.

Le deuxième point concerne d'un côté, l'électorat actif et passif, et de l'autre, les formes des élections.

Le troisième point des matières constitutionnelles est le phénomène de la garantie des libertés individuelles. Ces garanties tendent à être présentées sous la forme d'un "Bill of Rights". Puis, en quatrième lieu nous trouvons non seulement les techniques pour modifier le texte constitutionnel, mais aussi le mode de production adéquat des normes valides.

Les matières constitutionnelles nous montrent, par conséquent, que la validité de l'Etat et de l'ordre juridique dépend de la Constitution. Ceci, parce que c'est la norme fondamentale qui donne la logique de l'ordre du pouvoir social et de son droit. Mais, cette validité de la norme fondamentale dépend de l'efficacité du pouvoir. Donc, en dernière instance, de sa capacité de produire, d'imposer et d'exécuter la loi. Mais, c'est le système de valeurs socialement reconnu qui maintient le pouvoir dans son effectivité.

De sorte que la Constitution se trouve en rapport avec une réalité sociale déterminée et avec un système de valeurs déterminé. C'est ce système de valeurs qui oriente l'ordre institué et lui sert de raison légitimante. En d'autres termes, c'est le système de valeurs qui est la pièce maîtresse d'un monde social donné, voire de l'ordre de la communauté humaine en tant que tel. Car, au niveau international nous avons aussi affaire à un ordre ayant un système de valeurs comme puissance agglutinante.

Il résulte dès lors que la norme fondamentale est en quelque sorte une médiation entre le système de valeurs qu'elle exprime et l'ordre institutionnel qu'elle régule. Pour cette raison, la constitutionnalité des lois n'est pas une exigence axiologique, mais plutôt une condition de cohérence d'un système juridique donné. En d'autres termes, ce n'est pas par la lutte pour la constitutionnalité des lois - voire de la possibilité de saisie du Conseil Constitutionnel de la part du peuple -- qu'une communauté sociale donnée peut surmonter l'immoralité objectivée dans son ordre institutionnel. Le rôle de la Constitution est précisément de réguler et de garantir l'ordre social, dont elle est la plus haute expression normative.

Par conséquent, le respect de la Constitution, ainsi que le contrôle de la constitutionnalité des lois, ne sont pas les conditions en vue de la réalisation d'une communauté d'égaux, mais bien plutôt des conditions nécessaires au maintien d'un ordre social donné. Cet ordre social peut, en effet, garantir constitutionnellement le privilège de ceux qui contrôlent le pouvoir. C'est ainsi qu'une Constitution peut garantir la stabilité et la permanence de l'élite administrative, donc les privilèges de la nomenklatura et plus précisément, de ceux qui monopolisent la chose publique. Cette garantie implique dès lors que les privilèges de cette caste sociale sont constitutionnellement protégés. Cela fait que les serviteurs du social, tendent à se transformer en maîtres de la société.<sup>84</sup>

En d'autres termes, la Constitution peut être l'instrument qui garanti l'existence d'une société égalitaire et nivelée, comme elle peut assurer les privilèges de la minorité qui monopolise l'espace du pouvoir. C'est ainsi que les principes de la permanence et de la continuité du service public, en se cristallisant dans les Constitutions ont donné naissance au nomenklaturisme. Cela de la même manière que les principes de l'isonomia et de l'isocratia tendent à être les fondements d'une communauté sociale d'égaux.

Le phénomène du nomenklaturisme montre jusqu'à quel point les normes fondamentales sont l'expression d'une vision du monde, d'un système de valeur donné. L'idée se normativise, puis elle s'objective dans un ordre social donné. C'est ainsi que l'idée hégélienne de la classe universelle qui a dans sa destination l'universel pour soi et qui est chargée des intérêts généraux, se transforme par le biais constitutionnel en continuité du service public et par

---

<sup>84</sup> Ainsi le « civil servant » se transforme en « un civil master ».

conséquent en ordre nomenklaturiste. De sorte que l'intérêt des permanents est place plus haut que ceux du peuple et de l'ensemble du social.

La nomenklatura se transforme ainsi dans cette caste qui croit que la raison universelle est le produit de sa réflexion. Le monde apparaît ainsi, dans ses formes les plus radicales, comme l'objet de sa manipulation. Mao disait, à ce propos, que le peuple chinois était une feuille blanche... Comme on sait, cette prétention a eu l'insigne honneur d'élever l'horreur à sa suprême manifestation. L'horreur qu'elle a produite, en tous cas, n'a d'égal que celle qui fut le résultat, dans la passé historique, de l'obscurantisme religieux.

#### **4) L'Etat, la "res-publica" et l'économie**

Comme nous l'avons souligné, le rôle fondamental de l'Etat est la production et l'administration du droit. Mais l'Etat ne peut pas être réduit à cet ensemble d'organes capables de produire, imposer, administrer et exécuter la loi. En effet, ces fonctions ne sont possibles que parce qu'il y a un support matériel, susceptible de permettre à ceux qui exercent ces tâches de pouvoir les réaliser pleinement sans être détournés de leur activité par la lutte pour la satisfaction de leurs besoins.

Ce support matériel est au sens premier du terme la chose publique. Il correspond, dans cette dimension, à ce que nous appelons actuellement le budget de l'Etat. Par rapport à cette masse de richesses<sup>85</sup> il s'agit de savoir tout d'abord : 1) quelle est sa provenance, et 2) comment doit elle être prélevée et allouée.

En ce qui concerne la première question, il est très important de comprendre que l'Etat ne crée aucune richesse matérielle. Ses moyens proviennent de la société civile. A ce propos, A Smith rappelle au Prince que ce n'est pas lui qui donne à manger au peuple, mais que c'est plutôt le peuple qui assure sa subsistance. En l'occurrence il faudrait plutôt parler, pour ce qui est la dimension factique du pouvoir, de faste et de consommation ostentatoire.

En tous état de cause, c'est la société civile qui produit ces richesses. De plus, elles ne constituent pas la totalité de ce qui est produit annuellement, mais une partie plus ou moins importante. L'Etat doit donc prélever une partie des richesses produites par la société, en vue d'assurer son fonctionnement. En ce qui concerne cette différence entre l'Etat et la société civile il est très important de saisir que nous avons affaire non seulement à une manifestation de la loi des contraires, mais aussi à une division pour ce qui est de la production des valeurs. L'Etat produit les normes, tandis que la société civile produit les biens matériels. Mais, comme nous l'avons souligné jusqu'ici, la production nomothétique est une activité dominante, car elle conditionne et encadre la production matérielle.

Cela dit, les prélèvements opérés par l'Etat ne se réduisent pas à la seule constitution de ce que nous appelons le budget d'une nation. En effet, dans le sens général du terme la *res-publica* n'est pas uniquement constituée de ce budget, il faut aussi inclure le budget de la sécurité sociale<sup>86</sup>. Par conséquent, l'Etat ne prélève pas seulement en vue d'assurer son propre fonctionnement mais aussi à fin d'aider ceux qui sont dans le besoin.

A vrai dire, il n'y a pas de règle quant à la proportion d'un budget par rapport à l'autre, dans l'ensemble de ce qu'on appelle actuellement les prélèvements obligatoires. Ce que nous constatons c'est le fait que tout Etat dédie une partie plus ou moins importante de ce qu'il prélève à subventionner le social. Bien évidemment, plus un Etat est soucieux du bien être général, plus son budget social est important par rapport à celui qui est destiné à son propre fonctionnement.

Mais avant d'aller plus loin dans la réflexion de cette différence et d'approfondir sa nature, regardons le problème de la constitution et de l'allocation de l'ensemble des ressources prélevées par l'Etat. Tout d'abord, constatons qu'il ne peut pas y avoir de rapport d'égalité en ce qui concerne les prélèvements. En effet, tout le monde ne peut pas payer la même quantité. Il y a

<sup>85</sup> Cette somme est dans le budget prévisionnel de 1990, en France, de 1.218 milliards de francs.

<sup>86</sup> Actuellement ce budget est, en France, de l'ordre de 1.400 milliards de francs. L'ensemble de ces budgets constitue 48,8% du PIB de la nation.

dès lors, nécessairement, un rapport d'inégalité en ce qui concerne les prélèvements. En effet, les riches doivent participer d'une manière plus significative à la formation de la chose commune que les pauvres. C'est la règle de la justice contributive. Pour cette raison les impôts directs sont plus justes que les impôts indirectes. Dans la fiscalité indirecte, en effet, riches et pauvres payent la même chose. Or, même une petite somme est importante pour le pauvre, alors qu'elle est insignifiante pour le riche.

Il s'avère alors évident que dans la société, plus précisément, l'ordre institué est juste lorsqu'il tient compte de cette différence. Il prélève, par conséquent, selon un critère d'inégalité et non pas selon un critère d'égalité. C'est d'ailleurs pour cette raison que la révision de la taxe locative en Grande-Bretagne a suscité dernièrement<sup>87</sup> tant d'émoi et de révolte. Selon la nouvelle mouture, en effet, l'imposition locative devra être payée non pas en fonction de la surface et des commodités, mais selon le nombre de personnes qui y habitent. Ainsi la personne fortunée vivant seule dans un très grand appartement, voire dans un château, paiera moins d'impôts que la famille nombreuse qui s'entasse dans un espace très réduit.

Pour ce qui est de la constitution de la chose publique, la justice veut, par conséquent, que le mode de prélèvement soit fait de telle sorte que les citoyens participent en fonction de la capacité économique, et non pas selon un critère d'égalité. De plus, c'est précisément ce même critère qui détermine la distribution et l'allocation de la chose publique. Il faut rappeler, à ce propos, qu'Aristote avait fait référence à cette problématique. Il nous dit, en effet, que la justice distributive concerne la chose publique et que par rapport à elle la relation doit être d'inégalité. Il nous a donc souligné la logique juste dans ce rapport, tout en nous rappelant que la justice consiste en traiter ce qui est égale selon le critère de l'égalité, et l'inégal selon sa propre détermination.

Cela dit, en ce qui concerne la distribution de la chose publique, il faut rappeler qu'elle renvoie à deux domaines différents : celui du budget destiné aux dépenses de fonctionnement et celui du budget des dépenses sociales. Pour ce qui est du problème de la fonction publique, il est tout d'abord évident que tout le monde ne peut pas y accéder en même temps ; et de plus, dans la société juste, l'accession à ces fonctions doit être conditionnée par les critères les plus appropriés à la finalité axiologique de l'Etat. Il s'agit, par conséquent, d'une minorité qui y accède, selon les critères que nous venons de mentionner.

En effet, comme il a été souligné à maintes reprises, cette accession aux fonctions publiques, ne peut être, selon la logique d'un ordre juste, que temporaire. Le problème fondamental, en ce qui concerne cette problématique, est que la chose publique ne doit pas être l'objet d'appropriation ou de monopole par une clique quelconque. Selon la logique d'un système démocratique, les représentants du peuple (l'élite politique) choisissent selon des critères appropriés les responsables de l'administration publique et participent à la constitution de son ensemble. De sorte que l'élite administrative dépend de l'élite politique et est conditionnée par sa temporalité. Aristote nous rappelle de plus, à ce propos, qu'il s'agit d'organiser les institutions de telle sorte que les fonctions publiques ne puissent jamais être une source de profit.

Tout cela nous mène à dire que selon les principes, les dépenses de fonctionnement doivent être limités, en vue de permettre à l'Etat de jouer le rôle social qui est inscrit dans sa finalité éthique. En d'autres termes, un ordre juste est celui dans lequel les dépenses sociales sont supérieures aux dépenses de fonctionnement. Par conséquent, la partie des prélèvements obligatoires destinée aux subventions sociales, doit être supérieure aux dépenses administratives. En ce qui concerne cette problématique il est très important de ne pas confondre mes dépenses avec le budget. En effet, les dépenses sociales ne sont pas identiques au budget, car une partie plus ou moins importante de ce budget est destinée à des dépenses strictement bureaucratiques.

Il s'avère dès lors que le problème essentiel de la constitution d'un ordre social juste est celui de limitation de l'Etat. Il s'agit, par conséquent, non seulement de limiter l'Etat avec le droit, mais aussi de limiter son poids et son rôle économique. Pour ce qui est de la limitation de son poids, il est évident que le rôle axiologique de l'Etat, n'est pas de maintenir une bureaucratie pléthorique et parasitaire.

---

<sup>87</sup> Début 1990

En ce qui concerne le rôle économique de l'Etat, il est naïf de croire que les entreprises du secteur public contribuent au nivellement et à la justice sociale. Socio-économiquement parlant, le rôle de ce secteur est d'élargir l'espace réservé à la nomenklatura, ou tout simplement à la clientèle des parties au pouvoir. Pour cette raison il apparaît clairement que le but éthique de l'Etat ne précise pas l'accroissement des dépenses de fonctionnement. Les dépenses sociales, par contre rentrent pleinement dans ce but. En effet, la finalité axiologique de l'Etat se manifeste à deux niveaux : la production du droit juste et le nivellement social. C'est cette double dimension que nous appelons la justice sociale.

Cela dit, revenons au problème de la répartition des dépenses sociales. Comme nous l'avons souligné, c'est en fonction de l'inégalité que cette redistribution se fait. Le critère fondamental est celui des besoins. Il s'agit, dès lors d'accorder ces subventions à ceux qui sont dans le besoin et non pas à ceux qui n'y sont pas. Pour cette raison le critère de distribution des allocations familiales en France, s'avère particulièrement problématique. En effet, ces allocations sont données à toutes les mères de famille en fonction du nombre d'enfants et quel que soit le niveau des revenus. Par conséquent, avec le même nombre d'enfants, la femme fortunée reçoit autant que la femme abandonnée et au chômage. Comme on peut aisément le comprendre, il s'agit là, d'une pratique absurde et injuste. De plus, elle met en jeu des sommes considérables, puisque les allocations familiales sont presque deux fois plus importantes que les allocation chômage.

En ce qui concerne ces budgets, il est évident, que selon la logique axiologique dont il est question ici, ils doivent être gérés par des représentants du peuple. La fonction de la redistribution ne peut pas être confiée, comme c'est le cas en France, à des forces extérieures au contrat social, comme sont les syndicats. Ceci est d'autant plus vrai que la redistribution des richesses est une fonction essentielle de la dimension éthique de l'Etat.

En effet, l'Etat atteint la finalité axiologique qui est la sienne, non seulement à travers la production et l'administration d'un droit juste, mais aussi dans et par la redistribution des richesses. Le nivellement social est précisément la condition essentielle de la formation de cette communauté d'égaux dont parlait déjà Aristote. Cette communauté d'égaux étant le but pratique et le devenir nécessaire de l'Etat éthique. De plus, une telle finalité ne peut pas être atteinte sans la réalisation concrète de la justice sociale.

L'expérience démontre d'ailleurs que les sociétés d'extrême inégalité, sont les sociétés où les principes d'ordre universel n'ont pas cours. Ce sont, plus précisément, des sociétés où les principes de la justice sociale sont pervertis tantôt par la ruse, tantôt par la violence de la domination. Dans ces conditions le but de l'Etat n'est pas le bien être de la communauté sociale dans sa totalité, mais le bien être de ceux qui contrôlent les pouvoirs réels.

### **5) L'Etat et les partis politiques**

La *politeia* - c'est-à-dire L'Etat -, est la manifestation de l'espace public dans le règne de la société. Nous avons dès lors affaire à ce sommet de pyramide sociale qui s'oppose à l'Unité supérieure des structures communautaires.<sup>88</sup>

Comme nous l'avons souligné jusqu'à présent, l'Etat et l'objectivation de la moralité (objective) qui lui est consubstantielle, présuppose un niveau plus ou moins important d'individuation. Nous pouvons, par conséquent, introduire la différence fondamentale entre les Etats qui ont un niveau d'individuation parcellaire et ceux dont le phénomène de l'individuation est généralisé. Car, il faut tenir présent à l'esprit qu'entre l'Etat gréco-romain, où seuls les hommes libres étaient individualisés, et l'Etat moderne où ce phénomène est généralisé, il y a une différence fondamentale.

Cela dit, nous avons affaire, dans ces deux cas, à un phénomène essentiellement identique. En effet, les catégories propres à la *politeia* tendent à s'universaliser dans le monde moderne, car le niveau d'individuation y est généralisé. C'est ainsi qu'avec l'apparition de la *politeia*, dans la

---

<sup>88</sup> Nous reprenons ici la différence établie par le sociologue Ferdinand Toennies (1887), entre communauté et société.

société grecque, nous assistons déjà à la manifestation du poly-élitisme. Ce qui s'oppose, par conséquent, au monoélitisme propre au règne de la communauté.

De ce point de vue, la politique se présente comme le savoir qui se rapporte à l'existence et à la coexistence de plusieurs élites du pouvoir. En effet, les élites du pouvoir veulent la même chose, se proposent la même finalité : le contrôle de l'espace public. C'est ce vouloir que nous appelons volonté de domination.

Il a fallu, par conséquent, trouver des règles pour éviter les conflits entre les élites du pouvoir. Car, dans le cas contraire, l'ordre social polyélitiste serait impossible. L'absence de ces règles est ce que nous appelons l'anomie, laquelle conduit nécessairement à l'anarchie ; à l'acratisme.

De sorte que c'est un ensemble de règles qui permet l'existence d'un ordre social. Cet ensemble de règles implique au niveau politique le règne du *nomos* qui assure le rapport entre les élites. En d'autres termes, c'est la normativité fondamentale qui permet l'existence d'un *cratos* qui s'oppose à la force brute et au règne de l'arbitraire.

Dans la *politeia* en voie de formation les mouvements politiques ne sont pas forcément constitués ne partis. Les virtualités du corps social y sont plutôt liées à des grandes personnalités. Ce n'est qu'avec le développement de l'individualisme que les partis politiques apparaissent comme des déterminations essentielles du corps social.

Ce développement implique aussi bien la consolidation de l'*isonomia*, comme la progression dans le domaine de l'*isocratia*. De sorte que c'est à l'intérieur de ces déterminations que les partis politiques se manifestent.

Dans la forme inférieure de la *politeia*, le phénomène politique était plutôt transparent. Le pouvoir politique oscillait essentiellement entre la tendance oligarchie et la tendance démocratique. L'oligarchie était la conséquence de l'accord entre les grandes personnalités. Lesquelles gouvernaient essentiellement en vue de leur propre bien être. La démocratie, par contre, présupposait non seulement le roulement des élites, mais aussi l'alternance pure par rapport à l'espace public. En principe cette forme de gouvernement s'opposait à la précédente dans le but de son action. A la différence de l'oligarchie, la démocratie était sensée oeuvrer en vue du bien être des membres de la communauté sociale : des citoyens.

Bien évidemment, c'était la raison exprimée, mais pas le but effectif. Dans la réalité, chaque élite cherchait à profiter de sa position dominante. Le discours du bien être général, la démagogie, n'était que l'appât pour créer, comme on dit, l'envie de mordre. Car c'est au nom de ce but axiologique qu'une élite donnée avait des chances d'accéder au pouvoir. L'abus de la chose publique ne pouvait, par conséquent, que donner naissance à la dictature. Donc à l'état d'exception que permettait l'assainissement de l'ordre social. Cet action d'assainissement était, comme on sait limitée dans le temps et impliquait essentiellement la suppression des privilèges juridiquement garantis.

Dans ce contexte, il est clair que la dictature jouait un rôle régulateur au sein de la structure polyarchique. Elle permettait, en effet, la continuité de son être, le maintien de sa propre logique. Ce n'est, d'ailleurs pas un hasard si la dictature était elle même prévue par la normativité fondamentale. Son rôle était d'éviter tout glissement par delà l'horizon de la civilisation. L'existence de la *polis* ou la *civitas*, exigeait précisément le maintien d'un tel ordre.

Dans le monde moderne la régulation sociologique de l'espace public se réalise par le biais du pluripartisme. Mais, l'existence du pluripartisme n'exclut pas la disparition de la différence fondamentale au sein du polyélitisme. Plus précisément, la différence entre l'oligarchie et la démocratie. L'individuation généralisée a introduit des différences dans ces déterminations, mais n'a pas fait disparaître les manifestations différenciées au sein du polyélitisme.

L'individuation généralisée implique un niveau plus ou moins accompli de l'*isonomia*. En effet, dans les sociétés modernes, dites de démocratie libérale, nous constatons le fait que certains sujets sont plus sujets que d'autres. Nous ne constatons pas, en effet, une *isocratia* accomplie. Laquelle est le but d'une forme supérieure de *politeia*. En d'autres termes, l'individuation généralisée a secrété le suffrage universel, mais elle n'a pas permis la réalisation pleine de l'*isocratia*.

De sorte que l'existence du suffrage universel, a pu faire croire aux théoriciens que ce phénomène implique la démocratie elle-même. En d'autres termes que la démocratie représentative est la seule démocratie viable dans les structures sociales importantes et complexes de notre époque. On croit dès lors que la démocratie représentative est pour ainsi dire la forme complexe de la démocratie directe.

Pour ce qui est de la démocratie représentative, Alain Touraine nous dit : « la démocratie n'est solide que quand elle est représentative, c'est-à-dire quand les partis sont subordonnées aux demandes sociales, qu'ils traduisent dans l'ordre de la loi<sup>89</sup>. » En d'autres termes, la démocratie implique l'existence des partis politiques au service du peuple : traduisant en loi ses demandes. Or, nous constatons que de par le monde il y a peu de partis politiques qui ne se réclament pas d'une telle pratique. En effet, à partir du moment où il y a pluripartisme, à partir de ce moment le pouvoir est forcément représentatif. Mais, de là à soutenir que tout pouvoir représentatif défend les intérêts des gouvernés, c'est exprimer un jugement qui nous paraît hautement problématique.

Il faut être, en effet, conscient que le système représentatif est un phénomène très général dans le monde moderne. Cela est dû au fait que le niveau d'individuation est de plus en plus important à l'époque moderne. Mais, ce fait ne doit pas nous conduire à en déduire que le système représentatif est la manifestation même de la démocratie. La généralisation du système représentatif est la conséquence même du développement de l'individualisme. De sorte que dans ses formes les plus accomplies, l'individuation généralisée produit le suffrage universel, ou ce qui peut être considéré comme sa virtualité essentielle : le système représentatif.

Ainsi, le suffrage universel est l'assise fondamentale des systèmes représentatifs tels que nous les connaissons actuellement. Cela dit, le système représentatif, dont il est question ici, implique la liberté de vote. Les systèmes de pouvoir où ce droit n'existe pas, et où les élections font partie du rituel bureaucratique, sont des ordres institués qui se situent par delà l'horizon du droit et de l'objectivation de la moralité. Dans ces structures sociales le pouvoir oblige le peuple à le légitimer par le biais des élections. Pour cette raison nous ne pouvons pas parler, en l'occurrence, de système représentatif.

Il faut aussi exclure de la logique de ce système, les pouvoirs qui sont issus d'un pacte oligarchique, comme cela se passe dans certains pays latino-américains. Les sociétés hautement individualisées de notre temps - donc, celles qui sont produites de la modernité - sont des sociétés où le suffrage universel peut jouer un rôle régulateur. Le système y est, par conséquent, d'ordre représentatif. Mais, cette logique n'exclut pas la dimension oligarchique dans certains ordres institutionnalisés.

De sorte que la dimension oligarchique du pouvoir peut coïncider avec le système représentatif issu du suffrage libre et universel. Et donc que le système représentatif peut être soit oligarchique, soit vraiment démocratique. En d'autres termes, nous pouvons dire aussi que tout système représentatif n'est pas forcément démocratique. Par conséquent, à la différence de certains théoriciens - comme Alain Touraine, parmi tant d'autres -, nous ne saisissons pas la démocratie comme le résultat d'une certaine volonté de la part de l'élite politique, mais plutôt comme un phénomène objectif : un régulateur sociologique.

Pour saisir concrètement cette différence, nous devons tenir compte du fait que le système représentatif implique le pluripartisme. Pour éviter toute dispersion dans l'ordre de la conceptualité du discours, nous allons laisser de côté le problème du niveau d'individuation et du caractère même du suffrage. Lequel, comme on sait, peut être plus ou moins universel.

C'est avec le pluripartisme que le système représentatif se concrétise. Le pluripartisme étant lui-même la manifestation du polyélitisme ; donc, de la nécessité d'une certaine alternance des élites du pouvoir. Comme nous l'avons vu dans le chapitre "Droit et Pouvoir", la démocratie ou la loi de l'alternance est précisément cette puissance de régulation sociologique qui assure la circulation des élites. Plus précisément qui, dans sa forme accomplissante, empêche toute forme de monopole de la chose publique, par une clique quelconque.

---

<sup>89</sup> « Le Monde », 17-02-89

Nous allons, par la suite réfléchir d'une manière plus précise, sur le rôle des partis politiques, dans ce processus de régulation. Ceci, tout en tenant compte que les partis politiques sont la manifestation la plus concrète de la nécessité d'alternance. Suivant cette logique nous pouvons, des lors, dire que les partis politiques sont la manifestation du polyélitisme et, par conséquent, de la nécessité d'une certaine forme d'alternance dans l'espace du pouvoir.

Du point de vue immédiat, au niveau des individualités, ce mouvement de l'alternance est mû par la volonté de réussite et de domination. En effet, toutes les élites du pouvoir veulent la même chose : accéder au contrôle de la chose publique, l'espace de la domination. Cette volonté est surtout effectivité pure au niveau des grandes personnalités. Mais, ces personnalités ne peuvent pas réaliser le but de leur action toute seule. Elles ont besoin pour cela d'être secondées par une clientèle plus ou moins nombreuse.

C'est donc dans la forme d'alternance que se situe la différence entre les régimes démocratiques proprement dits, et les régimes oligarchiques. En effet, il est important de constater que l'existence du suffrage universel n'exclut pas l'existence de la variante oligarchique. De sorte que l'individuation généralisée secrète le suffrage universel. Mais, ce système électoral ne produit pas nécessairement la démocratie dans sa dimension universalisante.

Dans l'univers individualiste le peuple est la source de la légitimité. Le suffrage universel est précisément la manifestation concrète de cette nécessité et de celle de l'alternance inhérente au polyélitisme. Se pose dès lors la question de savoir quelle est la couche sociologique où se produit cette alternance. Or, comme nous le savons cette couche est précisément l'élite du pouvoir.

Par rapport à cette problématique il faut savoir : premièrement, que l'élite du pouvoir est composée de deux instances sociologiques bien précises. D'un côté, l'élite politique, et de l'autre l'élite administrative. Deuxièmement, que les sujets de l'alternance - les individualités composant la communauté sociale - peuvent être tantôt gouvernants, tantôt gouvernés. Aristote nous dit à ce propos que dans un gouvernement populaire les citoyens doivent nécessairement avoir accès à tour de rôle aux fonctions de gouvernants et à celles de gouvernés.

De sorte que le principe de l'alternance pure implique le fait que le changement produit par les élections, doit se réaliser aux deux niveaux de l'espace du pouvoir. Par conséquent, lorsque cette régulation sociologique ne concerne qu'une seule de ces instances, nous avons affaire à un régime oligarchique. Dans le cas contraire nous avons plutôt affaire à un système populaire, c'est-à-dire un régime purement démocratique.

Dans leur rôle sociologique les partis politiques ne font qu'exprimer la logique du système dont ils sont la manifestation. C'est ainsi que dans les systèmes proprement démocratiques, les partis politiques fonctionnent essentiellement dans le but d'assurer l'alternance. Dans ces conditions l'objectif essentiel de toute élite politique, dans la conquête du pouvoir, est d'assurer la satisfaction d'une clientèle plutôt importante. De là l'allure de fête politique, à l'occasion des grands meetings électoraux, qu'on peut constater dans les pays où existe ce principe de l'alternance effectives. La vie politique des Etats-Unis est, à ce niveau là, un exemple significatif.

Par contre, dans les régimes oligarchiques les partis politiques sont l'instrument de reproduction de la nomenclatura. Comme nous l'avons déjà souligné, dans ces structures l'élite administrative est composée de permanents. De sorte que cette élite tend à se transformer, selon ses tendances à tour de rôle, en élite politique. Pour cette raison il est problématique de parler, en l'occurrence, d'alternance. Il faut plutôt parler de roulement de l'élite du pouvoir en elle-même. Nous constatons précisément cette transformation de l'élite administrative en élite politique, dans le cas de l'ordre institutionnel actuellement existant en France. C'est ainsi que les cadres produits par l'Ecole Nationale de l'Administration, constituent, de nos jours, la partie essentielle de l'élite politique nationale. Dans le cas de la France moderne, cette transformation s'est produite dans un temps relativement court. L'Ena fut fondée, en effet, en 1946. Depuis lors les énarques ont non seulement accaparé les hautes fonctions administratives de l'Etat, mais constituent le bloc le plus important de l'élite politique. Pour cette raison il est question, dans la réalité française actuelle, d'un Etat énarque.

Dans les républiques et les monarchies oligarchiques de notre temps, nous constatons ce phénomène du monopole de la chose publique par une minorité de plus en plus fermée et tendant à l'autoreproduction d'elle-même. Cette *étrangérisation* des seigneurs de la chose publique par rapport au peuple, se manifeste non seulement dans la castification de l'élite du pouvoir, mais aussi dans la désaffection du politique de la part des membres de la société civile. La simple légitimation implicite dans le suffrage populaire connaît ses propres limites, précisément, dans cette désaffection.

Nous trouvons actuellement une variante du système oligarchique moderne, dans les sociétés qui sortent du socialisme réel. Le retour au pluripartisme coïncide ici avec le maintien de l'ordre nomenklaturiste, propre à des sociétés despotiques. De sorte que l'ancienne nomenklatura se maintient essentiellement en tant qu'élite administrative. Ce maintien de la base du pouvoir réel, ne peut que lui permettre la reconquête du pouvoir politique. Car, comme nous l'avons vu, l'élite administrative composée de permanents, ne peut que sécréter l'élite politique.

Mais, les limites de ce système se manifestent aussi bien dans la perversion des valeurs propres à la société individualiste, comme dans la surcharge improductive qu'un tel ordre implique. Cette dérive négative ne peut que provoquer, tôt ou tard, la révolte contre sa manifestation objective. De sorte que par delà l'existence de la moralité objective, se profile le devoir être d'une forme supérieure de la *politeia*. Plus précisément, d'un ordre qui assure la plénitude de l'Etat de droit : la réalisation effective de l'isonomia et de l'isocratia.

Ce règne de la communauté d'égaux ne peut être le résultat de la simple existence du pluralisme et du suffrage universel. Ces phénomènes sont consubstantiels à la démocratie effective et à l'Etat de droit. Mais la lutte pour le droit, en vue de créer une telle communauté, est la condition essentielle de ce devenir. Par rapport aux conditions des temps présents il s'agit dans cette lutte de surmonter toute forme de monopole ou d'appropriation de la chose publique. La démocratie dans sa dimension universalisante, est la condition du dépassement de ce mal dans lequel s'est perdu l'historicité des temps moderne.

En effet, les temps présents se sont perdus dans ce mal social qui s'objective dans le pouvoir oligarchique et qui trouve sa forme la plus radicale dans le système nomenklaturiste. Ce processus a été, en grande partie, la conséquence de cette croyance selon laquelle le bien être du social passe par l'augmentation des richesses mises à la disposition de ceux qui contrôlent le pouvoir. La relation d'inégalité par rapport à la chose publique - donc, le sens même de la justice distributive -, a été pervertie par l'esprit des temps modernes. Cela à tel point que le bien être des seigneurs de la chose publique s'est présenté pratiquement comme le but même de l'existence sociale. Cette perversion n'a pu être possible qu'à cause de la subversion de la raison : la démagogie a pris la place du discours axiologique.

Il y a eu aussi la croyance selon laquelle l'élite du pouvoir est composé des spécialistes du bien être social ; ce qu'il est convenu de nommer la technocratie. De telle sorte que, devant une telle « chance », les institutions doivent être organisées de manière à leur assurer et garantir la permanence à la tête de l'espace public. Par conséquent, à cette technostructure, attentive aux aspirations de la société, doivent correspondre les emplois de souveraineté, les privilèges et les honneurs dus à leur omniscience.

La sédimentation idéologique de cette perception du savoir social, a eu comme conséquence le fait que la conscience naïve croit que les technocrates sont les seuls capables non seulement de deviner les aspirations du peuple, mais aussi de connaître et indiquer la voie juste à suivre. Pour cette raison, dans les structures oligarchiques, la politique effective, le pouvoir, ne peuvent être que le domaine et la responsabilité des membres de cette élite.

Il faut remarquer que dans sa dimension purement idéologique, cette connaissance est savoir de la théorie qui conditionne la pratique. C'est ainsi que dans le marxisme pratique, la connaissance du chemin à suivre est le résultat du savoir de sa théorie ; plus précisément, de ce que le marxisme considère comme le sens de l'histoire. Par contre, dans les structures

oligarchiques dites libérales, la connaissance du logos de l'être social donné<sup>90</sup> n'est pas le résultat d'un savoir théorique quelconque, on se rend compte que ce savoir est bien plutôt un savoir adjugé, parce que non existant. Il s'ensuit que la technocratie est considéré, dans ces structures, comme étant à la fois apolitique et l'élite la plus capable de faire du politique. Le passage de l'un à l'autre de ces moments est donné par les partis politiques.

En effet, en dehors des partis, le technocrate est apolitique. Mais, il devient son contraire lorsqu'il chausse les bottes de sept lieues que lui procurent les partis. C'est d'ailleurs pour cette raison que les partis sont considérés comme les réservoirs du savoir social. En d'autres termes, dans les structures oligarchiques les partis politiques n'expriment pas une sensibilité donnée du social, mais sont plutôt des mouvements où ce qui est tenu pour un savoir social se manifeste sous la forme d'une militance. Pour cette raison ce qui compte n'est pas tellement le credo du parti, mais la fidélité au mouvement, ou à son chef.

### **6) L'Etat et la lutte pour la justice au niveau international**

Les sujets du droit international sont par définition les Etats et les institutions internationales. Par conséquent, dire que tout Etat est sujet du droit international c'est exprimer une évidence. De plus, il faut rappeler que les Etats sont par principes des entités juridiques souveraines et en tant que telles égales à toutes les autres entités du même ordre.

L'évolution du droit international mène, dès lors, à la constitution d'une communauté d'égaux. De sorte que chaque Etat possède en principe la même capacité juridique que les autres. Ce principe d'égalité n'a jamais vraiment pris corps dans la réalité comme on le sait. Dans le passé, en effet, les plus forts s'imposaient aux plus faibles. En l'absence de principe d'ordre universel certaines communautés conquérantes ont supprimé les communautés conquises pour s'approprier leur territoire et soumettre à l'esclavage les résidus des génocides.

Avec le développement de la communauté internationale est apparue la nécessité d'une société des nations, et l'émergence de principes et règles garantissant l'existence d'une telle société, en tant que communauté d'égaux. Les principes sur lesquels s'est appuyé ce mouvement sont précisément ceux de la souveraineté et de l'égalité. En ce qui concerne le premier de ces principes, il veut dire qu'un Etat est juridiquement efficace dans son propre territoire ; mais, cela n'exclut pas l'incidence de la communauté internationale sur les régimes particuliers. En effet, la souveraineté implique l'indépendance d'une société par rapport aux autres, mais l'indépendance n'exclut pas l'interdépendance.

L'indépendance dont il est question présuppose un niveau d'autonomie matérielle et normative. L'existence même d'une société des nations implique précisément le fait qu'il y a interdépendance entre les différents pays composant cette communauté. Par conséquent, l'interdépendance se situe au niveau matériel, comme au niveau normatif.

En effet, nous parlons d'interdépendance nécessaire au niveau de l'échange, car l'échange est consubstantiel à la vie sociale. Nous parlons dans le même sens d'interdépendance au niveau normatif, car la reproduction normative de l'ensemble de la communauté internationale a une incidence au niveau des sociétés particulières.

L'échange comme la reproduction normative tendent à s'objectiver dans un ordre institutionnel. Au niveau de la normativité cet ordre n'est autre que l'ensemble des institutions internationales, dont les Nations Unies sont la plus haute expression. Cette objectivation implique le fait que chaque communauté sociale particulière participe à des valeurs d'ordre universel, lesquelles se concrétisent aussi dans leur propre système institutionnel. En d'autres termes, la moralité objective tend, dans sa réalisation, à dépasser les cadres des sociétés particulières. Il est important de comprendre, en ce qui concerne cette problématique, que cette communauté des nations ne peut être fondée que sur des valeurs d'ordre universel. Donc, sur une production axiologique d'ordre rationnel. Les religiosités, peuvent bien cimenter des ordres communautaires simples, mais en aucun cas un système à dimension universelle. En effet, les

---

<sup>90</sup> Nous ne pouvons pas parler en l'occurrence, et pour cause, de logos de l'être social en tant que tel.

croyances renvoient à la substance des communautés particulières. De sorte que leur rencontre au niveau universel ne peut produire une sorte d'essence de leur différence, mais plutôt l'affrontement à mort des communautés des croyants entre elles. Chaque communauté voudrait, en effet, faire valoir ses propres valeurs.

Cela dit, l'existence d'une axiologie rationnelle s'objectivant au niveau international, implique une codétermination dikélogique des nation entre elles. En d'autres termes, la substance universelle contenue dans l'axiologie rationnelle ne se manifeste pas uniquement du particulier vers le général, mais connaît aussi nécessairement l'incidence inverse. De sorte que la lutte des Etats pour la justice au niveau international implique en même temps la codétermination axiologique des nations entre elles. Par conséquent, le principe de la souveraineté des communautés sociales n'exclut pas le droit d'intervention de la communauté des nations. Ces interventions, remarquons-le, ne peuvent être que le résultat des accords au niveau du général et non pas la conséquence d'une décision particulière. De plus, ces interventions, comme on peut le comprendre, ne peuvent être motivées que par la violation, au niveau d'une société particulière, des droits élémentaires de l'être humain, comme sont le droit à la vie et à la dignité. Ce phénomène se produit notamment en cas de crime généralisé et de génocide.

En ce qui concerne l'échange matériel, nous pouvons constater que cet échange se réalise, en général, à l'intérieur d'un cadre institutionnel. Les échanges sont nécessairement réglés, par sa forme et selon sa mesure. Au niveau international cet ordre institué n'est autre que le système monétaire international (S.M.I.).

Il s'avère, dès lors, clairement que la lutte pour la justice au niveau international se manifeste aussi bien dans le domaine de la normativité que dans celui de l'échange matériel. Cette lutte implique, en ce qui concerne la normativité, la recherche d'un ordre institutionnel sur un pied d'égalité. Ceci implique, nécessairement, l'égalité de droits entre les Etats. Par conséquent, la suprématie du principe : un Etat, un vote. Comme on le sait, cela n'est pas le cas dans la principale organisation internationale de notre temps : les Nations Unies. Certes, d'un côté, cette organisation fut le résultat d'un temps nécessiteux de l'histoire moderne, et l'autre coté, beaucoup de nations actuellement existantes sont le produit d'un Etat de fait et non pas d'un Etat de droit. Néanmoins, il faut être conscient que cet état de choses est le résultat de la nature même de l'ordre international. En effet, la perversion objectivée, au niveau institutionnel, tend à devenir en elle-même son propre principe d'action.

Cette perversion, dans les principes de l'axiologie rationnelle, se manifeste clairement au niveau du S.M.I.. Rappelons que ce système a été institué, par les Accords de Bretton Woods, en 1944. Cet ordre a remplacé le système de l'étalon or, lequel s'était effondré à la suite de la crise des années trente. Plus précisément, à la suite de la stérilisation d'une partie des excédents or des Etats Unis.

Le fait est que les deux grandes guerres mondiales avaient permis aux Etats Unis de contrôler les deux tiers de l'or monétaire circulant dans le monde<sup>91</sup>. De sorte qu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale, il était impossible de revenir à l'étalon-or. Les Accords de 1944 vont, pour cela même, instituer un système dans lequel le dollar des Etats Unis (U.S.D.) - monnaie dominante était garantie or, tandis que toutes les autres monnaies convertibles étaient elles en parité fixe au USD.

Par conséquent, l'ordre institutionnel fondé à l'époque reflétait cette suprématie. Ceci non seulement pour ce qui est de la place et du rôle des Etats-Unis dans les Nations Unies, mais aussi par son poids dans le FMI et la Banque mondiale. Mais, cette suprématie va se transformer en privilège, lorsque la garantie or du USD va être supprimée le 15 octobre 1971. Depuis lors, en effet, les USA sont le seul pays à pouvoir acheter les biens du monde avec du simple papier. Donc, sans aucune contrepartie en valeur effective. Rappelons qu'en 1987 le déficit de la balance commerciale<sup>92</sup> était de 172 milliards de USD.

<sup>91</sup> Certains spécialistes parlent de 80 % de cette masse.

<sup>92</sup> Le déficit de la balance de paiement courants fut quant à elle, cette année là, de 160 milliards USD.

Ce qui était équivalent cette année-là, a 7,3 % des échanges sur le marché international. Cet état d'asymétrie a provoqué la déstructuration des nations les plus faibles. Lesquelles se trouvent actuellement en pleine décomposition économique et en voie de cesser d'être des sujets du droit international.

En effet, l'état de banqueroute dans lequel se trouvent ces pays, fait que ces nations sont dans l'incapacité de faire face à leurs obligations : remboursement de crédits contractés, ce qui les place en situation de discrédit. Or, comme on sait la crédibilité est une des conditions de l'existence du sujet de droit, car le droit est basé sur le contrat. De sorte que l'incapacité à honorer les contrats est une cause d'incapacité juridique. Rappelons à ce propos que la personnalité est essentiellement un produit de la capacité juridique.

Par conséquent, l'absence d'égalité proportionnelle entre les nations est précisément cette perversion qui produit, à la hauteur de nos circonstances, non pas l'existence d'une communauté d'égaux, mais plutôt la restructuration de la domination au niveau international. Nous assistons, en effet, à un processus de recolonisation. Quoi que cette fois-ci ce rapport ne soit pas le produit de la conquête et de la volonté de destruction, mais plutôt de la charité internationale. De plus, ce sont les nations séjournant dans la misère à l'état pure qui sont les premières à demander à être prises en charge.

De plus, il est important de comprendre que cet état de chose n'est pas le résultat de la logique des mécanismes objectifs, comme le marché et la formation des prix, mais bien plutôt la conséquence de l'asymétrie produite par les ordres institués. Le juste et le droit nous dit Aristote est ce qui s'accorde à l'égalité proportionnelle. Il s'agit, par conséquent, d'ordonner les institutions au niveau international de telle sorte qu'elles puissent garantir une telle proportionnalité.

Or, comme on vient de le souligner, cette proportionnalité n'existe pas au niveau du SMI. Les USA possèdent, en effet, le droit d'émission de la monnaie internationale. De sorte que la mesure de ce pays, se transforme en instrument de mesure universel. Cela dit, il est important de constater que cet état de choses n'est dû ni à la force de la raison, ni à la raison de la force de ce pays. Il est plutôt le résultat de l'incapacité de compréhension de ceux qui ont voix au chapitre. Plus précisément des responsables des sujets de l'ordre international.

La règle de l'égalité proportionnelle s'avère d'autant plus nécessaire dans le champ économique que nous vivons un monde dans lequel la concurrence est très rude. De telle manière qu'il s'agit de créer un ordre qui puisse garantir l'égalité de chances entre les nations, quelle que soit leur importance territoriale ou celle de leur poids démographique. Car, comme nous pouvons le constater le bien-être des communautés sociales ne dépend pas d'une quelconque de ces données, mais bien plutôt du respect des règles qui garantissent et promeuvent la justice sociale.

Cela est vrai non seulement au niveau des sociétés particulières, mais aussi au niveau international. C'est, en tout cas, ce que nous montre la misère et la disgrâce dans laquelle s'enfoncent la plupart des nations actuellement existantes. Pour cette raison, la lutte pour la justice au niveau international, est le complément nécessaire et logique à la lutte pour la justice au niveau des communautés sociales particulières. Il est évident, en effet, que la misère secrétée par l'injustice au niveau international, ne peut que pervertir toute manifestation universalisante de la moralité objective au niveau des nations. Mais, il faut être conscient que l'objectivation de l'axiologie rationnelle n'est pas le résultat de la fortune, mais bien plutôt du niveau de conscience et de savoir des sujets de l'action. A ce niveau là, le rôle de la philosophie est de saisir la logique des institutions et de rappeler les valeurs d'ordre universel.

En effet, l'engagement de la conscience philosophique ne peut qu'être d'ordre universel, car ce savoir est essentiellement axiosophique. Pour cette raison, il est hautement problématique de croire que la philosophie n'est concrète que lorsqu'elle se compromet avec les mouvements tendant à la prise du pouvoir. C'est précisément ce que pensait Sartre. Nous savons à présent l'horreur que cette idée a produit dans les têtes et dans la réalité. Elle fut non pas l'instrument de la libération, mais plutôt le moyen terme qui a compromis la philosophie avec l'horreur des temps négatifs.

## VI. LA NEGATION DU DROIT ET DE LA MORALITE

### 1) *Le marxisme et le devenir-autre du monde*

Pour Marx le monde du capital est la manifestation de la négativité en tant que telle. Cet univers est le résultat d'un processus dans lequel il y a d'un côté, accumulation de positif, et de l'autre, de négatif. La première dimension, celle de la positivité, est la conséquence du développement des forces productives. De sorte que le mode de production capitaliste trouve sa justification, sa légitimation rationnelle, dans le fait qu'il est ce mode de production qui permet, dans le monde pré-révolutionnaire, le développement maximal des forces productives.

En d'autres termes, le mode de production capitaliste est la culmination du règne de la propriété, dont la fonction historique est précisément le développement des forces productives. L'humanité dans son historicité dépasse les conditions du positif simple (le communisme dit primitif) et se lance dans l'aventure du négatif - les différentes manifestations du règne de la propriété -, justement pour accomplir cette nécessité immanente qu'est le développement des forces productives. Cette perte est, dès lors, la condition de l'accomplissement de l'humain. Ceci, de la même manière que dans la métapsychologie freudienne, le dépassement du principe du plaisir dans le principe de réalité, est la condition de l'accomplissement de l'humain dans le règne de l'Eros. La dialectique hégélienne se trouve ainsi confirmée au niveau de l'ensemble de l'historicité de l'humain.<sup>93</sup> En effet, l'enfoncement dans l'antithèse est la médiation qui est à la fois perte et réalisation. Elle permet, en tout cas, l'avènement de la synthèse. Donc, de cette conciliation qui, dans son universalité, est le règne du positif pur, du dépassement des contraires.

L'antithèse est, chez Marx le règne de la propriété qui s'accomplit dans une série de modes de production, dont le moment culminant est le système capitaliste. Ce système contient en lui-même, comme nous venons de le voir, la réalisation maximale du positif au sein de l'antithèse, ainsi que la réalisation la plus radicale de la négativité sociale. En d'autres termes, le capitalisme est le mode de production où la domination arrive à peine à assurer à l'ouvrier une existence dans le cadre même de son esclavage. Cette radicalité dans l'exploitation et la misère, est précisément la condition qui permet le dépassement de ce système : la négation d'une telle négativité.

Mais, cette explosion qui annonce l'expropriation des expropriateurs est le résultat de la radicalisation de la négativité contenue dans ce monde. Plus précisément, du fait qu'il arrive un moment dans lequel le système capitaliste devient une entrave au développement des forces productives. Ce devenir entrave se manifeste au niveau phénoménal dans et par la paupérisation croissante du prolétariat, l'augmentation du chômage et la surproduction généralisée.

De sorte que le devenir négatif du positif contenu dans le système capitaliste est la condition effective de son propre dépassement. La révolution prolétarienne est pour Marx la puissance qui permet de résoudre et de surmonter cette contradiction paroxystique. La délivrance de la misère et de l'abjection est l'acte des exploités eux-mêmes. Lesquels suppriment la cause du mal social et créent les conditions de l'avènement du règne de la liberté dans l'abondance. La cause même du mal n'est autre que ce que Marx appelle la propriété privée des moyens de production. Plus précisément : la propriété privée des biens immeubles.

La société post-révolutionnaire le qui supprime la dualité et la contradiction existante entre la propriété privée et la propriété publique. Cette dualité et cette contradiction sont pour ainsi dire, la substance même du règne de l'antithèse. La dissolution permet non seulement de supprimer la cause du mal social, mais aussi de surmonter le caractère contradictoire des structures sociales. Ce qui permet de créer, toujours selon Marx, un monde sans contradictions ; donc une

---

<sup>93</sup> Quoi que l'archétype de ce processus soit contenu dans l'aventure première du Peuple Elu, laquelle pour accéder à la Terre Promise, doit passer par la terrible expérience de l'esclavage et du séjour dans le désert.

sorte de Terre sans Mal, pour reprendre le terme des Tupi-Nambas,<sup>94</sup> et plus précisément, le règne du Bien en tant que tel.

Rappelons, à ce propos, que pour Engels ce passage du monde de la propriété au monde de la non-propriété implique le saut du règne de la nécessité au règne de la liberté. Cela veut dire que la liberté ne se limite pas, dans une telle réalité, à la simple indépendance du soi et à la reconnaissance de celle des autres,<sup>95</sup> mais qu'elle atteint un degré très important d'absence de contraintes. Il est très difficile de concevoir la nature d'un tel monde.

Cette difficulté vient non pas tant du fait que les théoriciens du matérialisme dialectique ont peu parlé du mode d'être de ce règne de la liberté sans nécessité, mais surtout du fait qu'il est pour ainsi dire impossible de se représenter, dans sa plénitude, un monde en dehors du rapport des contraires. Les croyants à un règne du Bien, se situant par delà l'existence, ont essayé de s'imaginer bien des choses, mais tout se réduit à cette abstraction qui est le résultat de l'effacement de toute forme de négatif, comme peut être la fin de la finitude, ou l'absence de douleur, etc.

Pour Marx, le devenir-autre du monde est la négation de la négativité effective. Cette négation est, pour ainsi dire, la dernière, puisqu'elle met fin à toute forme de négativité. De sorte que ce règne du positif ne peut pas connaître le négatif. Toute manifestation de la négativité ne peut être, dans ces conditions, que le résultat de l'action d'une conscience pervertie et pervertissante. Laquelle ne peut que mériter sa propre destruction. Car, un tel monde ne peut accepter le soupçon d'une quelconque manifestation du négatif. La plus haute légitimation de cette destruction est précisément celle du caractère non-contradictoire du monde post-révolutionnaire.

En effet, le règne de la positivité accomplie en elle-même, ne peut pas produire la conscience pervertie et pervertissante. Ce phénomène ne peut pas être perçu comme son résultat, mais plutôt comme des résidus. Donc, comme la manifestation résiduelle de ce qui représente, pour cette idéologie, les temps négatifs. L'homme nouveau ne peut être, par conséquent, que le produit authentique du règne de la non-contradiction. Mais, le nouveau monde porte à son début, nécessairement, les restes de la réalité dont il est produit.

Marx avait compris, suivant en cela la démarche hégélienne, qu'une nouvelle réalité ne peut pas extérioriser, dès son apparition, le "novum" en tant que tel. Il y a nécessairement une période de transition, pendant laquelle les résidus de l'ancienne forme continuent à se manifester. La phase de transition se présente ainsi comme le moment où les résidus négatifs sont éliminés.

Dans le règne de la positivité, tendant à son propre accomplissement, le négatif ne se présente pas, par définition, comme une manifestation totalisante. Cela à cause, précisément, de la disparition de la contradiction fondamentale. Dès lors, la négativité ne peut être produite que par la singularité qui résiste à l'avènement du royaume de la positivité pure. Il s'ensuit que la conscience pervertie et pervertissante, ne peut être que celle qui oppose son Ego à la nouvelle réalité. L'individualisme s'avère ainsi être la détermination simple de cette négativité résiduelle. Cela explique pourquoi l'extermination des opposants et des individualités dites égoïstes, va être considérée comme une nécessité par la conscience qui incarne ce processus social.<sup>96</sup> Mais, par delà les problèmes que pose la période de transition, il y a le fait que la production idéologique conditionnant ce mouvement, crée les instruments conceptuels de sa propre dérive. En effet, la création de l'homme nouveau et du règne de la liberté, présupposent la négation des résidus du monde pré-révolutionnaire et particulièrement des manifestations de l'intérêt privé. Cette catégorie, rappelons-le, est un pur produit de l'individualisme généralisé et radicalisé de la société capitaliste. Dans cet univers comme le signale Adam Smith l'intérêt privé secrète l'intérêt général. De sorte que la négation des catégories propres à ce monde, ne peut que conduire à l'effacement de toute forme d'individualisme.

<sup>94</sup> Des premiers habitants de ce qui est actuellement, "grosso modo", la moitié sud du Brésil.

<sup>95</sup> Les Pères du socialisme dit scientifique disaient, à ce propos, que la liberté de chacun passe par la liberté des autres.

<sup>96</sup> Pour elle il faut à tout prix écraser l'infâme !

Certes, Marx projette la création d'un univers d'entités autonomes. De sorte que l'individualisme, la singularité qui est pour elle-même, se présentent comme le résultat de ce processus. Cette singularité est de plus une figure accomplie en elle-même, car elle est capable d'assumer son autonomie. Nous nous trouvons ainsi devant une contradiction fondamentale, car d'un côté, il s'agit d'accomplir l'individualité et de l'autre, de la supprimer. N'oublions pas, en effet, que l'individualité est un produit du développement de l'échange et de l'intérêt privé. Or, en supprimant l'univers de la marchandise, la révolution dite prolétarienne ne fait qu'effacer les conditions d'existence de l'individualité qui est pour elle-même. Cette négation apparaît ainsi comme une nécessité, dans le processus de construction du nouveau monde.

Par rapport à cette exigence, la singularité qui persiste dans individu, ne peut qu'apparaître comme un être pervers et perversissant. Donc, comme un être qui doit être nié dans son être même. Cette négation peut se présenter soit comme une transformation par l'éducation,<sup>97</sup> soit comme sa destruction effective : sa mise à mort. Car, il faut être conscient que la négation de l'être pervers et perversissant, n'est pas uniquement conditionnée par la manifestation de son intérêt privé, au sein d'une communauté qui le considère comme un mal, mais aussi par le fait que cette figure est censée empêcher, par son action, l'émergence du règne de la liberté dans l'abondance. Cet être est, en effet, considéré comme un saboteur.

Au sein de la nécessité nécessaire qui provoque cette dérive déstructurant le système des besoins, la négation effective de la conscience perversie et perversissante apparaît comme une exigence sociale. La radicalité dans cette dérive, ne peut qu'amplifier la logique de cette négation.

C'est le vertige du négatif qui se manifeste sous la forme de l'orgie meurtrière. Cette dérive, remarquons-le, est essentiellement conditionnée par la négation du système des besoins et par la nécessité d'effacer le phénomène de la perversion individualiste. Ce vertige du négatif ne connaît pas, en tout cas, les freins éthiques qui sont donnés par une morale minimale.

Cette absence de freins dans la dérive vers l'horreur est précisément le résultat du fait que pour le marxisme le devenir-autre du monde n'est pas conditionné par un quelconque devoir-être, mais par le simple développement des automatismes de l'histoire. De sorte que ce sont ces automatismes qui permettent d'un côté, la marche vers l'abondance, et de l'autre la création d'un monde sans oppression ni exploitation. En d'autres termes, le développement de l'Histoire mène inéluctablement au dépassement de la nécessité matérielle et à la disparition du mal dans le monde. La production d'un tel univers, il faut le souligner, n'est pas le résultat de la réalisation axiologique de l'humain, mais plutôt la conséquence de l'accomplissement de ce que Marx percevait comme le sens de l'Histoire.

## **2) La négation du droit dans le devenir autre du monde**

Dans son écrit sur la guerre civile en France et plus précisément sur la Commune de Paris, Marx nous dit que la classe ouvrière ne possède aucune utopie prête à être mise en pratique par simple décret du peuple. Ce sujet théorique de l'historicité marxiste ne fait, selon la logique de ce discours, qu'accomplir une nécessité fondamentale : être l'instrument de la transformation du monde.

En effet, ce processus comme tel est, pour Marx, l'extériorisation d'une nécessité d'ordre ontologique. L'humanité marche vers sa propre libération et la classe ouvrière est la puissance conditionnant ce mouvement. Le sujet de ce bouleversement étant, au sens strict du terme, l'avant garde consciente de cette classe : le Parti communiste.

La réalisation de ce but immanent comporte pour les auteurs du Manifeste deux moments essentiels : le processus révolutionnaire et une période plus ou moins longue de transition. Il s'agit dans l'ensemble de ce mouvement de créer les conditions concrètes pour permettre l'apparition de la société sans classes, donc sans aucune puissance se situant par delà cette communauté d'entités autonomes. Cette transformation du monde implique aussi bien la transmutation de l'infrastructure, comme celle de la superstructure. C'est cette dernière qui

---

<sup>97</sup> De là les camps de travail et de rééducation.

nous intéresse ici particulièrement. Plus précisément, le problème du dépassement du droit et de l'Etat.

Rappelons en ce qui concerne les deux instances principales - l'infrastructure et la superstructure -, que la première est, pour Marx, la déterminante essentielle et le fondement effectif de l'ordre social. De sorte que le dépassement du mode de production capitaliste ne peut que provoquer la dissolution de la superstructure, de la même manière que la destruction de la base d'une structure ne peut que causer l'effondrement de son sommet. Le toit d'une maison ne peut, en effet, rester tel quel après que les bases de celle-ci sont enlevées.

Certains théoriciens du marxisme considèrent qu'une interprétation de cet ordre est trop mécaniste. Il y a pour eux une certaine autonomie de la superstructure, ce qui expliquerait son retard par rapport aux changements d'ordre structurel. Staline lui-même dans *Les Problèmes du léninisme* parle précisément d'un certain retard dans la transformation de la superstructure en relation aux changements opérés au niveau de l'infrastructure.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine : pour Marx l'horizon étroit du droit bourgeois ne peut être dépassé effectivement que dans la phase supérieure de la société communiste. Ce sont les termes qu'il emploie lui-même dans sa critique du Programme de Gotha. Le problème théorique essentiel n'est pas de savoir si les changements dans l'instance déterminante se répercutent plus ou moins rapidement au niveau de l'instance déterminée, mais plutôt celui de savoir si ce rapport correspond à la logique de l'être social.

Pour le reste il est tout à fait clair que Marx, à la différence de Bakounine et des siens, avait retenu la leçon hégélienne, selon laquelle on ne peut pas transformer un monde du jour au lendemain, et que la nouvelle forme porte au début, les résidus de l'ancienne. Pour cette raison Marx considère qu'une période de transition est nécessaire. Pour Bakounine, par contre, le mouvement révolutionnaire doit se donner comme but immédiat la suppression du droit<sup>98</sup> et de l'Etat.

Il est très intéressant de constater qu'il y a chez Marx un lien très étroit entre le droit et l'Etat. Tout indique en effet qu'il a hérité de Hegel la thèse selon laquelle le droit public s'objective dans l'Etat. En tout cas l'Etat est pour lui l'objectivation du mal social, dont les racines sont ce qu'il appelle la propriété privée des moyens de production. C'est pour cette raison que dans le Manifeste, l'Etat est considéré purement et simplement comme le Conseil d'Administration qui gère les intérêts collectifs de la classe bourgeoise. Il est, par conséquent, la plus haute expression de la structure de domination.

La suppression des racines de la domination ne peut donc que provoquer l'extinction du droit et de l'Etat. En d'autres termes, le processus révolutionnaire supprime le fondement du mal social - l'expropriation des expropriateurs -, créant ainsi les conditions de l'extinction du droit et de l'Etat. Ce qui achève, en quelque sorte, la période de transition.

Rappelons, à ce propos, que les premiers théoriciens soviétiques de la philosophie du droit - Stucka Pasukanis - ont pensé précisément le droit et l'Etat sous cet angle. Pour eux, le droit ne pouvait être que bourgeois. Le pouvoir prolétarien se servait de ces instruments pour réaliser sa tâche historique, quoique, suivant Marx, le nouveau pouvoir ne pouvait pas se limiter à prendre possession de ces instruments et se servir d'eux tels quels pour réaliser ses propres fins. Il s'agissait précisément de les transformer en vue de leur propre dépassement. Comme on sait, Stucka et Pasukanis ont payé de leur vie leur dogmatisme marxiste.

En effet, la logique de l'être social transformé, ne se manifesta pas selon les idéalités des Pères du socialisme dit scientifique. Dans la pratique effective il s'agit d'un phénomène tout à fait différent. Les instruments de l'oppression et du contrôle social y ont développé leur capacité et leur puissance. Cela mène le Théoricien de la Revolution permanente - Trotsky<sup>99</sup> à dire que l'Etat, telles les ampoules électriques, doit rayonner de toute sa puissance avant de s'éteindre.

---

<sup>98</sup> Il faut remarquer, à ce propos, que pour A. Comte le droit doit disparaître dans l'Etat positif. Pour lui le droit est une création théologico-métaphysique.

<sup>99</sup> Trotsky est sans doute très critique à l'égard de Staline. Mais cette critique s'adresse essentiellement au Staline modéré, le partisan de la NEP. Cela dit, par ces thèses sur la collectivisation forcée de la terre, la militarisation de la classe ouvrière et l'aggravation de la lutte

Vichinsky, le théoricien du droit stalinien, soutient pour sa part que le droit socialiste est un produit authentique de cette structure et non pas un dérivé du droit bourgeois. Il est l'expression de la volonté du pouvoir prolétarien qui par sa production normative assure la sauvegarde de son propre intérêt. Ce droit, toujours selon Vichinsky ne peut pas s'embarrasser des préjugés du droit bourgeois. Des concepts tels que l'équité et la présomption d'innocence sont ainsi jetés aux oubliettes.

Kelsen, pour sa part, dans sa Théorie communiste du Droit et de l'Etat, soutient qu'à côté de la thèse sur l'extinction du droit et de l'Etat il y en a, chez Marx, une autre qui va plutôt vers la continuité de la production juridique. Kelsen s'appuie, en effet, sur un passage de la célèbre "Introduction à la critique de l'économie politique" (1857). Dans ce texte il est, en effet, signalé que toute forme de production crée ses propres relations juridiques.

L'expérience historique du socialisme réel nous montre, en tout cas, que la production juridique se maintient dans ce système. Ce qui en disparaît, ce n'est pas la juridicité en tant que telle, mais l'Etat de droit et la dimension éthique de la normativité elle-même.

Cela dit, comme nous venons de le signaler, Marx prévoit cette continuité ; quoi que de façon passagère. On peut discuter à l'infini sur la durée de cette période de transition. Les Pères du socialisme dit scientifique ne se sont pas prononcés là-dessus d'une manière précise. On peut toutefois en déduire que cette période ne peut pas être très longue. Le problème essentiel ne nous semble pas être celui du retard dans le changement d'une instance par rapport à l'autre. Il est évident qu'il est plus facile de supprimer le régime de la propriété privée des biens immeubles que de faire disparaître la couche signifiante qui informe, guide et conditionne les singularités et les communautés sociales. A l'intérieur de cette couche signifiante se trouve comme on sait, la production et la reproduction normative, ainsi que l'organe qui assure son efficacité et sa vigueur, c'est-à-dire l'Etat.

Le problème est, des lors, de savoir si on peut concevoir une communauté sociale sans production normative et axiologique. Plus précisément, sans production de valeurs communautaires. Car, il ne faut pas oublier que pour Marx la production normative ne sera pas, dans la société communiste, le fait du social, mais le fait des individus. De sorte que dans un tel monde, non seulement la production de valeur d'échange disparaît, mais aussi la production des valeurs sociales. Ce qui est hautement problématique. En effet, on peut, à la rigueur, concevoir un monde sans production de valeur d'échange, mais ce qui semble impossible c'est se représenter l'existence d'une communauté sans production normative et axiologique ayant une source essentiellement collective.

L'aberration d'une telle représentation, d'un univers de monades sans fenêtres, pour reprendre le concept de Leibniz, est le résultat du fait que Marx considérait la valeur d'échange et la production sociale de la normativité comme des manifestations de la perversion et de la dégradation universelles. L'authenticité, selon cette vision du monde, ne peut être que le résultat de l'activité de l'être autonome. Cette figure produit ainsi d'un côté, ce dont elle a besoin, matériellement parlant, et de l'autre, les règles qui conditionnent et guident son existence.

Ce règne de l'autonomie pure est ainsi la négation du social. De sorte que l'ironie dans l'historicité de cette pensée veut que ce qui se présente comme la plus haute forme de l'affirmation du social, soit plutôt sa négation effective. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la mise en pratique de cette idéologie conduit inéluctablement à l'autodestruction des communautés sociales en elles-mêmes.

De ce point de vue - qui est celui de la logique de ce mouvement de réalisation le résultat de sa pratique effective n'est pas la conséquence d'une perversion de la théorie qui informe son action, mais bien plutôt la suite de sa propre cohérence. Bien évidemment, on ne peut pas s'attendre à ce que la théorie devienne telle quelle réalité effective. Hegel nous a déjà montré à ce propos que la réalisation d'une idée est en même temps sa négation. Mais, il est important de

---

des classes, en période de transition, il peut être considéré comme un précurseur théorique du stalinisme des années trente. Par conséquent, du point de vue théorique on peut dire que Staline se trotskise, lorsqu'il devient radical.

comprendre que la négation de la négation n'est pas ici la cause de la perversion que nous constatons dans la pratique. Cette perversion a sa source dans la théorie elle-même.

En effet, on ne peut pas s'attendre, rationnellement, à ce que la négation effective de la catégorie de l'échange puisse donner un monde d'abondance matérielle. Ceci même si la parole emblématique dont il est question assure que son but est la création du règne de l'abondance. Dans la pratique, la négation de la catégorie de l'échange, ne peut déboucher que sur une réalité dans laquelle le degré de pénurie est en rapport direct à la radicalité de cette action.

Il est de même très naïf de croire que le surgonflement plus ou moins totalisant de l'Etat peut être la raison de sa propre disparition. En tout cas, de croire que le bien social ne peut venir que de ce surgonflement, par conséquent de la mise à la disposition de ceux qui contrôlent le pouvoir, de l'essentiel des richesses sociales. Dans la pratique effective une telle politique ne peut que conduire au parasitisme et à l'immoralité de l'élite du pouvoir, tout en provoquant la pénurie et la misère du peuple. L'expérience du socialisme dit réel, ne fait que confirmer la logique de ce processus. Cela dit, il n'est pas nécessaire d'attendre la confirmation du réel pour saisir la nature de ce mouvement. Son résultat est tout à fait prévisible. Seule l'éclipse de la raison a pu empêcher de saisir la logique de ce discours.

### **3) Du regne de la justice sans moralité objective**

Comme nous l'avons vu, le droit est pour Marx l'expression des intérêts de la classe dominante. Et donc la production normative tend à disparaître dans une société où il n'y a plus de différences de classes. Il faut remarquer aussi que pour les théoriciens du socialisme dit scientifique, la dissolution de la production normative implique aussi celle de son objectivation, ainsi que des principes qui légitiment son existence. Par conséquent, dans le devenir de ce monde il est question de la disparition non seulement de la juridicité en tant que telle, mais aussi de toute forme de moralité se situant par delà la légitimité légale.

Ce qui légitime ce processus c'est sa finalité : la création d'un univers d'entités autonomes vivant dans l'abondance. L'autonomie est ici le résultat du développement de la raison et plus précisément du dépassement des puissances aliénantes qui l'ont entravée jusqu'alors. Avec la disparition de ces entraves doit surgir la figure de la singularité accomplie en elle-même. L'homme nouveau est ainsi un être rationnel à l'état pur. Les formes de conscience irrationnelles disparaissent donc avec le dépassement de la contradiction fondamentale. Pour ce qui est de l'abondance, comme on le sait, elle doit être le résultat non pas des mécanismes de l'économie, mais des automatismes de l'Histoire. Marx pense, en effet, que le développement des forces productives est le moteur de l'Histoire. De sorte que c'est à la fin qu'elles s'épanouissent en toute plénitude.

Le déploiement des forces matérielles qui conditionnent, selon Marx, les formations sociales est la cause effective de ce devenir. Ce ne sont donc pas les principes qui sont la cause de l'action. Ce n'est pas au nom de la liberté, de l'égalité et du bien être matériel que la conscience marxiste s'agite contre la misère et l'injustice de la société dite bourgeoise. La conscience révolutionnaire agit ici plutôt pour accélérer un mouvement qui est de l'ordre de la nécessité historique. De ce point de vue la conscience révolutionnaire est un simple instrument de cette nécessité.

Il est, par conséquent, important de comprendre que chez Marx le devenir-autre du monde n'est pas le résultat de "la prétendue évolution générale humaine"<sup>100</sup>, mais du développement même des forces matérielles qui conditionnent l'Histoire. Pour cette raison, les principes d'ordre universel ne jouent aucun rôle dans la réalisation de ce processus. Donc, à la différence de la Révolution française - que Marx appelle bourgeoise -, qui se fait au nom des principes des droits de l'homme et du citoyen, la Révolution prolétarienne n'est pas le résultat de l'action éthique dans le monde. Elle est plutôt le résultat de l'évolution historique.

Mais le royaume de la liberté dans l'abondance - où les êtres auront accès au bien être non seulement selon leurs capacités, mais aussi selon leur nécessité -, ne peut être perçu que comme le règne de la justice sans moralité. En effet, comme nous venons de le souligner les principes

---

<sup>100</sup> "Préface" à la Contribution à la critique de l'Economie Politique.

d'ordre universel ne sont pas ici cause de l'action, ni condition de son résultat. La moralité philosophique s'évanouit, dans ce devenir, pour laisser la place à la rationalité.

Dans cette perspective, la rationalité n'est pas la seule garantie de l'inexistence de toute forme de perversion sociale, il faut aussi tenir compte du fait que le fondement de ce monde ne contient plus de négativité. La cause du mal dans le social se trouve, selon cette logique, dans la négativité de son fondement. En termes marxistes, cette négativité est celle de la contradiction entre les forces productives et un mode de production donné. Cette contradiction entre le processus et son être manifesté, disparaît précisément avec l'avènement du communisme. Il se produit ainsi une conciliation, au niveau du fondement, qui provoque pour ainsi dire l'évaporation de toute forme de négativité dans le monde.

A l'intérieur de ces circonstances, la singularité autonome ne peut agir que d'une façon non-contradictoire. Le mal ne peut pas être sa visée, ni le résultat de son action. Il est clair, d'après la logique de Marx, que cette manifestation positive ne peut être effective qu'une fois que l'humanité aura surmonté les résidus du monde bourgeois : dans "la phase supérieure de la société communiste".<sup>101</sup>

La croyance dans le dépassement de la contradiction fondamentale et l'avènement du règne du positif à l'état pur a été telle, à une époque, chez les révolutionnaires marxistes, qu'il a été question, parmi d'autres choses, non seulement d'une nouvelle esthétique, mais aussi d'une nouvelle biologie. On pensait, plus précisément, que cette non-contradiction devait se refléter aussi bien dans le monde de l'humain, que dans ceux de l'inorganique et du vivant. Michourine et Lyssenko ne sont pas le produit - en tant que figures dominantes de la nouvelle science dite prolétarienne -, des fantasmes du Petit Père de tous les peuples. Le fondement de tout ce délire se trouve contenu dans ce qu'on peut appeler l'ontologie marxiste.

Par rapport à cette idée de la positivité d'un univers accompli en lui-même, il s'agit de comprendre non seulement la problématique de son pouvoir-être dans le monde, mais aussi son rôle dans le vertige négatif de l'effectivité qui est la sienne. En effet, pour ce qui est de la première problématique, il est stupéfiant de constater que même des êtres extrêmement intelligents ont pu croire que "les rapports de production bourgeois sont la dernière forme contradictoire du processus de production bourgeois"<sup>102</sup> En d'autres termes que l'humanité s'acheminait nécessairement vers un univers non-contradictoire. Cela, car dans ce monde le négatif aurait disparu.

Nous disons qu'il est stupéfiant de constater cette croyance, chez des êtres ayant très souvent une culture solide, car depuis la nuit des temps la pensée a tout d'abord intuitionné puis compris que la loi des contraires est le fondement de l'Être ; qu'il ne peut pas y avoir de positif sans négatif. A côté de la catégorie de l'Être (tantôt comme étant-là, tantôt comme totalité effective) se trouve toujours le Néant, ou ce qui est mal, vide, ou bien ce qui n'est-pas-encore. Les pythagoriciens posaient ainsi la monade et la dyade comme point de départ. Ceci de la même manière que Hegel pose comme point de départ le rapport entre l'Être et le Néant.

Franchir la dyade peut bien être, comme le dit Ernst Bloch, le produit du rêve du monde, mais il faut bien se rendre compte qu'une telle dimension est problématique même au niveau de la représentation. C'est ainsi que la conscience monothéiste<sup>103</sup> a placé le règne du Bien en tant que tel dans un au-delà du monde, mais elle n'a pas pu s'empêcher d'y placer aussi son contraire : l'Enfer. Cela montre jusqu'à quel point la représentation comme la pensée abstraite ne peuvent pas échapper à la loi des contraires.

Mais le problème en ce qui concerne le pouvoir-être de ce devenir-autre du monde ne se situe pas uniquement au niveau d'un possible dépassement de la dyade, mais dans d'autres domaines ; par exemple celui de la possibilité de l'existence d'une communauté sans règles, ni valeurs communes. Cette vision du monde oublie que l'activité humaine est essentiellement nomothétique. En effet, la production de normes se manifeste non seulement au niveau de la

<sup>101</sup> Critique du Programme de Gotha.

<sup>102</sup> " Préface " à la Contribution à la Critique de l'Economie Politique.

<sup>103</sup> Christianisme et Islam.

culture, mais aussi dans le domaine de la matérialité. De plus, l'activité nomothétique est fondamentalement collective.

Il est également important de tenir compte du fait que la dimension essentielle dans l'activité nomothétique est la couche axiologique. Donc, cette dimension qui est en rapport aux universaux. Pour cette raison nous disons que la philosophie est essentiellement axiosophie.

C'est cette production éthique qui s'objective dans la puissance en acte du social : dans l'Etat. Cela, soit sous sa forme axiologique, soit dans la négation de celle-ci ; plus précisément dans la perversion de ces valeurs. Pour ce qui est de la problématique marxiste de l'extinction de l'Etat, il s'agit à présent de savoir si cette fin de l'objectivation éthique est de l'ordre du concrètement possible, s'il peut y avoir une société<sup>104</sup> sans Etat, ou, ce qui revient au même, sans objectivation de la moralité.

A ce propos, l'expérience historique nous montre que l'évanouissement de l'Etat dans une société tend à provoquer sa désagrégation ; plus précisément l'émergence des structures sociales de base qui se constituent, au sein de cet acratisme englobant, en tant que communautés faites pour la guerre. Croce parlait, dans ce cas, d'émergence des fiefs. Constater la nécessité de l'Etat et l'objectivation de la moralité en général n'est pas en déduire qu'en tant que tel l'Etat est une puissance axiologique. Nous savons que l'Etat non limité et non-conditionné par des règles d'ordre universel est une puissance satanique, par conséquent source de malheur et de disgrâce sociale.

Le mal ne se situe pas, dès lors, dans l'existence de l'Etat en tant que tel, mais dans une existence non conditionnée par des valeurs d'ordre universel. Le projet d'une société sans Etat et sans moralité objective fait aussi partie de cette dimension négative, dans la mesure où elle conduit au vertige de la destruction pour la destruction. Ce projet comme nous le savons se présente sous deux formes : soit comme but immédiat, soit comme un but à atteindre après une période de transition plus ou moins longue.

En effet, l'anarchisme se propose la destruction immédiate de l'Etat, tandis que pour le marxisme il s'agit de créer les conditions de sa propre dissolution. Dans le premier cas, nous avons plutôt affaire au négatif du désespoir qui peut être en lui-même le mouvement de la déstructuration d'un ordre immoral, pour donner naissance à une nouvelle forme ayant une substance éthique plus consistante. Tandis que dans le cas du marxisme se présente comme le fait que le devoir-être<sup>105</sup> ne se pose pas comme but de ce processus. Donc le dépassement d'un être-là de l'Histoire - le capitalisme - se manifeste non pas comme l'accomplissement de la substance éthique de l'humain, mais comme le résultat des automatismes de cette histoire.

Or, l'abandon de la moralité et des principes qui conditionnent l'existence sociale sont la condition de la dérive négative que nous constatons dans la pratique de ce processus. L'absence de freins d'ordre éthique laisse ainsi non seulement la voie ouverte au règne de l'arbitraire, mais aussi à la volonté de destruction, au vertige thanatique. C'est précisément dans cette fonction que l'amoralité objective trouve sa raison d'être. En effet, la disparition des freins éthiques dans le domaine de l'objectivité, comme de la subjectivité, permet la mise en pratique de la volonté de destruction et du vertige thanatique.

De ce point de vue, qui est celui de son effectivité, la logique de ce processus est la suivante : la dissolution du système des besoins - de l'économie fondée sur l'échange élargi et l'accroissement des richesses -, fait apparaître une surpopulation d'autant plus importante que la destruction de cet ordre de la production est radicale. Dans ces conditions de la nécessité nécessiteuse, la lutte pour l'existence ne peut que prendre une forme particulièrement aiguë, laissant ainsi libre cours à toute forme de délation et de dénonciation que ce système, concentré dans la surveillance et la punition cherche à rendre de plus en plus efficace. La réalisation de cette besogne de la destruction, ne peut être menée à bien que par une conscience sans aucun frein éthique. En effet, son devoir n'est pas déterminé par la substance éthique universelle, mais par la nécessité qui conditionne ce processus.

<sup>104</sup> Nous parlons bien de société et non pas de communautés familiales ou classiques.

<sup>105</sup> La dimension déontologique du droit et de la moralité.

En d'autres termes, le devoir implique ici l'instrumentalisation de la conscience qui assume la nécessité de son monde : la réalisation de son but. Par conséquent, l'amoralité est le complément de la destruction du système des besoins, car sans dissolution du fondement éthique qui conditionne une positivité donnée, il ne peut pas y avoir enfoncement dans le vertige thanatique que nous constatons dans la pratique de ce processus.

Il faut rappeler, à ce propos, que dans le discours marxiste la négation de la moralité implique celle de l'irrationalité des temps préhistoriques. L'homme dit nouveau est l'être autonome capable de se donner ses propres règles, dans un monde non contradictoire. Comme nous l'avons signalé, Marx non seulement croit à l'existence d'une société sans règles et sans production normative, mais pose un tel monde comme but de l'Histoire. Le problème à présent est celui de savoir comment on peut se représenter une telle singularité autonome. Les Pères du socialisme dit scientifique ne nous ont pas dit grand chose concernant cette problématique. Pour eux il était évident que le principe de rationalité greffé dans un univers non contradictoire, était la cause suffisante de ce phénomène.

Nous pouvons toutefois supposer que l'être autonome dont il s'agit, est un être capable de produire l'universel, à partir de sa propre détermination. Sa production normative pourrait dès lors prendre la forme de l'impératif catégorique kantien. Il doit par conséquent agir de telle sorte que son comportement puisse devenir mesure universelle. En d'autres termes, il ne peut pas produire de règles conditionnées par sa propre détermination de simple singularité. En effet, une telle production ne peut que provoquer un conflit permanent de chacun contre tous. Chacun voulant imposer sa propre règle comme la seule valable pour tous. Or, comme nous le savons une telle imposition ne peut que provoquer la fin du règne de l'autonomie dont il est question, pour laisser apparaître une domination dans l'arbitraire.

Reste, par conséquent, la figure kantienne comme seule viable à la position de cet être autonome. Le problème à présent est de savoir si, comme le prétend Kant, l'universalité peut être produite par la singularité. Du point de vue éthologique, le comportement des singularités est médiatisé par les mœurs de la société à laquelle elles appartiennent. De sorte que leur comportement est généralement le résultat d'une singularisation du particulier. L'universalité ne se dévoile que par le chemin de la connaissance et de la raison.

En d'autres termes, il est hautement problématique de croire que la singularité va produire spontanément l'universalité. C'est le fondement de la moralité qui se manifeste et s'objective institutionnellement à un moment donné. La substance éthique s'agite dans le particulier, quoi que très souvent sous une forme pervertie ; la singularité ne peut donc qu'exprimer spontanément l'être-là de son monde à partir de sa propre détermination. Sa production axiologique est dès lors imprégnée de subjectivité et de particularisme, raison pour laquelle sa production ne peut pas être le support d'un monde, mais plutôt la condition de la perte du réel. Il est vrai que Marx projette dans le devenir du monde, l'existence d'un fondement non contradictoire. De sorte que la singularité autonome ne va pas exposer, dans sa production axiologique, une substance problématique. Mais, dans sa vérité cette substance est une simple abstraction, dans la mesure où elle exclut la dyade et toute dimension particularisante. Suivant l'ontologie marxiste le communisme se présente, en effet, non pas comme un moment, mais comme la culmination du processus et plus précisément en tant que totalité totalisée. Nous avons essayé de montrer la problématique de ce devenir. Dans son effectivité, ce processus est bien plutôt la manifestation du vertige du négatif. La fonction de-ce-qui-ne-peut-pas-être se dévoile dans sa réalité pratique. Ce mouvement mène, par conséquent, à la négation de la moralité objectivée ; donc, au dépassement du règne du droit, de l'économie et du politique.

#### **4) Le devenir-autre chez Platon et Marx**

La figure de la singularité indépendante surgit en Grèce avec la formation de la Polis. Or, l'émergence de cette figure va provoquer un bouleversement de premier ordre. Cette révolution culturelle, comme le signale Hegel, se manifeste concrètement avec le mouvement de la sophistique.

Il est important de tenir compte du fait que dans la Grèce de l'époque la figure de la singularité indépendante était un phénomène marginal. Elle fut, plus précisément, une dimension consubstantielle à la classe des seigneurs. Seul l'homme libre était, en effet, sujet de droit privé et public, pouvant être par conséquent sujet de contrat et sujet de la cité.

Par opposition à l'homme libre et, plus exactement, au seigneur qui avait la plénitude du droit, les femmes, les enfants et les esclaves n'avaient aucun droit. Ils étaient simples sujets du foyer et en tant que tels avaient autant de droit face au seigneur que les animaux domestiques. L'arbitrage du seigneur ne connaissait que les seuls freins de la moralité familiale ; laquelle voulait qu'il traitât les siens selon les principes de la justice et de la pitié familiale.

L'émergence de la singularité indépendante se produit ainsi au sein d'un monde patriarcal et religieux qui, comme le remarque Hegel, ne pouvait pas encore supporter la manifestation concrète de la négativité simple, de la singularité qui est en elle-même et pour elle-même. En d'autres termes, ce monde "n'a pas supporté l'épanouissement de la liberté subjective".<sup>106</sup>

Cette problématique se manifeste concrètement dans et par la relativisation des valeurs. La singularité sophiste prend conscience du fait que l'intuition immédiate des référentiels donnés par la moralité familiale ne pouvait pas résister à la critique de la conscience qui est pour elle-même. De sorte que cette activité critique va provoquer la relativisation des valeurs venant de la nuit des temps. Cette corrosion des cadres référentiels va poser le problème de leur reconstitution. La philosophie platonicienne est précisément la manifestation de cette nécessité. Mais Platon ne se propose pas uniquement la reconstitution de la logique des concepts et de la raison des universaux, il se donne aussi comme but le dépassement de l'ordre qui provoque l'érosion des cadres référentiels. En d'autres termes, Platon ne se pose pas seulement la question de savoir quelle est l'origine des concepts généraux et des universaux, il s'interroge aussi sur les causes du mal dans son monde, plus précisément, sur la puissance négative qui provoque l'érosion des valeurs.

Platon prend conscience, en effet, que cette puissance n'est autre que la singularité indépendante. Car la singularité qui pense son monde à partir d'elle-même ne peut que provoquer la relativisation des valeurs. Le monde, les choses ne sont plus, dans ces conditions, perçus à partir d'une mesure à caractère universel, mais à partir du soi. La singularité devient ainsi, comme le disait Protagoras, mesure de toutes les choses.

C'est pour cette raison que Platon va considérer l'ordre individualisant de son temps, comme une déviation de ce qu'il croit être le devoir-être du monde. Hegel nous dit à ce propos : "Platon dans sa République, présente la moralité substantielle dans sa beauté et dans sa vérité idéales, mais il n'arrive pas à s'accommoder du principe de la particularité indépendante qui s'était introduit de son temps dans la moralité grecque. Il se contentait de lui opposer son Etat seulement substantiel et l'excluait jusque dans son germe qui est la propriété privée et la famille et a fortiori dans son développement ultérieur : la libre disposition de soi et le choix d'une profession."<sup>107</sup>

Il est important de constater que le philosophe qui inspire Marx se rend bien compte du fait que l'individualisme est la source du mal pour Platon, de sorte qu'il s'agit pour lui de supprimer les fondements de l'individualisme pour le surmonter. A la question de savoir quel est le fondement de la singularité indépendante chez Platon, Hegel répond : "la liberté n'a d'être-là que pour autant qu'une propriété est dévolue à la personne. De cette manière, nous voyons Platon écarter lui-même, consciemment de son Etat la liberté subjective."<sup>108</sup>

En ce qui concerne cette problématique Hegel remarque : " En excluant ainsi la propriété, la vie familiale, en supprimant le libre arbitre dans le choix d'un " état ", en prenant toutes ces dispositions qui concernent le principe de la liberté subjective Platon croit avoir fermé la porte à toutes les passions, à toute haine, à tout antagonisme, etc."<sup>109</sup>

<sup>106</sup> Hegel, Leçons sur l'Histoire de la Philosophie, Tome 3, Librairie philosophique J. Vrin, page 490.

<sup>107</sup> Principes de la Philosophie du Droit, Remarque au paragraphe 185.

<sup>108</sup> Leçons sur l'Histoire de la Philosophie, p. 493.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 495.

De sorte que la suppression de l'individualisme et des déterminations qui lui sont consubstantielles comme la propriété, la monnaie, et le marché sont censés conduire au dépassement de toute forme d'antagonisme. Mais cette visée n'exclut pas le fait que cette structure se manifeste comme un ordre ponctuellement hiérarchisé, tendant même à la castification du social, plus précisément un ordre ayant à son sommet la caste des philosophes rois, représentés par l'or et dont le peuple - symbolisé par le fer - est contrôlé par la caste des gardiens ; lesquels sont représentés par l'argent métal.

Par conséquent, le dépassement du règne de la propriété conduit chez Platon à la castification du social et non pas, comme le croit Marx, à la disparition de toute forme de domination. Se pose dès lors la question de savoir lequel des deux a raison. Mais avant de répondre à cette interrogation, il faut rappeler que nous trouvons la même thèse platonicienne chez Thomas More et Chez Tomaso Campanella. En effet, L'Utopie et La Cité du Soleil sont des oeuvres dans la lignée de La République platonicienne.

Le résultat pratique de la Théorie de Marx nous montre précisément que Platon a raison. Que cet idéaliste est des années lumières plus proche de la logique du social que les Pères du socialisme scientifique. En effet, le socialisme dit réel ressemble étrangement à la République platonicienne. En tout cas, ce monde paraît particulièrement éloigné des idéalités de Marx et d'Engels.

Pour ces raisons nous disons que l'utopie est la négation du devoir-être. Plus précisément, la négation de la déontologie sociale. En d'autres termes, l'utopie est le devenir-autre qui contient la négation de l'individualisme et des déterminations qui lui sont consubstantielles. Sa fonction est de donner naissance à un monde ponctuellement hiérarchisé, tendant à la castification du social. Cette perspective se manifeste non seulement dans la pratique du marxisme, mais aussi dans le sens même de sa tradition conceptuelle. D'ailleurs, l'Utopie de Thomas More ne se propose pas autre chose que la reconstitution organique du social. De ce point de vue le projet utopique s'oppose au devoir-être selon sa manifestation axiologique. En effet, le devoir-être se propose la création d'une véritable communauté d'égaux aussi bien au niveau des communautés sociales, qu'au niveau de la communauté des nations.

Le projet utopique - tel qu'il est contenu dans la tradition platonicienne -, présuppose l'engloutissement de la société civile dans l'Etat, donc l'effacement de la figure de l'individualité. Par contre, la réalisation du devoir-être passe par la limitation et la régulation objective de l'Etat. Son but est l'épanouissement de l'individualité selon les principes égalitaires qui lui sont consubstantiels.

De sorte que pour le projet utopique le mal se trouve dans la société civile, tandis que pour le devoir-être rationnel le mal se trouve précisément dans l'existence d'un pouvoir non limité et non conditionné par des principes d'ordre universel. L'Etat total s'oppose ainsi à l'individualisme, car, comme l'avait signalé Hegel, là où l'Etat est tout, l'individu n'est rien.

Cela dit, il est vrai, comme nous l'avons signalé, que Marx se propose le dépassement de l'Etat. Mais, ce processus n'est pas le résultat d'une quelconque réalisation des principes d'ordre universel, mais la conséquence des automatismes de l'Histoire. Se présente ainsi une finalité qui n'est pas de l'ordre de la logique de l'être social, plus précisément, la création d'un monde sans production normative. Cette inadéquation de l'idéal marxiste à la logique de l'être social ne peut pas être considérée comme un défaut de la nature de cet être, mais plutôt comme un défaut de l'idéal lui-même.

En dehors de la pratique sociale, cette inadéquation ne peut être considérée que comme une production délirante de la pensée. Mais, lorsque cette idée est incarnée dans les masses elle a une fonction socio-historique très concrète : provoquer la dérive thanatique. En effet, la conscience non-réfléchie se rend bien compte à partir de son intuition axiologique que l'Etat, dans sa manifestation factique, est source de mal. De là, la nécessité de la négation effective et l'acceptation d'un projet qui assure garantir la fin d'une telle puissance satanique. Mais ce but n'est ici que la dimension illusoire qui permet de réaliser le " salto mortale " : l'enfoncement dans le vertige du négatif.

En effet, dans la réalité de ce processus il ne s'agit pas de mettre fin à la puissance maléfique, mais d'élargir son être aux confins de la totalité sociale.

De plus, comme nous l'avons vu, cet élargissement se réalise dans la négation de la moralité en tant que telle. Donc, dans la suppression des normes et des freins éthiques qui régulent l'être-là de cette puissance qui détient le monopole de la force légalisée et légitimée.

C'est là que se trouve précisément la grande différence entre la logique du devenir-autre du social chez Marx et chez Platon. En effet, pour l'auteur de la République le changement social est conditionné par un projet d'ordre éthique. La caste des philosophes-rois est, pour ainsi dire, en rapport constant avec les universaux. La réalisation du bien, de la vérité et de la justice est le but de son action.

La philosophie de Platon est, comme l'a vu Hegel, encore enracinée dans la moralité familiale. Par conséquent, son projet comporte une certaine cohérence, car il se propose de surmonter le règne de la moralité objective, dans le règne de la moralité familiale. Or, selon la logique de l'être social, la moralité familiale est l'en-deçà et l'au-delà de la moralité objective. Ce n'est, dès lors, pas un hasard si la religiosité a eu tendance à remplir le vide axiologique créé par la pratique du marxisme.

En effet, ce vide éthique au niveau du pouvoir fait réapparaître les catégories axiologiques véhiculées par la religiosité. Ceci est particulièrement vrai lorsque la légitimation idéologique tend à perdre son sens. Cette dilution rend transparente la dimension négative du pouvoir, la volonté de domination sans entraves d'une élite cynique. C'est alors que devant l'horreur du vertige négatif, surgit la nécessité d'une puissance capable d'assurer un minimum de justice dans le réel. Cette puissance, comme on peut aisément le comprendre, est la substance même de la religiosité.

En d'autres termes, lorsque les principes de la moralité rationnelle s'effondrent, la conscience malheureuse trouve réconfort dans les principes de la moralité subjective. Plus précisément, dans les principes qui sont donnés immédiatement à l'intuition et sont véhiculés dans leur simplicité par la religiosité.

La perversion des mécanismes objectifs de la régulation sociale tend aussi à faire resurgir les principes simples contenus dans la moralité religieuse. Il ne s'agit pas ici de l'effacement de ces mécanismes, comme dans le cas du socialisme réel, mais de leur perversion. Nous trouvons ce phénomène en particulier dans le cas des pays du tiers monde. Dans ce cas, la religiosité qui donne ces cadres référentiels, n'est pas la religiosité positive, mais son idéalité pure. En effet, la religiosité positive est elle-même une manifestation pervertie de la moralité. Ainsi le retour aux fondements - le fondamentalisme, l'intégrisme -, est le résultat de la perversion des règles qui conditionnent l'existence des sociétés vivant dans l'horizon des principes communautaires.

Par contre, la perspective de l'axiologie rationnelle ne peut se donner spontanément que dans les sociétés où le niveau d'individuation est très élevé. L'alternative à la perversion provoquée par ceux qui trouvent satisfaction de leur volonté d'ostentation et de domination dans la réalité effective de l'Etat, ne peut venir que de l'assainissement des mécanismes qui régulent objectivement l'existence sociale. En d'autres termes, la raison axiologique s'oppose à la logique technocratique de ceux qui en monopolisant la chose publique, créent un ordre dans lequel les intérêts de ceux qui gouvernent passent devant l'intérêt de l'ensemble du social. De sorte qu'au sein de ces sociétés se pose la question de savoir s'il est légitime de placer les intérêts des permanents plus haut que ceux de la communauté sociale dans sa totalité.

## VII. LE DROIT ET LA THEORIE DE LA JUSTICE

### 1) *Le concept de justice*

La notion de justice renvoie à des domaines différents. Nous pouvons ainsi parler de sens de la justice au niveau individuel, de justice familiale, de justice juridico-politique et de justice divine. La dimension qui nous intéresse ici est celle qui se rapporte à la justice juridico-politique. Cela dit, cette forme de justice n'exclut pas les autres. En effet, la justice juridico-politique est la manifestation de la moralité objective, plus précisément, de l'éthicité se réalisant dans la normativité et, par là même, dans l'ordre institutionnel.

Comme nous l'avons déjà signalé, cette forme de moralité se différencie de celle qui se manifeste dans le sens de la justice individuelle, de la justice familiale et de la justice divine. En effet, ce qui prime au niveau individuel c'est le sens même du concept. Nous disons ainsi qu'un individu est juste lorsqu'il agit selon des principes d'ordre axiologique qui commandent la juste mesure dans les rapports ainsi que le respect de l'autre, car toute altérité est la manifestation de l'universel. De ce point de vue l'autre - homme ou femme dans la plénitude de ses capacités - est égal du soi. Par conséquent les enfants, les malades et les vieillards doivent être considérés dans un rapport d'inégalité. Or, comme nous le signale Aristote, la justice veut que l'égal soit traité en égal et l'inégal en inégal. Mais, le rapport à l'inégal ne doit pas être, selon la dikéologie fondamentale, une relation despotique. Il doit s'agir plutôt d'une relation bienveillante.<sup>110</sup>

Comme nous le savons, ces valeurs sont véhiculées sous une forme simple par les religiosités. La différence étant que les religiosités incluent d'une manière plus ou moins radicale les femmes dans la catégorie des êtres faibles. Ce qui, comme on le sait, est une objectivation du système patriarcal. Dans ce système, en effet, la domination de l'homme sur la femme est la condition première de l'ordre social. Cette idéologie démontre son efficacité dans et par le degré d'intériorisation de ces valeurs chez le dominé. Les formes les plus radicales de cette intériorisation conduisent non seulement à la négation de la personnalité de la femme, mais à celle de ses propres pulsions. La femme est ainsi perçue comme le simple objet du désir de l'homme, comme l'instrument de reproduction comme la bête de somme.

Cette perception de l'altérité en tant qu'instrument de reproduction, ou comme simple objet de défoulement et du mépris haineux de l'écraseur, a trouvé très souvent sa justification dans les croyances ignobles : les cultures conquérantes et celles de l'exclusion. Ces productions signifiantes tendent à affirmer le particulier, sujet de l'affirmation, tout en niant la dimension universelle de l'altérité perçue comme différence radicale.

Par conséquent, pour l'axiologie rationnelle, la conformité de la singularité avec les moeurs de son monde, ne donne pas nécessairement le sens de la justice. Pour cette raison, il est nécessaire de parler de moeurs anti-éthiques, de la même manière qu'au niveau de la moralité objective il est question de droit injuste. Nous pouvons, dès lors, parler de moeurs qui nient manifestement la dimension universalisante des êtres humains en général. Donc, de moeurs qui sont contraires aux principes axiologiques. C'est pour cette raison qu'il est question de croyances ignobles.

La production éthologique des différentes cultures traditionnelles forme des univers dans lesquels sont immergés les singularités. Cette production signifiante tend à affirmer soit le particularisme, soit la dimension universalisante de l'humain. Nous avons par conséquent, d'une manière générale, à des moeurs qui permettent la saisie de la juste mesure, dans le commerce entre les êtres humains et à d'autres qui ne le permettent pas. Cette différence est le résultat du fait que dans certaines communautés la production signifiante peut se manifester soit dans le sens de l'affirmation du particulier, soit dans celui de l'affirmation de l'universel.

Dans le règne de la croyance, la conscience n'est pas pour elle-même ; elle est plutôt simple intériorisation des valeurs de son monde. Le sens de la justice au niveau individuel est, par conséquent, le résultat du degré d'éthicité de l'atmosphère culturelle qui conditionne son

---

<sup>110</sup> La justice consiste dans la bienveillance mutuelle et non pas dans la loi du plus fort.

comportement. La singularité devient effectivement conscience du juste, de l'être-là dans le monde, à partir du moment où elle s'interroge sur les cadres référentiels de l'action et sur les universaux. Le sens individuel de la justice est difficilement concevable en dehors de cette interrogation. C'est d'ailleurs ce questionnement qui est à la base du philosopher et qui conduit à l'axiosophie.

La justice familiale quant à elle n'est pas entièrement conditionnée par les moeurs, ou par les croyances. Il y a à sa base le sens même de la survie de l'espèce. Les enfants doivent gratitude à leurs parents pour les raisons sentimentales et matérielles qui sont évidentes. De leur côté les parents doivent se comporter d'une manière juste à l'égard de leurs enfants. Ils doivent par exemple donner plus à ceux qui sont dans le besoin et en cas d'égalité répartir selon son exigence. L'égalité veut, en effet, que les égaux soient traités d'une manière semblable. Or, selon les principes, tous les enfants sont égaux. L'inégalité ne peut venir que de la nécessité qui peut s'appeler misère, maladie ou difformité.

Les différences par rapport à ces principes, dans l'attitude des parents, sont produites des moeurs. C'est ainsi que certaines moeurs donnent plus de valeur aux garçons qu'aux filles. La rupture la plus radicale par rapport à ce principe de l'égalité des enfants, se manifeste dans cette tradition qu'il est convenu d'appeler le droit d'aînesse. L'objectivation de l'immoralité, du niveau de la justice familiale, se manifesta, par exemple, à l'époque de l'Ancien Régime en France, dans le droit coutumier. En effet, non seulement le droit d'aînesse privilégie l'aîné des garçons dans les dépenses de formation et dans la succession, mais les plus jeunes des filles étaient recluses pour permettre à la plus âgée d'avoir une dot.

Le système patriarcal de la famille secrète la négation des principes de base de la moralité familiale, soit par l'oppression des femmes, soit par la négation de leur personnalité. Ce phénomène comme on sait, peut atteindre des formes très radicales qui peuvent aller de la négation de sa présence en tant qu'apparence, en passant par la mutilation de sa sexualité, pour se manifester dans l'infanticide des fillettes et la mise à mort des veuves.

Les moeurs sont la substance éthique des peuples. En tant que telles, ces moeurs s'opposent à l'éthique universelle qui est selon son concept et sa vérité axiologie rationnelle. En d'autres termes la substance éthique de l'humain est l'essence même de son être. Cette substance se dévoile dans son devenir rationnel et implique la négation des moeurs de la barbarie et de la barbarie des moeurs.

Ce qui se manifeste dans cette substance universelle, c'est la dimension axiologique de l'humain en tant que tel. Son contenu n'est autre que le logos des universaux. La philosophie, et plus précisément l'axiosophie est le chemin de la réflexion de ce contenu.

Cette problématique nous renvoie à cet autre domaine de la dikélogie qui est la justice divine. En effet, Dieu peut être compris en tant que totalité de l'Être, ou en tant qu'ordre moral du monde. La première dimension correspond à l'ontologie théologique, tandis que la deuxième renvoie à l'éthique fondamentale.

L'éthique religieuse telle qu'elle se dévoile essentiellement dans le monothéisme, considère que Dieu est l'essence des universaux. De sorte que l'ordre éthique du monde présuppose ce fondement éthique qui est l'essence des universaux. En d'autres termes Dieu est le Vrai, le Juste, le Bien et le Beau. Pour que ces catégories puissent se manifester dans l'immanence il est nécessaire, selon ce discours, que la Transcendance soit le soleil qui illumine l'effectivité. Nous trouvons l'expression de ce besoin, de la manifestation des universaux dans la conscience religieuse. Pour celle-ci, la croyance religieuse est, comme l'avait souligné Fichte, la foi dans l'ordre moral du monde. De là, la croyance qu'il suffit de croire pour que l'essence éthique universelle puisse devenir réalité effective.

Depuis la nuit des temps, la pratique religieuse a conditionné et a été conditionnée par les moeurs de chaque communauté sociale. C'est donc en rapport à l'esprit de chaque peuple que la religiosité s'est manifestée. Cet enracinement dans le particulier ne se concrétise pas uniquement dans son intégration aux moeurs de chaque peuple, mais aussi par le fait que la médiation à son contenu universel est d'ordre symbolique et non conceptuel. Le Dieu de la conscience religieuse est aussi bien l'esprit du peuple que la puissance de la légitimation absolue contrôlée par son Eglise positive.

Lorsque la hiérarchie ecclésiastique contrôlait effectivement l'ordre du social, le pouvoir tendait à la théocratie. Des penseurs comme Saint Augustin et Saint Thomas d'Aquin, croyaient, par exemple, que les Rois devaient être soumis à la hiérarchie ecclésiastique. En effet, pour cette forme de pensée la connaissance effective des valeurs d'ordre universel ne pouvait venir que de la papauté. Plus précisément du médiateur - le Pontife : le pont fixe entre la transcendance et l'immanence -, entre Dieu et la communauté des croyants.

Avec la formation du phénomène national il y a, comme on le sait, une délocalisation du pouvoir. La royauté est immédiatement légitimée par la Transcendance. On dit, à ce propos, que le Roi est le Roi de tel ou tel royaume "par la grâce de Dieu". Mais, indépendamment de cette délocalisation, la papauté reste, en dernière instance, l'interprète de la voix et de la volonté transcendante.

Ainsi, la compréhension et la connaissance des valeurs d'ordre universel ne sont pas, pour la conscience religieuse, une affaire de raison, mais de croyance dans l'autorité. Cela est d'autant plus vrai que l'ensemble du pouvoir effectif est légitimé par la Transcendance. Les diktats de ce pouvoir étaient dès lors justes parce que commandés : *Iustum quia iussum*. Par conséquent, à aucun moment la conscience capable de réflexion ne se posait la question de savoir si ce qui était commandé coïncidait avec ce qui est juste. Au niveau de sa propre croyance, cette conscience avait la certitude que ce qui était commandé ne pouvait être que juste : *Iussum quia iustum*.

L'arbitraire, l'horreur et la terreur des dark ages, ne peuvent être compris si on ne tient pas compte de ce monopole du savoir des valeurs d'ordre universel par la structure des pouvoirs étatique et religieux. L'expérience historique de l'Eglise catholique et d'autres structures religieuses positives nous montre que le règne effectif des universaux n'est pas garanti par le fait que la structure du pouvoir axiologique se dit être la manifestation même de ces valeurs. Nous l'avons vu, toute structure du pouvoir prétend être précisément la concrétisation des universaux eux-mêmes. C'est cette légitimité qui lui assure le pouvoir. Car aucune positivité ne peut se maintenir longtemps sans légitimation axiologique.

La conscience monothéiste croit toutefois que le rapport à la Transcendance est une garantie axiologique ; voire la seule garantie contre toute forme de perversion dans le monde. La croyance dans la Transcendance est, pour cette forme de conscience, la croyance dans les valeurs d'ordre universel. De plus, dans sa dimension historique cette croyance s'est toujours manifestée dans l'affirmation d'un pouvoir axiologique donné. C'est ainsi que la croyance, pour être vraie, ne peut être que la croyance dans cette médiation.

En d'autres termes, le déisme pur et simple n'est pas considéré, par cette forme de conscience, comme une croyance, mais plutôt comme une non croyance. Ce n'est donc pas dans les valeurs d'ordres universel qu'il s'agit de croire ; même si ces valeurs sont perçues sous la forme d'une figure transcendante et non pas comme un ensemble de catégories. Saint Augustin, par exemple, pensait que les "empires sans justice"<sup>111</sup> ne pouvaient pas être autre chose que le pouvoir d'une bande de voleurs. Mais, chez lui l'absence de justice n'implique pas l'absence d'éthicité sociale et politique, mais plutôt la non-existence d'une croyance chrétienne. C'est pour cette raison que selon la philosophie du pouvoir de Saint Augustin, les pouvoirs temporels doivent être soumis à la Papauté. La Papauté étant dans ces conditions la garantie axiologique en tant que telle.

Or, comme on sait, l'histoire de ce pouvoir, dit spirituel, a été tout, sauf la puissance garantissant le règne de la justice. Nous avons plutôt affaire, dans l'effectivité, à l'histoire de l'arbitraire de ceux qui ont contrôlé ce pouvoir. Ceci à cause du fait que la Transcendance n'est pas la Raison explicitant son propre contenu dikéologique. Le silence de l'au-delà est rempli par la parole du sommet de la pyramide du pouvoir spirituel. De sorte que c'est le niveau de conscience dikéologique de celui<sup>112</sup> qui contrôle ce pouvoir qui conditionne, en dernière instance, le niveau d'éthicité de son discours.

---

<sup>111</sup> 1 La Cité de Dieu, IV,4.

<sup>112</sup> Le pouvoir théocratique est essentiellement autocratique.

Rappelons, toutefois, que la moralité fondamentale de ce pouvoir, s'est très souvent réduite au contrôle des pulsions sexuelles. De sorte que l'être moral est pour ainsi dire l'être sans sexualité, tandis que l'être immoral est celui qui vit la spontanéité de ses pulsions. Cela dit, la moralité religieuse est plus d'ordre existentiel, dans la mesure où elle dicte aux singularités la nature de ce qu'elle conçoit comme un comportement conforme à ses règles. Les interdits essentiels ainsi que les devoirs de la moralité monothéiste, ont été donnés par la loi mosaïque.

A la différence de la moralité religieuse, la justice juridico-politique ne s'adresse pas à l'individualité, elle dresse plutôt les limites de l'action et du comportement. Par conséquent, à la différence de la loi religieuse qui en s'adressant à la singularité lui dit qu'elle ne doit pas tuer son semblable, la loi du droit ne s'adresse pas à l'individualité. Elle signale simplement que celui qui tue un autre, est passible d'une condamnation de X années d'emprisonnement. Cette mesure s'adresse plutôt aux services judiciaires et administratifs, car ce sont ceux qui doivent exécuter et appliquer la mesure imposée par la loi.

Dans le règne du droit, la singularité est pour elle-même. En réalité le droit et la philosophie ont peu de choses à dire à l'individu. Celui-ci est censé être suffisamment rationnel pour connaître ses possibilités et les limites de son action. En effet, le droit présuppose la liberté, le principe du chacun pour soi. Il implique l'être responsable parce que libre. En effet, la liberté implique, comme disait Aristote, le droit de chacun de vivre à sa guise.

A cet être qui est plénitude en lui-même, la philosophie n'a pas à signaler les formes de son comportement, car elle est le chemin de la réflexion. A la base de cette réflexion se trouve le fait que l'individualité cherche à connaître, en toute connaissance de cause, les possibilités et les limites de son action. Donc, tout en se connaissant elle-même, l'individualité prend conscience des limites imposées par l'existence sociale.

Et pour ce qui est des possibilités de l'individualité dans sa dimension existentielle, la philosophie avec Aristote lui rappelle que la vie heureuse est celle qui se réalise conformément à la vertu, et cela sans entraves ; la vertu est, en effet, une médiété. Cela implique par conséquent, toujours selon Aristote, que la vie se tient dans la juste moyenne que chaque individu est en mesure d'atteindre, par lui-même, est la meilleure. Il s'agit, par conséquent, au niveau existentiel pour l'individu, de savoir quelles sont ses capacités dans tel ou tel domaine, pour être conscient de ses limites. Donc de savoir le trop et le trop peu dans le manger, le boire, l'exercice physique et ainsi de suite. Comme on peut aisément le comprendre, cette connaissance implique une reconnaissance plus ou moins constante du soi. Car ce qui est possible dans la jeunesse et dans la plénitude de la vie ne l'est plus tard. De plus, les capacités ne sont pas toujours les mêmes. C'est pour cette raison qu'au niveau de la nourriture, par exemple, il est question dans le comportement vertueux de se sentir à un régime, lequel est en quelque sorte une juste moyenne, dans les possibilités d'une individualité donnée. Il est à remarquer que pour Aristote la vertu n'est pas la négation des pulsions, comme le prétendent les religiosités monothéistes, ni encore moins une coïncidence avec les valeurs de la volonté générale comme l'a cru J.J. Rousseau.

Pour ce qui est des limites dans l'action, la pensée philosophique nous apprend que la liberté de chacun trouve ses limites dans la liberté des autres. Elles nous enseignent aussi que la liberté des autres, est une des conditions essentielles de la civilisation. Plus précisément, du règne des individualités conditionnées et garanties par le droit.

Le droit se manifeste ainsi comme substance du social. Mais, comme nous l'avons souligné, le droit dont il s'agit n'est pas normativité simple : il est, pour ainsi dire, essentiellement matérialité institutionnelle. La philosophie du droit nous apprend précisément à connaître quelle est la raison d'être du droit. De même qu'elle nous permet de comprendre quel droit il s'agit d'objectiver, si nous voulons parvenir à créer une communauté d'égaux en vue de bien vivre, comme l'a dit Aristote.

Le fait est que la philosophie du droit, en nous permettant de nous poser les questions, déjà soulignées par Kant – qu'est-ce que le droit ? et quel droit faut-il vouloir ? – nous permet de comprendre que justice juridique et justice axiologique ne sont pas une seule et même chose. De sorte que la validité d'un droit ou d'une norme juridique n'implique pas leur conformité à

l'axiologie rationnelle. En effet, ce qui est valide, n'est pas toujours juste et ce qui juste n'est pas toujours valide.

Validité (ou légalité) et justice sont des lors deux catégories différentes. La validité implique, en effet, la conformité d'une norme avec une autre de degré supérieur qui conditionne sa production, tandis que la justice implique la conformité d'une norme ou d'un système de normes avec les exigences de l'axiologie rationnelle. De plus, la philosophie du droit nous apprend que tout système normatif est l'expression d'un système déterminé de légitimité, lequel est perçu comme étant la substance même des valeurs d'ordre universel.

Mais, cette tentative d'identité de la légalité à la justice, est le résultat de la volonté apologétique, car tout ordre cherche à se maintenir égal à lui-même. En effet, la survie de tout système de légalité dépend, en dernière instance, de la croyance<sup>113</sup> sociale dans son système de légitimité. Car la bâtisse du droit positif - l'ordonnement juridique -, ne peut pas se maintenir tel un automate, il a besoin de l'énergie provenant de son système de légitimation. Lequel dépend à son tour du logos des principes et de celui des valeurs d'ordre universel. La dimension axiologique est ainsi le premier moteur de tout ordre normatif et par là même, des ordres sociaux. Ce n'est donc pas un hasard si tout ordre institutionnel cherche à montrer et faire croire, par tous les moyens, qu'il est la manifestation pure des principes et des valeurs axiologiques.

De sorte que la justice légale dépend de la justice qui est axiologie rationnelle, cela tout comme la justice domestique dépend de la justice divine. Si bien qu'au point de départ il y a ce logos dont parlaient les grecs. Rappelons que la proposition selon laquelle "au début est le logos", de l'évangile de Saint Jean est traduit traditionnellement par « au début est le verbe". Hegel pour sa part préfère la traduction de "au début est la Raison", tandis que Goethe considère que la traduction la plus pertinente c'est : "au début est l'Action".

Les deux premières versions nous semblent être les plus conformes à ce que le concept de logos a véhiculé depuis sa source grecque. La différence étant que dans la proposition traditionnelle, le Verbe (ou Dieu) est la synthèse naïve et réifiée des valeurs d'ordre universel, tandis que dans la traduction hégélienne les universaux apparaissent comme les produits et les objets de la raison. La première dimension est comme on le sait objet de croyance, par contre la deuxième est objet de réflexion. Pour ce qui est de la proposition de Goethe qui a tant fasciné les marxistes de culture allemande, il faut dire qu'elle est hautement problématique par rapport à ce dont il s'agit. En effet, l'action sans principes ne peut être qu'une opération désordonnée et aveugle. Les principes sont le moteur de l'action et constituent sa finalité. C'est, en effet, au nom des valeurs que nous agissons et en but de la réalisation de ces valeurs. Pour ce qui est surtout de l'action englobante, la raison veut que les principes soient d'ordre rationnel, ainsi que la fin. Cette rationalité comme nous l'avons souligné ne saurait être d'ordre instrumental, mais doit avoir une fonction axiologique. La dikélogie est ainsi source et but de la normativité.

## **2) De l'être et du devoir-être de la justice**

Le droit tire son efficacité non seulement de la force imposée par le fait que ses normes doivent être observées, mais aussi du consensus des membres de la communauté sociale qui ont la conviction que la normativité n'est pas l'expression de l'arbitre de ceux qui détiennent le monopole de la force. Il est par conséquent nécessaire que le droit positif soit perçu comme la manifestation d'une réglementation juste. On peut même dire, à ce propos que la véritable efficacité du droit repose beaucoup plus sur le consensus des membres de la communauté sociale que sur la raison de la force.

De sorte que le droit qui s'impose sans consensus, est l'expression d'un Etat situé en deçà de l'horizon de l'Etat de droit. Nous avons affaire, en l'occurrence, à un pouvoir arbitraire ou tout simplement à une puissance terroriste et terrorisante. L'Etat de droit, par contre, est d'une part celui où des règles objectives régulent les rapports au sein de sa puissance, et de l'autre, celui

---

<sup>113</sup> M. Weber disait, à ce propos, que le fondement de la domination est toujours une croyance.

où l'efficacité de sa normativité repose sur le consensus des membres de sa communauté sociale.

Mais, pour que ce consensus soit effectif il est nécessaire que le droit en vigueur soit juste et plus précisément qu'il corresponde aux critères idéaux qui doivent présider à son objectivation, ce conditionnement étant la puissance énergétique du droit en tant que droit. La conformité pure du droit en vigueur avec ses critères ne peut être que le produit de ce que nous appelons l'Etat de justice.<sup>114</sup> Nous avons alors affaire à une coïncidence du droit valide avec le devoir être du droit. Mais, malheureusement ce n'est pas cette coïncidence que nous trouvons dans la réalité. Nous y trouvons plutôt, un écart plus ou moins grandissant entre l'être et le devoir-être de la justice.

A dire vrai, ce que nous constatons dans la réalité effective, c'est bien plutôt l'effort inouï de tout pouvoir pour prouver que son système normatif est le seul capable de répondre aux critères idéaux. De sorte que le consensus d'un ordre normatif dépend du niveau de réussite de cette entreprise. En d'autres termes, l'efficacité consensuelle d'un ordre juridique dépend de la capacité de persuasion de son pouvoir. Très souvent cette capacité de persuasion est accompagnée par la démagogie, la manipulation et le mensonge.

L'être du droit renvoie précisément à sa positivité. Donc, à cette manifestation de la justice créée en conformité avec les normes de production de chaque ordonnancement juridique. Il est question alors, comme nous l'avons signalé, de droit en vigueur, valide ou positif. Le terme de droit positif est employé dans le sens de normativité posée et non pas d'idéale. L'idéalité correspondrait plutôt à son devoir-être. Suivant la même logique nous disons que la justice positive est celle qui est manifestation de l'effectivité du droit et qui comme telle conditionne son existence. Cela, à cause du fait que les principes sont, à la fois, ce qui conditionne l'action et qui se présente comme son tout.

Lorsque nous parlons de devoir être de la justice nous ne nous référons pas à sa légalité ou à sa validité, mais plutôt à sa légitimité axiologique. La légalité renvoie plutôt à la conformité d'une normativité avec d'autres d'un grade supérieur et plus précisément avec les normes de production de chaque ordonnancement. Bien évidemment, tout système normatif tend à présenter cette coïncidence comme étant la manifestation même de la justice.

Dès lors se pose la question de savoir ce qu'est la justice. Rappelons à ce propos que pour Kelsen la justice est une catégorie irrationnelle. Nous verrons par la suite que cette réponse n'est pas la seule. Il y a, en effet, plusieurs théories sur la justice. Pour le moment, ce que nous voulons signaler est que tout système juridique fait référence à cette catégorie. De plus, tout ordonnancement juridique tend à insinuer qu'il est sa seule manifestation, car dans la positivité la légalité est synonyme de justice. Ce réductionnisme est propre à la dogmatique juridique.

Dans le rapport entre la légalité et la légitimité, les choses sont faites de telle sorte que la légitimité est concrètement le produit de l'axiologie communautaire, mais elle tend à être présentée comme l'axiologie en tant que telle. De sorte que les instances de la légitimation particulière, sont présentées comme étant d'ordre universel. En d'autres termes tout jus se manifeste comme étant la *justicia* en tant que telle.

Par conséquent, ce qui est contenu dans ce rapport c'est : premièrement, que la justice en tant que valeur universelle est la mesure de toute justice positive et deuxièmement, que la justice est la valeur universelle qui réalise à travers le droit.

Or, lorsque nous disons que la justice est la mesure de toute justice positive, nous voulons souligner à la fois, d'une part, que la légitimation en dernière instance ne peut venir que de cette dimension d'ordre universel, et de l'autre que la notion de justice universelle est la mesure en tant que telle de toute normativité. Par conséquent, le rôle axiologique de cette dimension d'ordre universel est de se réaliser dans la positivité.

De sorte qu'en posant l'universel comme mesure du particulier, ou de la justice positive se pose à la fois la nécessité de sa réalisation. Mais, ce processus ne peut pas être conçu comme une finalité qui peut être réalisée à un moment donné, car il ne peut pas y avoir identité pure et

---

<sup>114</sup> Donc, d'un Etat qui est une alliance destinée à garantir chaque citoyen contre l'injustice.

simple entre le particulier et l'universel. Il s'agit bien plutôt d'un mouvement infini de recherche de la coïncidence. Pour cette raison Ihering disait que la lutte pour la justice - et donc pour le droit juste -, est un éternel devenir. Ulpian, le théoricien du droit romain, parlait déjà, pour sa part de volonté constante et perpétuelle pour accorder à chacun ce qui lui correspond.

Ce n'est donc pas une particularité historique qui doit être la puissance qui légitime la positivité, mais bien plutôt l'universalité contenue dans l'axiologie rationnelle. D'ailleurs, comme nous l'avons signalé, la nécessité de ce rapport se manifeste clairement dans les commentaires apologétiques de toute source particulière de légitimation. L'effort essentiel dans ce domaine se manifeste dans le fait que ces commentateurs cherchent, par tous les moyens, à montrer que la source particulière de légitimation est précisément la manifestation pure de l'axiologie rationnelle. Par conséquent, c'est cette forme de légitimité qui apparaît comme la légitimité en dernière instance.

L'axiologie rationnelle se présente dès lors comme la puissance légitimante en dernière instance. De sorte que la soit sa légitimité de cette dimension. Laquelle est supposée être contenue dans la norme fondamentale, ou dans ses sources de légitimation historiques. C'est ainsi que la Constitution française de 1959 est la norme fondamentale sur laquelle s'appuie son ordonnancement juridique. Mais cette Constitution tire sa légitimité de la "Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen" de 1789, ainsi que du "Préambule" de la Constitution de 1946. Or, selon la dogmatique constitutionnaliste française, ces textes fondamentaux sont l'expression de l'axiologie rationnelle. Nous constatons le même ordre d'arguments par rapport à d'autres systèmes juridiques. En effet, chaque système juridique cherche pour sa part à montrer, comme nous l'avons déjà souligné, qu'il est la plus haute objectivation du devoir-être de la justice.

Or, dans la réalité les choses se passent autrement. Tout ordre institué, tout ordre social, se donne ses propres principes dans un texte fondamental, lequel est censé être la manifestation d'une tradition axiologique. De plus, cet ensemble de manifestations de la juridicité fondamentale est à son tour considéré comme l'exposition la plus fidèle de l'axiologie rationnelle. Parfois, il est vrai, la rationalité axiologique d'un ordre est censée être la manifestation d'une doctrine, perçue comme substance de l'axiologie rationnelle elle-même. C'est le cas notamment du marxisme pratique.

Cela dit, ce qui se dévoile dans ce rapport entre la légitimité et l'effectivité légale d'un ordre, c'est la volonté de légitimation apologétique. Le rôle de la philosophie du droit en ce qui concerne cette problématique, c'est précisément de se présenter comme critique non seulement des systèmes de légalité effectifs, mais aussi des systèmes de légitimité qui conditionnent et informent l'existence d'un ordre social.

Kant pour sa part pensait qu'il est impossible de dériver les valeurs de la réalité, cimenter le devoir-être sur ce qui est. En effet, si nous entendons par valeurs et devoir-être, les valeurs d'ordre universel, il est évident que Kant a raison. Ce n'est pas la réalité qui est le fondement de ces valeurs, elle est plutôt sa manifestation. Comme nous l'avons déjà signalé, ces valeurs ont comme fondement la dimension rationnelle de l'humain. Elles sont, plus précisément, la plus haute exposition de sa substance éthique. En d'autres termes, en posant les universaux comme principe et finalité de son être social, l'humain extériorise sa substance éthique comme le moteur de son être et de son devenir.

On ne peut donc pas déduire le devoir-être de ce qui est. Ce qu'on peut plutôt en déduire, c'est la négation de cette dimension. Bien évidemment cette négation se réalise toujours au nom de ce devoir-être lui-même. De sorte que le discours apologétique n'est pas conditionné par une position axiale, mais bien plutôt par sa perversion. Cela dit, tout ordre positif, comme l'a signalé Stammler, doit contenir un minimum moral. Le discours apologétique ne peut pas, dans un monde individualisé, longtemps cacher la supercherie de sa parole. C'est la raison pour laquelle la délégitimation tend à provoquer la désagrégation des ordres les plus solidement implantés grâce à l'apologie mensongère, la démagogie ou la terreur. L'effondrement des structures du socialisme dit réel montre jusqu'à quel point la dimension axiologique n'est pas de la simple fumée idéaliste, comme certains idéologues ont eu tendance à le croire.

Dans l'interrogation sur la dimension effective du devoir-être de la justice, se présente la question de savoir, s'il y a, à hauteur de nos circonstances, un minimum éthique devant conditionner l'existence effective d'un ordre social. Pour donner une référence cohérente, nous devons tenir compte d'une part, qu'un minimum éthique est toujours nécessaire, et de l'autre, que ce niveau d'éthicité est conditionné par le degré de conscience et de rationalité du moment historique. La réalisation de la substance éthique de l'humain se présente comme un fil conducteur a priori. On peut donc penser que chaque moment historique comporte son minimum éthique. Cela dit, la lutte pour la justice ne peut être qu'un éternel recommencement. A chaque moment il faut se poser la question de savoir, si un ordre institutionnel donné correspond ou non aux principes de l'axiologie rationnelle.

La prise en compte du devoir être du droit, ainsi que la conscience claire de son rôle social, sont des conditions nécessaires à la manifestation de la justice dans le monde. La position contraire est celle de la négation de la dimension axiologique du droit. Donc, l'acceptation de l'injustice existante. Cette position est précisément celle de la dogmatique juridique et du positivisme. Pour ces écoles, en effet, la justice positive est la seule justice effectivement possible. En d'autres termes, la justice positive est le pouvoir-être du droit. La catégorie du devoir-être est plutôt présentée comme une dimension irrationnelle, comme disait Kelsen.

Bien évidemment, cette position positiviste est une simple affirmation du droit existence. Cette école ne se pose pas la question de savoir pourquoi il y a des différences aussi grandes, parfois abyssales, entre les différentes manifestations de la justice effective. Certains théoriciens font, à ce propos, allusion à l'esprit du peuple - au célèbre *Volksgeist* de l'école historique allemande -, pour expliquer les différences dans les manifestations phénoménales de la justice. Ce qui implique, comme on peut aisément le comprendre, une relativisation totale de cette catégorie universelle.

Poussée à son extrême, cette position ne peut que conduire à la négation de la dimension universelle de l'humain. En d'autres termes, selon la logique de ce discours nous n'avons pas affaire, dans les différentes manifestations de l'humain, à l'extériorisation du même genre. Certaines manifestations seraient des concrétisations de l'humain, de l'être rationnel, tandis que d'autres ne le seraient pas. Comme on sait, la théorie juridique du droit national-socialiste fut probablement l'expression la plus radicale de cette tendance.

Par contre, ce qui s'insinue et s'affirme dans la réflexion universalisante - dans la philosophie - depuis sa formation, c'est la thèse selon laquelle l'humain, sa dimension générique,<sup>115</sup> se manifeste d'une manière naturelle dans toutes ses déterminations concrètes : chez les individus, comme dans les communautés sociales et culturelles. La rationalité est une caractéristique de cet être : de cet animal culturel. Cet être, comme nous l'avons déjà souligné, ne produit pas seulement des valeurs matérielles, il produit aussi des valeurs culturelles. Parmi ces dernières nous avons affaire à des référentiels et, dans la plus haute manifestation de cette logique productive, à des valeurs d'ordre universel : aux universaux.

En ce qui concerne les ordres sociaux, il est important de rappeler que toute réalité sociale produit sa propre normativité. Cette normativité est elle-même conditionnée et informée par un système de valeurs qui l'oriente et lui sert de raison légitimante. La philosophie du Droit est, de par sa dimension axiologique, le savoir critique de toute forme d'objectivation de la normativité. Elle nous montre, en tout cas, que tout ordonnancement juridique est le moyen terme entre l'ordre social et le système de valeurs. Le système de valeurs étant la puissance énergétique, car c'est lui qui informe, conditionne et légitime l'ordre social.

Tout montre, en effet, qu'un ordre social ne peut pas exister sans un système de valeurs et, de plus, que ce système tire sa propre légitimité d'une présumée coïncidence avec les valeurs

---

<sup>115</sup> La thèse contraire est exprimée par Joseph de Maistre dans le passage suivant : "La Constitution de 1795, tout comme ses aînées, est faite pour l'homme. Or, il n'y a point d'homme dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc.; je sais même, grâce à Montesquieu, qu'on peut être persan ; mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie ; s'il existe, c'est bien à mon insu". Considérations sur la France, Vrin, 1936, p. 81.

d'ordre universel. Dans sa vérité, cette coïncidence est non seulement présupposée, mais considérée comme un fait. Le rôle du savoir apologétique étant précisément celui de présenter cette coïncidence comme un dogme, voir comme une vérité. De sorte que ce savoir est capable, comme on peut le constater tout au long de l'histoire, de présenter les plus hautes manifestations de la perversion et de la malfaisance sociale, comme étant l'objectivation même de la justice.

La philosophie critique du droit, de par sa dimension axiosophique, cherche à montrer que le rôle dikélogique de la juridicité n'est pas de maintenir un ordre injuste, mais plutôt de faire en sorte que la normativité puisse être conforme à son devoir-être, en dernière instance donc, à sa légitimation.

Par rapport au rôle social du droit, nous pouvons distinguer deux positions bien différentes. Premièrement, celle qui affirme que le but du droit positif est de faire régner l'ordre social ; et deuxièmement, celle qui considère que le but du droit est d'assurer le bien être et la sécurité dans la justice.

La première école est surtout représentée par la dogmatique juridique et par la théorie positiviste du droit. Pour ces théories de la juridicité, le système juridique est un ordre normatif instituant des sanctions. Ce qui veut dire que l'ordonnement normatif est perçu à partir du droit pénal. Dans ces conditions le but du droit est de maintenir un ordre social quelle que soit son inconformité avec les principes d'ordre axiologique. Par conséquent pour cette école, le droit est réduit à ce domaine de sa validité objective qui est le droit pénal. Ce réductionnisme mène à voir dans l'institution de sanctions le rôle essentiel du droit. De sorte que la justice positive est conçue comme la manifestation pure de la justice axiologique.

Pour la deuxième école par contre, le rôle du droit est celui de réaliser le devoir-être de la justice. De là que pour cette école le but du droit est de réaliser sa dimension d'ordre universel. Le droit axiologique est ainsi le résultat de l'objectivisation de la substance éthique de l'humain. Ce qui présuppose un minimum éthique dans la juridicité positive. Le problème est, dès lors, de savoir quel peut bien être le contenu de ce minimum ?

Il apparaît clairement que cette question n'a de sens qu'à l'intérieur d'une perspective axiologique. Par conséquent, d'une perspective qui considère la réalisation de la substance éthique comme le but même du devenir de l'humain. Nous avons, à ce propos, déjà signalé que du point de vue de l'axiologie rationnelle, la réalisation de la substance éthique de l'humain est le fil conducteur a priori" de sa propre historicité. Ce processus pose comme but, au niveau des communautés particulières, la réalisation d'une communauté d'égaux en vue de bien vivre, et au niveau du général la réalisation d'une communauté internationale se réalisant dans l'universalité des rapports.

Cela veut dire que l'isonomia et l'isocratia sont, pour notre moment historique, es conditions indispensables de ce minimum éthique, au niveau du fonctionnement des communautés sociales. Cela implique, dès lors, aussi bien la non existence de privilèges<sup>116</sup> juridiquement garantis, comme la non existence de situations de monopole de la chose publique.

A la hauteur de nos circonstances il s'agit, par conséquent, d'aller au delà de la simple garantie des libertés individuelles et de la réalisation des conditions institutionnelles pour empêcher l'appropriation de la chose publique. A ce propos, comme on peut aisément le comprendre, il serait particulièrement inactuel de demander que le pouvoir soit donné aux lois et non pas à un roi, aussi sage ,soit-il. Notre moment historique se situe, en effet, par delà le pouvoir arbitraire. Nous posons l'Etat de droit comme un fait acquis. Ceci, bien évidemment au niveau des manifestations sociales dans lesquelles les présupposées premières le la liberté de tout un chacun sont des conditions indispensables à l'existence sociale. De sorte qu'au niveau des communautés sociales, nous considérons l'Etat de droit comme un fait acquis. Il s'agit a présent d'assurer la réalisation pleine et entière de la démocratie, donc de surmonter les structures oligarchiques, c'est-à-dire celles où la chose publique est encore objet de monopole de la part de l'élite qui contrôle le pouvoir effectif du social.

---

<sup>116</sup> Privilèges dans le domaine du droit pénal, du droit fiscal et du droit du travail.

Au niveau international il s'agit, comme nous l'avons signalé, de créer des mécanismes objectifs, capables d'assurer la proportionnalité dans l'échange et de surmonter les entraves qui empêchent l'universalité des rapports entre les différentes manifestations et déterminations de l'humain. Le fait de dénier l'humanité à certaines manifestations de l'humain, constitue sans nul doute une des entraves essentielles, qui empêchent la réalisation de ce but éthique au niveau général qui est la création d'une communauté universelle. Il y a aussi des coutumes et idéologies particulières qui entravent le processus de convergence et de conciliation de l'humanité avec elle-même. Ces manifestations négatives peuvent se réduire, se concrétiser dans la simple exclusion, voire négation de l'altérité en tant qu'altérité.

Cela dit, poser l'axiologie rationnelle en tant que perspective de l'action humaine, c'est poser la thèse d'un processus d'accomplissement. Quelle différence avec Marx ? est-on en droit de se demander. Car Marx pose la communauté d'entités autonomes vivant dans l'abondance comme but de l'Histoire, tout comme le fait Aristote et comme nous le faisons aussi. A ce niveau-là, il est évident que le but est le même. C'est celui de l'axiologie rationnelle. La différence fondamentale par rapport à Marx se trouve dans le fait que chez l'auteur du Capital le processus d'accomplissement est le résultat des automatismes de l'Histoire. Plus précisément, du matérialisme historique. Althusser a eu raison de signaler que le Marx mûr ne pose pas la substance de l'humain comme but de son accomplissement. Pour cette raison il soutenait que le marxisme est un antihumanisme.

Certes, le jeune Marx pose l'essence de l'humain comme but de son accomplissement. Mais, la réalisation de ce but se trouve médiatisée par la négation de la moralité objective. Donc, de l'économie, du droit et de la politique. Or, comme nous essayons de le montrer dans le chapitre précédent et dans la Postface, c'est précisément cette négation de la moralité objective qui produit nécessairement l'autodestruction des sociétés se reproduisant d'une manière élargie. En d'autres termes au-delà de la moralité objective se profile non pas la communauté d'égaux vivant dans l'abondance, mais bien plutôt le règne de la moralité familiale, c'est-à-dire de la religiosité. La négation de la moralité en tant que telle ne peut produire, elle, que le vertige Thanatique. En effet, il ne peut pas y avoir de vie sociale sans échange et sans règles objectives régulant les rapports entre les sujets du social.

La philosophie est essentiellement axiosophie. En tout état de cause, elle est la conscience du fait que l'action conduit à des positions axiologiques par la référence ou le renvoi à des valeurs. Pour cette raison, le but de toute action est toujours une valeur. C'est précisément cette conscience de la dimension axiologique de l'humain, qui nous mène à poser l'accomplissement des principes de la moralité objective, comme la condition de la réalisation de l'humain.

De plus, nous ne posons pas comme Marx un moment final à ce processus d'accomplissement. Il s'agit bien plutôt d'une lutte éternelle pour la justice. Cela dit, les problèmes posés par la pratique du marxisme, nous montrent d'une manière évidente que le but axiologique n'est pas une garantie suffisante pour sa réalisation. Les moyens en vue d'arriver à une fin, peuvent être en opposition totale avec cette fin. C'est ainsi que vouloir atteindre l'abondance matérielle, au niveau social, par le biais de la négation de l'échange élargi et des catégories qui lui sont consubstantielles, est aussi absurde que vouloir atteindre la santé physique par la grève de la faim.

### **3) Les théories métaéthiques de la justice**

Les théories métaéthiques de la justice ne sont pas des théories éthiques en tant que telles, mais plutôt des théories qui s'interrogent sur la connaissance, le fondement, et le mode d'être des catégories universelles qui lui sont consubstantielles. Les théories métaéthiques peuvent être divisées en deux parties bien distinctes. Les premières sont celles qui considèrent que les valeurs sont des qualités inhérentes aux normes et aux actions et qui peuvent être, comme telles, connues. Ce sont les théories cognitivistes. Les deuxièmes sont les théories qui considèrent que les valeurs ne peuvent pas être connues, parce qu'elles sont l'expression de déterminations d'ordre subjectif ou de manifestations de la volonté. Nous avons affaire, dans ce cas, à des théories noncognitivistes.

Nous appelons métaéthiques ces théories, car elles considèrent la dikélogie en tant qu'objet de la connaissance de ce qui est, axiosophiquement, le but de la connaissance. C'est pour cette raison que nous parlons de théories métaéthiques. Au sens strict du terme ces théories n'impliquent pas une connaissance supérieure aux universaux eux mêmes, mais bien, comme nous venons de le souligner, de la connaissance du but même de la connaissance axiologique. Cela dit, chacune de ces tendances est subdivisée en plusieurs écoles. C'est ainsi que les théories cognitivistes se divisent en doctrines naturalistes, rationalistes et intuitionnistes. Par contre les théories non-cognitivistes sont soit volontaristes, soit émotivistes.

Nous allons faire référence tout d'abord aux théories cognitivistes et plus précisément, à celles qui considèrent que les valeurs peuvent être connues soit empiriquement, soit par le moyen de la raison, soit enfin par le biais de l'intuition. D'une manière générale on inclut dans le courant naturaliste le jusnaturalisme et l'utilitarisme ; cela à cause du fait que les naturalistes considèrent que la justice est une qualité qui appartient aux normes et aux actions de la même manière que le phénomène appartient à l'être. De plus, comme nous venons de le signaler, ces courants de la pensée considèrent que cette qualité peut être prouvée empiriquement.

Pour ce qui est du jusnaturalisme, il convient de distinguer entre l'école classique et l'école moderne. L'école classique du jusnaturalisme correspond à ce mouvement de la théorie du droit qui s'est développé aux XVIIème et XVIIIème siècles en Hollande. Les principaux penseurs de cette école sont Grocio, Thomasius et Pufendorf.

C'est en 1625 que Grocio, le fondateur de cette école, publie son oeuvre principale : Le Droit dans la Guerre et dans la Paix. Pour Grocio il y a chez l'être humain une tendance instinctive à la sociabilité (*appetitus societatis*). Cet instinct le pousse à vivre dans une société ordonnée et tranquille. C'est donc de par sa nature que l'être humain est un être sociable. Les droits inhérents à cette sociabilité lui sont propres de par la nature.

Nous pouvons trouver trace de cette thèse déjà chez Aristote. Pour lui en effet, l'humain n'est pas seulement un animal familial, mais aussi un animal social. Ces déterminations constituent un fondement. Le fait d'être un animal politique constitue une puissance, car les êtres humains selon lui sont destinés à vivre dans la cité et à en être le produit.

Les théoriciens du jusnaturalisme, à la différence d'Aristote, pensent que l'être social ne s'accomplit pas dans le droit, mais que son accomplissement doit être le résultat du fait que le droit positif se conforme aux exigences du droit naturel. Dans ce sens, le droit positif est juste s'il coïncide avec le droit naturel. Le droit naturel apparaît ainsi comme le fondement du droit positif, comme son essence.

C'est à cette perception du droit que fait référence l'article premier de la "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", de 1789, lorsqu'il dit que " les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit". De sorte que la liberté et l'égalité (par rapport au droit et au pouvoir) sont des phénomènes naturels qui doivent être promus et garantis par le droit positif. Une variante de cette vision du droit fut reprise après l'horreur de la deuxième guerre mondiale et la tragédie du nazisme par un philosophe du droit comme Radbruch. Radbruch considérait en effet, que la nature des choses (*Natur derschache*) est le conditionnement objectif de l'ordre juridique. Cette nature des choses<sup>117</sup> renvoie en dernière instance à la nature de l'humain. De sorte que par delà la nature des faits se situe la nature de l'humain. Ce rapport étant lui-même médiatisé par la nature ou la logique de l'ordre institué. Or, on sait que cette dimension tend à jouer un rôle de premier ordre, dans la mesure où pour la conscience acritique la normativité tend à être synonyme de naturalité.

Quoi qu'il en soit du point de vue de la connaissance, le jusnaturalisme pose le juste comme une dimension objective. C'est pour cette raison que sa théorie de la connaissance de la justice fait partie de la théorie cognitiviste. Cette constatation gnoséologique ne doit pas nous faire oublier que la théorie du droit naturel est hautement problématique, dans la mesure où le droit n'est pas naturel, ni la nature d'ordre juridique.

---

<sup>117</sup> Rappelons à ce propos que le *rerum natura* est un concept fondamental de la jurisprudence romaine.

L'utilitarisme fait aussi partie des théories naturalistes, comme nous l'avons signalé. Cette école s'est surtout développée en Angleterre à partir de Jeremy Bentham. John Stuart Mill et Herbert Spencer sont considérés comme les plus grands continuateurs classiques de cette école. Pour ces théoriciens la justice s'identifie à l'utilité du plus grand nombre. C'est ainsi que si une action produit plus de plaisir que de douleur, il faut en déduire qu'elle est conforme aux exigences de la morale utilitariste. De sorte que par cette possibilité de manifestation empirique, la justice cesse d'être un concept vague pour devenir une dimension opérationnelle.

À partir de Bertrand Russell et de l'utilitarisme américain, on fait la différence entre l'utilitarisme de l'action (act-utilitarianism) et l'utilitarisme de la règle (rule-utilitarianism). L'utilitarisme de l'action est essentiellement classique. Il tient compte principalement de l'action individuelle. Sa finalité étant de produire un maximum de félicité pour le nombre le plus grand de personnes. Nous avons ainsi affaire à une pratique individuelle que nous appelons en français la bonne action. Par contre, l'utilitarisme de la règle a une dimension plus sociale, plus sociologique.

Pour l'utilitarisme de la règle, en effet, il ne s'agit pas d'accorder une importance primordiale aux conséquences de l'action individuelle, mais plutôt à celles qui découlent de l'adoption des règles générales. Pour cette école, il s'agit d'accepter les règles qui correspondent au principe de l'utilité et plus particulièrement qui permettent le plus grand développement du bien-être et la satisfaction des besoins de l'humain.

C'est ainsi que l'utilitarisme classique est plutôt un guide éthique pour les individus, tandis que l'utilitarisme moderne accorde une importance primordiale aux résultats de la normativité qui conditionne l'existence sociale. Au sens strict du terme, l'utilitarisme ne se propose dans la connaissance de la justice en tant que telle, mais la reconnaissance de ses manifestations. C'est dès lors, l'être manifesté de la justice qui est l'objet de la connaissance empirique. C'est pour cette raison que l'utilitarisme, tout comme le jusnaturalisme, sont considérés comme naturalistes.

La deuxième école, le rationalisme, considère, pour sa part, que les universaux peuvent se manifester dans la réalité ; Plus précisément, que le but de l'humain est la réalisation de ces catégories d'ordre universel. Les rationalistes coïncident avec les naturalistes, lorsqu'ils pensent que l'éthique est une dimension qui appartient aux normes et aux comportements. Mais, ils se différencient d'eux par le fait qu'ils considèrent que les valeurs d'ordre universel, ne peuvent être connues que par la raison et non pas d'une manière empirique. On peut expliquer cette différence d'une autre manière, en rappelant que chez les naturalistes la raison est un instrument de reconnaissance, tandis que chez les rationalistes, la raison est la source même de la connaissance. Ceci, à cause du fait que la raison est pour eux à la fois source de production et de connaissance de la justice et par conséquent des universaux en tant que tels.

L'école rationaliste est généralement perçue comme dérivant de la philosophie de Kant. En effet, le philosophe de Königsberg est le premier à avoir fait une différence claire entre les concepts et les universaux. Cette différence est contenue chez Aristote, mais c'est chez Kant et Schopenhauer que la détermination de cette différence prend une importance de premier ordre. Pour ces philosophes, en effet, les concepts sont a posteriori, tandis que les universaux sont, a priori, parce qu'ils sont les produits de la capacité synthétique de la raison : de sorte que pour cette école, le fondement du juste ne doit pas être cherché dans un soi disant ordre naturel du monde, mais dans la dimension rationnelle de l'être humain.

Il faut rappeler aussi que chez Kant, le droit naît de la nécessité de la raison d'avoir à concilier la liberté de chacun avec la liberté de tous. En fait, pour lui la liberté, dans la multiplicité, disparaîtrait, s'il n'y avait pas une loi universelle capable de les faire coexister. Cette loi universelle permet cette coexistence, car elle est capable de sacrifier, dans le strict nécessaire, la liberté de chacun pour permettre la liberté de tous.

Ainsi, pour Kant l'ordre juste est celui qui permet cette coexistence, tout en limitant la liberté de chacun au strict minimum. De plus, à la différence des théoriciens de l'absolutisme, comme Bodin et Hobbes, l'individu n'abdique pas sa liberté auprès de l'Etat et de son Roi. Il doit la conserver de la façon la plus totalisante.

Le rationalisme, proprement dit, doit se différencier du rationalisme théologique. Plus précisément, du rationalisme scolastique lié à la pensée de Thomas d'Aquin. En effet, le rationalisme théologique part de la thèse selon laquelle la raison d'ordre universel se trouve dans la transcendance elle-même. La raison humaine ne fait que reprendre cette dimension lorsqu'elle est coïncidence pure avec la Transcendance. Dans ce sens la raison humaine est le reflet de la raison divine. On peut exprimer cette problématique d'une autre manière, en disant que l'être humain accède à la dimension rationnelle lorsqu'il participe à la raison divine. Cette participation étant le résultat non seulement de la croyance, mais de la réflexion sur le sens même des universaux contenus dans la Transcendance. C'est la raison pour laquelle cette école est connue sous le terme de théologisme intellectualiste ou rationaliste.

Du point de vue du rationalisme juridique cette école, comme nous l'avons indiqué, se développe avec Thomas d'Aquin et connaît un moment important dans la scolastique espagnole avec Victoria. L'étude de l'oeuvre d'Aristote et particulièrement de son éthique est, comme on sait, le point de départ de cette réflexion. La différence principale, avec l'aristotélisme proprement dit, étant que dans la pensée religieuse les universaux sont la manifestation même de la Transcendance et non pas une production de la dimension rationnelle de l'humain.

Le théologisme rationaliste doit être différencié du théologisme volontariste. Cette dernière école, comme nous le verrons plus loin, fait dériver la justice non pas de la raison divine, mais de sa volonté. On peut, à partir de cette double source de la divinité, posée par la pensée théologique, comprendre aisément que la divinité est perçue nécessairement comme la substance de l'humain ; plus précisément comme cet être rationnel et volontaire qui est en lui-même la plus haute expression éthique de l'humain. Toutefois, la rationalité de cette dimension n'est pas saisie dans son effectivité, mais simplement intuitionnée. Le but de la réflexion éthique étant ici la coïncidence pure de conscience pensante avec l'idée de la Transcendance.

Cela dit, c'est dans l'école intuitionniste que nous trouvons développée cette catégorie de la façon la plus cohérente. Nous avons l'exemple classique de cette école dans la philosophie de Platon. Pour Platon, comme on sait, nous ne pouvons connaître empiriquement que le singulier et le particulier, mais pas les concepts ni les universaux. Nous possédons, en effet, ces catégories dans la conscience, quoi que d'une manière incertaine. Le caractère flou de ces pensées est le résultat du fait que la conscience a connu ces notions dans le règne des idées. Ce règne est, plus précisément, celui que nous avons connu avant l'existence effective, avant d'apparaître dans le monde phénoménal. Dans ce règne des idées, la conscience a été en contact avec les catégories en soi. De sorte qu'il s'agit de récupérer la vision claire de ces catégories au moyen de la réminiscence et de la réflexion ; la philosophie platonicienne étant le chemin de la pensée qui mène à ce but.

Rappelons que le résultat pratique de cette connaissance est pour Platon, la création d'une élite du pouvoir capable de restructurer le social, en vue de la réalisation des valeurs d'ordre universel. La république platonicienne est précisément cet ordre dirigé par les philosophes-rois. De telle manière que dans ce système se produit la conciliation du pouvoir et du savoir. Comme nous l'avons déjà souligné, la réflexion platonicienne mène à la constitution d'un monde castifié. Lequel ne peut être, pour nous, le but éthique de l'humain, mais plutôt sa perversion. Le but éthique de l'humain, tel qu'il est exprimé par l'axiologie rationnelle, est bien plutôt, comme l'avait signalé Aristote, la constitution d'une communauté d'égaux en vue de bien vivre.

Cela dit, la catégorie de l'intuition est reprise d'une manière substantielle par les partisans d'une méthode phénoménologique. Cette école, comme on le sait, commence avec Husserl, pour se développer par la suite avec Max Sheler et surtout avec Nicolai Hartmann. Pour les partisans de cette école, l'intuition fondamentale se manifeste sous la forme de l'intuition eidétique. Cette intuition eidétique nous permet de saisir les structures essentielles que constituent les formes a priori de toute expérience possible. De plus, l'intuition eidétique nous permet d'appréhender les catégories essentielles avec la même objectivité et évidence que les données qui se présentent à la perception immédiate.

Il est important de remarquer que pour l'école phénoménologique, à la différence du platonisme, les catégories d'ordre universel ne sont pas perçues comme subsistant dans une

dimension transcendant l'expérience, mais plutôt comme des notions immanentes à la conscience elle-même, comme des objets intentionnels de l'acte même du penser.

Hartmann pense pour sa part que l'intuition eidétique se dévoile, de par sa fonction essentielle, en intuition stigmatique<sup>118</sup> et intuition émotionnelle. L'intuition stigmatique se rapporte à la vision des universaux, tandis que l'intuition émotionnelle se rapporte à la dimension esthétique. En d'autres termes, l'intuition stigmatique nous permet de saisir les catégories éthiques du Bien, du Vrai et de la Justice, tandis que l'intuition émotionnelle nous renvoie à la catégorie du Beau.

Nous pouvons, dès lors, dire que pour les intuitionnistes la Justice est une qualité qui appartient aux actions et aux normes qui les régulent. La différence entre les intuitionnistes et les autres écoles cognitivistes se trouve dans le fait que pour eux les valeurs d'ordre universel ne peuvent pas être connues empiriquement, ou démontrées rationnellement ; elles ne peuvent être perçues et connues que par cette faculté propre à l'être humain qui est la faculté de l'intuition.

Voilà donc pour ce qui est des écoles cognitivistes. Nous avons vu que les théories métaéthiques comportent une autre variante qui est celle des écoles non-cognitivistes. Pour ces écoles, en effet, les valeurs ne peuvent pas être connues en elles-mêmes, car leur fondement se trouve soit dans le champ de la volonté, soit dans le domaine des sentiments.

L'école la plus importante du courant non-cognitivistique se trouve précisément dans les théories dites volontaristes. Ces théories partent en général de la simple constatation que l'ordre institutionnel et les lois qui conditionnent leur existence, sont le résultat de la convention. Le contractualisme est ainsi une des sources de l'école volontariste. Cela dit, dans le volontarisme, les institutions sont perçues : soit comme le résultat de la volonté des plus forts, soit comme le produit de l'abdication de la volonté des membres de la société en faveur de celle du Prince. De sorte que la normativité véhicule les valeurs qui conditionnent l'action et l'ordre institutionnel en général. Mais la normativité est le résultat de la volonté immédiate (celle du plus fort), ou de la volonté déléguée (de celui qui contrôle le pouvoir).

La forme immédiate de la volonté est déjà exprimée par le sophiste Trasimaque. Platon nous dit, en effet, que selon Trasimaque le juste est l'expression des intérêts du plus fort. Dans ce jugement, le juste n'apparaît pas comme une catégorie en elle-même, mais comme la manifestation de l'arbitraire. Donc, de ce qui a aujourd'hui un sens, et demain en aura un autre. De plus en tant qu'expression de la volonté du plus fort, le juste est une simple croyance des dominés. Car, dans la réalité, il s'agit plutôt du contraire. Mais, la domination est faite de telle sorte que le dominé tend à croire que le chef connaît la vérité et indique la seule voie juste. De sorte que sa volonté est la seule source de valeur, car le chef ne peut que connaître les aspirations du peuple et vouloir nécessairement son bien.

Marx pensait pour sa part, comme on le sait, que le droit est l'expression des intérêts de la classe dominante ; donc de la misère et de l'exploitation des travailleurs. De sorte que le droit peut être perçu comme la manifestation de la volonté de la classe dominante. C'est la disparition du droit, dans la phase première du communisme, qui doit permettre, toujours selon Marx, l'avènement de ce qu'on peut appeler le règne de la justice.

Ainsi, chez Marx la justice est pure et simple injustice. De sorte que l'accomplissement de l'humain - le règne de la communauté d'égaux -, ne peut pas être le résultat de la réalisation des principes et des valeurs d'ordre universel, mais bien plutôt la conséquence du développement de l'Histoire. Pour Marx, les valeurs d'ordre universel seraient plutôt le miroir aux alouettes, dont le but est de détourner l'être humain du réel. En somme, les valeurs d'ordre universel, sont plutôt, en tant que telles, des illusions. Leur seule manifestation possible est celle du droit, du politique et de l'économie, tels qu'ils sont dans leur effectivité.

Aristote pour sa part nous dit que le droit a comme but, soit de sauvegarder les intérêts de celui ou de ceux qui dominent, soit de permettre la réalisation des intérêts de tous. Dans les premiers cas, le droit ne peut être que la négation de sa dimension d'ordre universel. Laquelle ne peut être effective que lorsque le droit permet de garantir et de promouvoir le bien-être général.

---

<sup>118</sup> Une vision pure. Hartmann parlait de *Wessensschau*.

Par conséquent, chez Aristote la justice est une manifestation substantielle de l'humain, tandis que chez Marx elle est l'expression des rapports pervers et perversifs. Le fait est que la différence fondamentale entre les cognitivistes et les non-cognitivistes - ou comme disent d'autres théoriciens, entre absolutistes et relativistes -, est précisément que chez les premiers l'axiologie fondamentale est une dimension essentielle de l'humain, tandis que pour les deuxièmes elle est un non-existant, ou plutôt un existant qui est simple positivité parce qu'elle ne peut pas être autrement.

Cela dit, la théorie volontariste, comme nous l'avons signalé un peu plus haut, trouve aussi son expression dans les thèses délégationnistes et contractualistes. Selon les thèses de Hobbes, par exemple, l'ordre institutionnel est le résultat de la délégation de ceux qui ont à le subir. Les hommes, pour dépasser l'état de nature - qui est la guerre de tous contre tous -, sont obligés, poussés par la nécessité de vivre dans la sécurité, de transférer leurs droits naturels à l'Etat. De sorte que la souveraineté de l'Etat, sur les membres de la société est absolue. Cela d'autant plus que le Roi incarne la puissance de l'Etat. Cette thèse comme on le sait, se présente comme la culmination du mouvement absolutiste, lequel commence à être formulé par Jean Bodin, dans sa République.

Quoi qu'il en soit, il est important de retenir, pour ce qui nous intéresse ici particulièrement, que selon cette école, l'ordre institutionnel dépend en dernière instance de l'arbitre de ceux qui délèguent leur pouvoir, et en première instance de l'arbitre de celui qui contrôle le pouvoir. De sorte que le droit et la justice qui en est la substance, ont comme source la volonté, donc une puissance arbitraire.

Il faut remarquer ici que le contractualisme ne débouche pas toujours dans la volonté arbitraire. En effet, chez Rousseau et surtout chez Kant le contrat qu'implique le passage de l'état de nature à l'état social, ne peut pas avoir un contenu quelconque. Son contenu doit être conforme à la raison, laquelle impose la sauvegarde de la liberté des citoyens. De sorte qu'avec cette forme de pensée, le contrat perd son contenu arbitraire et nécessaire pour se transformer en acte conditionné par la raison. Chez Kant, par exemple, l'Etat est non seulement conditionné et limité par le droit, mais aussi par la raison. Nous avons déjà souligné le caractère rationaliste de la théorie kantienne. En effet, selon la philosophie de Kant, la raison est à la fois source de production et instrument de connaissance du droit.

La théorie contractualiste et délégationniste est aussi à la base du positivisme juridique. En effet, selon cette école le droit est le produit du contrat direct ou de la délégation. La puissance législative tire sa capacité productive du peuple qu'elle représente. Ainsi l'Etat moderne tend à monopoliser la production normative via la puissance législative.

En tout état de cause, pour le positivisme juridique, le droit qu'il s'agit de connaître, est le droit effectivement existant. Pour cette école, comme le dit Kelsen, la science du droit ne doit tendre ni à approuver ni à désapprouver son objet, mais uniquement à le connaître et à le décrire.<sup>119</sup> De plus, Kelsen insiste très souvent sur le fait qu'il ne s'agit pas de confondre l'être avec le devoir-être du droit.

Mais, le positivisme juridique tend à se transformer en formalisme juridique. De sorte que le droit en vigueur tend à être identifié au droit juste. Ce glissement théorique implique, comme le signale Bobbio, le réductionnisme de l'être du droit à son devoir-être. La volonté du législateur devient ainsi source de justice. Ceci parce que le droit en vigueur réalise, de par son existence, les valeurs propres du droit.

En d'autres termes, pour le formalisme juridique le droit positif est le pouvoir-être du droit. Le devoir-être n'est qu'une dimension abstraite et par là même sans aucun contenu concret possible. Par conséquent, la volonté du législateur est la seule source de justice. Laquelle bien évidemment change, toujours selon cette vision, avec les circonstances historiques. Ainsi les changements juridiques n'excluent pas le fait que le seul droit juste est le droit positif, ou le droit issu de la volonté du législateur.

Dans l'école volontariste il convient d'inclure aussi le théologisme volontariste. Selon cette théorie, comme nous l'avons signalé plus haut, la justice n'est pas le produit de la raison de

<sup>119</sup> Théorie pure du Droit, Dalloz, Paris, 1962, P. 92.

Dieu, mais de sa volonté. Cette thèse est développée tout d'abord par Saint Augustin et puis par la scolastique écossaise. Pour le volontarisme théologique, l'être du monde dépend de la volonté de Dieu. Cette volonté n'est pas forcément identique à elle-même ; elle est susceptible de changement. De sorte que le négatif peut devenir positif si Dieu le veut. Dès lors, la justice n'est pas un concept absolu, mais relatif.

La primauté de la volonté - et plus précisément, de la raison de la volonté -, chez l'humain, comme chez Dieu, est une thèse qui a été surtout défendue par Duns Scotus, le fondateur de l'école écossaise. Pour ce théoricien du théologisme volontariste, la volonté de Dieu est absolument libre. Est bon ce que Dieu veut, parce qu'il le veut. De sorte que ce qu'il commande est juste, parce que issu de sa volonté. La proposition rationaliste, veut au contraire, que seul soit commandé ce qui est juste.

L'émotivisme est, enfin, l'autre école non-cognitiviste. Pour les partisans de cette école, la justice est un simple jugement de valeur. En tant que telle, elle n'a qu'un simple contenu émotif. C'est ainsi, toujours selon cette école, que nous disons qu'un acte est juste lorsque nous sommes d'accord avec lui, et injuste dans le cas contraire.

Les partisans de la théorie émotiviste se réclament du positivisme logique, défendu par le " Cercle de Vienne " ; plus précisément, cette école néopositiviste qui s'est développée en Autriche entre les deux guerres. C'est ainsi que pour Ludwig Wittgenstein, un des maîtres à penser de cette école, le discours est généralement composé de propositions et de pseudo-propositions.

Les propositions, quant à elles, peuvent être de trois ordres : tautologiques, contradictoires et factiques. Les premières sont toujours vraies, tandis que les deuxièmes sont toujours fausses. Les propositions factiques, sont par contre vraies ou fausses selon qu'elles correspondent ou non à la réalité à laquelle elles se réfèrent. En effet, si nous disons que "le droit est un système juridique", nous sommes en train d'exprimer un jugement vrai parce que tautologique. Dans le sens contraire, si nous disons que "la croissance économique peut être équilibrée", nous exprimons un jugement faux, dans la mesure où croissance et équilibre sont, selon leur concept et leur effectivité, deux notions contradictoires. Par contre, si nous disons : "il fait beau et le ciel est bleu", cette proposition ne peut être vraie que si au moment où nous l'exprimons, il fait en effet beau et que le ciel est bleu. Dans le cas contraire, la proposition est fautive. Les énoncés factiques sont par conséquent, les seuls susceptibles de vérification. Donc, d'être vrais ou faux.

Pour ce qui est des pseudo-propositions, elles sont métaphysiques ou évaluatives. Wittgenstein nous dit que les propositions métaphysiques n'ont aucun sens, parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'être vérifiées. Les propositions évaluatives et plus précisément les jugements de valeur rentrent dans le même cas. C'est ainsi que lorsqu'il est dit que " telle ou telle loi est bonne ", on n'ajoute rien à la connaissance des lois en question. Il s'agit, bien plutôt, selon le positivisme logique, d'un jugement purement émotif. Ce jugement ne fait, à la rigueur, qu'exprimer notre attitude favorable à l'égard de certaines prescriptions normatives.

Ainsi, le positivisme logique ne tient pas compte du fait que ce n'est pas tellement le jugement qui est important mais le système de valeurs qu'il exprime. La négation du jugement de valeurs produit au nom de la scientificité, est une attitude neutre à l'égard de l'être-là de la justice et de l'univers des valeurs dans lequel sont immergés les singularités et les ensembles sociaux. L'axiologie rationnelle nous montre, en ce qui concerne cette problématique, que le jugement de valeur peut exprimer un système de valeurs propre à une singularité donnée, ou à une réalité sociale donnée. Le but étant, du point de vue axiologique, de surmonter le singulier et le particulier, pour accéder à l'universel. Le philosophe, en tout cas, ne doit pas se compromettre avec le particulier qui peut s'appeler mouvement politique, ordre corporatif, social ou national, et encore moins avec sa propre subjectivité ou celle d'un autre. En d'autres termes, la pensée axiosophique ne doit pas se compromettre, en exprimer ce qui est de l'ordre du relatif, donc de l'illusion et du mensonge, mais seulement se rapporter à l'absoluité contenue dans les valeurs d'ordre universel.

#### **4) La justice et l'idéologie de la justice**

Comme nous l'avons déjà souligné, toute action englobante conduit à des positions axiologiques par la référence ou le renvoi à des valeurs d'ordre universel. C'est au nom de ces valeurs que les actions englobantes se réalisent. De plus, elles se proposent ces valeurs comme finalité. Le discours axiologique, par conséquent, accompagne toujours l'action, bien que dans le monde toutes les opérations ne se réalisent pas en vue de l'accomplissement des valeurs d'ordre universel.

Le discours axiologique est ainsi généralement la parole justificative. Les sujets de l'action cherchent par tous les moyens à prouver que leur pratique obéit à une exigence d'ordre axiologique et que leur finalité va dans le même sens. De ce point de vue, l'action cohérente est celle qui dit se réaliser au nom des valeurs d'ordre universel. L'entreprise englobante qui a comme seule finalité le bien d'une particularité donnée au détriment des autres, ne peut pas s'imposer dans le temps. Cela non seulement parce que les autres ne peuvent que réagir contre une telle volonté de négation, mais aussi parce que une telle visée est la négation des valeurs d'ordre universel.

Par conséquent, le discours qui conditionne et informe l'action tend à se présenter comme étant d'ordre axiologique, tout en ne l'étant pas. C'est ainsi que les horreurs les plus grandes de l'Histoire, ont été très souvent réalisées au nom de valeurs d'ordre universel. C'est cette distorsion des valeurs qui nous mène à poser la différence entre le discours purement axiologique et celui qui est son contraire. Nous parlons, par convention, dans ce dernier cas, de discours idéologique.

Le concept d'idéologie, dans sa forme première, voulait signifier l'étude des idées et de leur origine. Dans cette détermination, le concept d'idéologie a été exposé par des théoriciens comme Destutt de Tracy, Cabanis, Volney et Daunou. Ce mouvement s'est développé essentiellement pendant la Révolution française. Le but de cette théorie était de montrer le logos des idées. Cette recherche, comme on peut aisément le comprendre, est hautement significative pour une époque de crise et de bouleversement généralisé, comme le fut la période de la Révolution française.

Lorsqu'une culture se trouve devant une impasse, la pensée cherche à se réorienter par une redéfinition des noms, comme aurait dit Confucius, plus précisément, par une redimension conceptuelle. Il s'agit alors de revenir aux sources pour retrouver le sens premier des concepts. Ce fut la tentative du mouvement des idéologues, comme on dénommait à l'époque, l'ensemble des théoriciens auxquels nous venons de faire référence. Cela dit, ce but ne fut pas accompli. Il est resté, pour l'essentiel, au niveau de l'intention ; car, dans son effectivité le logos des idées, comme nous le montre la philosophie première, est le logos des universaux. Or les idéologues ont essentiellement cherché le logos de la liberté, sans avoir saisi le fait que cette manifestation de l'individualité est fondamentalement une capacité juridique.

Le fait est que le concept d'idéologie va prendre, par la suite, une connotation différente, que nous avons d'ailleurs gardé depuis. C'est, plus précisément, Marx qui va donner cette nouvelle connotation. Dans l'Idéologie Allemande il nous dit, en effet, que les idéologues pervertissent la conception du réel, car ils renversent, comme dans une caméra obscure, les images que les êtres humains se font de leurs propres relations sociales. Cette idée des images renversées va se maintenir dans son oeuvre. C'est ainsi que dans la "Préface" à l'édition allemande du premier tome du Capital, il accuse Hegel d'avoir renversé la logique des concepts. Il s'agissait des lors, selon lui, de les remettre sur pieds.

Comme on le sait, pour Marx ce n'est pas l'idée qui conditionne l'être social, mais plutôt ce dernier qui conditionne l'idée. Il faut savoir que pour Marx cette détermination est d'ordre totalisant. De sorte que si l'être social change, c'est parce que le fondement de cet être (les forces productives) tend à provoquer, de par son développement, le dépassement de cette formation sociale dans une autre qui lui est supérieure. C'est donc grâce au développement des forces productives qu'il y a changement dans l'ordre du social. De plus, ce processus a un sens dans la mesure où il mène à l'accomplissement de cet être en lui-même. Plus précisément au dépassement du règne du positif et à la disparition de la contradiction.

Ainsi pour Marx<sup>120</sup> l'accomplissement n'est pas le résultat de la reprise de la substance éthique de l'humain, mais bien plutôt la conséquence du dévoilement des automatismes de l'Histoire. En effet, si c'est l'être social, en tant que réalité sociologique donnée qui conditionne les idées, il est évident que le changement conscience n'aurait pas la possibilité de projeter un devenir-autre de sa propre réalité. Si le devenir-autre est possible chez Marx, c'est précisément parce que l'être social est la manifestation effective de ce fondement qui s'appelle les forces productives. Le matérialisme historique n'est autre chose, précisément, que ce rapport entre le fondement et son être-fondé ; le fondement étant, comme nous l'avons signalé, cette puissance qui mène, dans et par son développement, à l'accomplissement de l'être social.

De sorte que chez Marx, le développement de l'histoire n'est pas le produit de la réalisation de la substance éthique de l'humain. En d'autres termes, l'humain ne se réalise pas grâce à sa dimension rationnelle, au contenu générique et universel de sa pensée, mais plutôt grâce aux automatismes de l'Histoire. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'Althusser soutenait que le marxisme est un antihumanisme.

A partir de là, on peut comprendre aisément pourquoi Marx considère les déterminations de la superstructure - le droit, la morale, la politique, la religion -, comme des idéologies, comme des épiphénomènes. Lesquelles ne peuvent que disparaître avec l'accomplissement de l'Histoire et, plus précisément, avec le dépassement de ce qu'il considère comme la préhistoire. Le sujet de l'action est ainsi, en dernière instance conditionné par ce moteur de l'Histoire qui s'appelle les forces productives. Celles-ci conduisent nécessairement à l'accomplissement de l'humain, parce que ce processus est dans l'ordre de l'achèvement de l'Être en tant que tel.

Il faut remarquer que la certitude dans ce devenir, trouve son fondement dans la théorie évolutionniste et dans son support ontologique : la dialectique hegelienne. En effet, pour la théorie évolutionniste conditionnée par le hégélianisme, chaque moment du processus historique est supérieur à celui qui le précède et inférieur, substantiellement, à celui vers lequel il tend. Cela dit, Marx ne reste pas enfermé dans la logique de ce mouvement qui se projette dans le devenir absolu. Il pose l'achèvement comme dépassement effectif de la contradiction fondamentale et des contradictions subsidiaires. C'est précisément ce dépassement de l'unité des contraires qui garantit chez Marx le devenir rationnel du monde et des sujets qui en sont la manifestation. Le règne de l'autonomie, la fin de l'hétéronomie, sont justement la conséquence de la fin de la contradiction. De sorte que dans un tel monde, seul le rationnel et le positif en tant que tel pourront être de l'ordre de l'effectivité.

Cette utopie de la fin du négatif implique aussi, comme nous l'avons signalé, la disparition de toute forme de vision inadéquate du réel : de toute idéologie. Or, l'ironie de l'histoire a voulu que cette pensée anti-idéologique se soit transformée en une des idéologies les plus totalisantes des temps modernes.

Cela dit, le devenir idéologie de cette philosophie de l'histoire ne doit pas être perçu comme la manifestation d'une image renversée du réel, mais plutôt comme le but idéal qui conduit non pas à l'accomplissement du social, mais à sa négation effective. Avec le devenir idéologique du marxisme, suite à sa réalisation pratique, l'idéologie cesse d'être un phénomène parcellaire, pour se transformer en phénomène totalisant.

En effet, dans sa forme plus ou moins totalisante de l'idéologie, telle qu'elle a eu tendance à se manifester au vingtième siècle - sous la forme du fascisme et du marxisme, pour ne mentionner que ses principales déterminations-, les représentations sociales ont cessé d'être de simples images renversées ou des perceptions inadéquates du réel. En effet, les idéologies vont se transformer, comme l'a signalé Karl Mannheim, en instruments de justification des ordres institués. Plus précisément, comme le résultat d'une distorsion, plus ou moins consciente de la réalité. Cela, en vue de sauvegarder la perversion des ordres établis, soit par l'endoctrinement, soit par la contrainte pure.

---

<sup>120</sup> Nous nous référons ici au Marx postérieur à L'Idéologie Allemande. Althusser est le premier théoricien marxiste à avoir souligné cette différence. Il parla à ce propos de coupure épistémologique.

Le processus qui va de l'idéologie en tant que phénomène parcellaire de perception inadéquate du réel, à la représentation du social en tant que dimension totalisante, est le résultat du mouvement de subversion du devoir-être en tant que dimension éthique universalisante. En effet, la période qui va de la première Révolution anglaise, à la Révolution française est une étape de l'histoire pendant laquelle tend à percer, la conscience du fait que l'accomplissement de l'humain ne pouvait être que le résultat de la réalisation de sa substance éthique. Le but de la pensée cesse alors d'être le culte du caractère absolu des valeurs d'ordre universel. Il s'agissait bien plutôt de la réalisation de cette substance éthique. Ce but n'était, certes, pas encore devenu conscience claire ; mais comme disait Kant par delà l'arrière fond d'illusions et de mensonges tendait à percer l'ère des lumières ; plus précisément, l'ère pendant laquelle l'humain reprend dans sa pratique, le plus haut produit de la raison générique.

A la suite de cette période il s'est agi, avec le positivisme ou la simple exégèse<sup>121</sup> de textes en vigueur, de ne reconnaître comme rationnel que ce qui est. Hegel dit à ce propos dans la "Préface" à la Philosophie du Droit que concevoir ce qui est, est la tâche de la philosophie car ce qui est, est la raison. Il nous dit aussi que ce qui est réel est rationnel et que ce qui est rationnel est réel. De sorte que seul la réalité donnée (positive parce que posée, dira-t-on par la suite) doit être selon sa logique objet de la réflexion et du savoir vrai. Toute pensée cherchant à dépasser son temps, ne peut que produire un monde illusoire. Lequel ne peut exister que dans la pensée. Il est dès lors aussi illusoire pour le Hegel de la Philosophie du Droit de chercher à dépasser son monde que de croire qu'un individu peut sauter au-dessus de son temps. Par conséquent, ce n'est qu'à l'intérieur de l'être social donné que la pensée peut se manifester.

Cette volonté de ne tenir compte que de ce qui est, va se manifester, comme on le sait, d'une manière radicale dans le positivisme et le néopositivisme, pour lesquels seule compte la pensée qui réfléchit les énoncés analytiques et factiques. C'est ainsi que le discours scientifique s'oppose au discours idéologique. Celui-ci ne se rapportant qu'à ce qui doit-être, tandis que le discours scientifique n'a comme objet que ce qui est. La science étant le seul chemin qui mène à la vérité.

C'est ainsi que pour le scientisme, les valeurs représentent la sphère de l'irrationnel. Marx parlait de superstructure idéologique, tandis que pour Lukàcs il s'agit de fausse conscience. De sorte qu'à partir des premières décennies du dix-neuvième siècle est apparue l'idée dominante de cette période historique, selon laquelle la lutte pour la justice ne peut être que le résultat du savoir factique, et non pas le produit d'une réflexion d'ordre axiologique.

C'est au sein de cette vision du social que le devenir-autre du monde - dans le sens de la réalisation du juste - est apparu comme ne pouvant pas être autre chose que le résultat du développement matérialiste du réel. La réalisation de la justice et de la vérité est ainsi perçue comme le résultat de ce qui est conçu comme le développement du fondement matériel du social, mais en aucun cas comme la conséquence de l'accomplissement de la moralité objective. Ainsi, au sein de ce crépuscule éthique, va se réaliser un des ordres les plus impitoyables que l'histoire ait jamais produit. La négation du droit, de l'économie et du politique, ainsi que la négation des principes de la moralité patriarcale va produire la dérive thanatique que nous constatons à partir de la pratique de cette idéologie totalisante qu'est le marxisme. Cette monstruosité ne peut pas être perçue comme le produit de la raison axiologique. Il s'est agi plutôt d'une pensée instrumentale, pour laquelle la fonction de la raison est la systématisation de l'être du social.

Or, du point de vue axiologique le rôle de la pensée théorique est d'une part de saisir synthétiquement le réel, et de l'autre de rappeler les valeurs d'ordre universel. Cela dit, de la raison ne peuvent être atteintes si la conscience théorique se compromet avec le réel. Plus précisément avec les mouvements qui luttent pour le pouvoir ou avec les particularismes nationaux. Karl Mannheim avait déjà signalé la nécessité pour le théoricien d'être sans attaches. Un argument tel que : "Mon parti et mon pays ont toujours raison !", est un argument dénué de tout fondement axiologique et rationnel.

---

<sup>121</sup> Comme dans la tradition de la dogmatique juridique française.

La connaissance effectivement vraie ne peut être que le résultat du dépassement conscient de la subjectivité et des engagements avec des déterminations particulières du monde. Le philosophe ne peut s'engager qu'à l'égard des universaux. Par delà tout culte réifiant, il s'agit pour le philosophe de promouvoir la réalisation des valeurs d'ordre universel. Ce but ne peut être atteint que grâce à la connaissance du logos de l'Être et en particulier, du logos de l'être social. Le dévoilement de l'être du social est en tout cas le but de la conscience qui cherche à saisir la logique des valeurs. Ce dévoilement est condition de lucidité et d'authenticité de la pensée qui tout en étant pour elle-même, est conscience claire des universaux. Le dévoilement s'avère ainsi être la fonction de la pensée vraie, car le réel est par définition un être voilé. C'est ce voile que nous appelons actuellement, par convention, l'idéologie.

Cela dit, comme on peut aisément le comprendre, le rôle de la philosophie n'est pas d'obscurcir encore plus le réel, mais de le rendre transparent. Il est vrai que les théoriciens n'ont pas toujours eu ce rôle. Le savoir s'est plutôt généralement manifesté comme instrument de la volonté de domination. De plus cette contribution de la philosophie à la consolidation des dominations les plus brutales et des pouvoirs malfaisants a provoqué l'infini du malheur et de la disgrâce qui n'a

pas cessé d'accompagner l'histoire de l'humanité. Schopenhauer avait déjà remarqué à ce propos : "si les fautes des princes sont la ruine des États, les erreurs des grands esprits étendent leur influence funeste sur des générations, sur des siècles entiers ; il semble qu'à la longue, croissant et multipliant, elles engendrent de véritables monstres intellectuels."<sup>122</sup>

Ces monstres, pour employer le terme de Schopenhauer, ne sont pas comme le croyait Goya les conséquences de la raison endormie. Ces monstres sont plutôt les produits de la raison non-éthique. Plus précisément, d'une raison qui n'en n'est pas une, car elle considère soit que sa fonction est la puissance synthétique du monde phénoménal, soit qu'elle se veut simple instrument du pouvoir.

La raison vraie est la raison universalisante. En d'autres termes, la raison vraie est la raison axiosophique. Ceci à cause du fait que la raison se rapporte essentiellement à l'universalité de la pensée. C'est pour cela même qu'Aristote a pu dire qu'elle est cette capacité de faire la différence entre le juste et l'injuste. Donc, en dernière instance, la raison a une fonction dikélogique.

De sorte que l'éclipse de la raison que nous avons connue dans les temps modernes n'est pas le résultat d'une incapacité de penser, mais d'un penser qui s'est réalisé : soit au profit du pouvoir légal, soit au profit des puissances malfaisantes. L'engagement partisan est la cause de cette perversion ; lequel engagement mène de plus au culte non pas de la raison, mais des personnalités dites messianiques.

La philosophie est non seulement connaissance du réel, mais jugement du réel. Ce jugement ne se fait pas, comme on peut aisément le comprendre, à partir de la loi positive ou de la loi du cœur du despote, mais à partir des principes d'ordre universel. Dans ce sens, la philosophie se différencie des savoirs empiriques, car elle est prise de position face au réel. Pour cette raison le philosophe - ou le théoricien qui a pour objet de réflexion les valeurs d'ordre universel -, ne doit pas avoir d'engagement partisan, car par définition le juge ne doit pas être partie de ce qu'il s'agit de juger.

Certes, comme le disait Hegel l'histoire du monde, est jugement du monde. Mais ce jugement arrive toujours post festum. Le rôle de la raison universalisante est précisément de se prononcer face au cours des choses. La pensée axiologique ne peut être que critique, car par rapport aux valeurs d'ordre universel, la perversion du monde se dévoile comme la concrétisation de la misère, de la disgrâce et de l'abjection.

L'idéologie de la justice et la justice des idéologies n'auraient pu se développer dans le monde moderne, atteindre les dimensions que nous avons connues avec le fascisme et le communisme - pour ne parler que des mouvements les plus totalisants et les plus radicaux dans l'horreur -, si l'engagement des philosophes et des théoriciens n'était pas devenu une sorte d'impératif catégorique. C'est ainsi que la pensée théorique a non seulement fait l'apologie des despotes et

---

<sup>122</sup> Le Monde comme Volonté et Représentation, I, 8.

des Torquemada du monde moderne, mais a aussi encouragé la destruction physique des peuples sans défense et de ceux que la terreur avait mis à genoux.

Il est évident que cette horreur n'aurait jamais pu se réaliser si l'idéologie pure, exprimée par le savoir philosophique, n'avait pas réussi à présenter ces ordres malfaisants aussi bien comme nécessaires que comme la manifestation de la vérité et de la justice. Selon une telle position il fallait écraser l'infâme, afin que le règne de la raison et de la justice puisse enfin voir le jour.

### **5) Du contenu de l'axiologie rationnelle**

Tout au long de ce travail nous avons souligné le fait que tout droit positif quel qu'il soit, est du droit, aussi bien le droit issu d'un parlement démocratiquement élu, que celui qui dérive de la décision personnelle d'un dictateur. Cela dit, si nous retenons ces deux cas, il est évident que le premier droit s'approche plus de son contenu déontologique, tandis que le deuxième s'en éloigne. Dans ce deuxième cas il est question de négation du droit, ou, plutôt, d'objectivation de l'injustice.

Le droit, comme nous l'avons vu, c'est de la moralité objective. Il s'agit, par conséquent, d'une dimension de valeur, ayant par là même une dimension axiologique. C'est pour cette raison que l'être du droit implique aussi son devoir-être. En d'autres termes, la valeur juridique est une manifestation de cette totalité qu'on appelle l'univers des valeurs.

Cela ne veut pas dire que le droit (jus) et la justice (justitia) peuvent être une seule et même chose. Le particulier ne peut pas être identité pure avec son universalité. Mais cette non-identité n'implique pas une absence de rapport au niveau pratique, entre le droit et la justice. Plus précisément, la non-existence de la lutte pour la justice.

La différence fondamentale entre la position positiviste et celle de l'axiologie rationnelle est que pour la première il ne s'agit pas d'approuver ou désapprouver l'être du droit, mais uniquement de le connaître et de le décrire. Par contre, pour l'axiologie rationnelle il ne s'agit pas seulement de connaître l'être du droit, mais aussi de le mettre en rapport avec sa dimension déontologique. Au niveau pratique, la lutte pour la justice implique précisément cette mise en rapport. Mais cette lutte pour l'injustice telle la toile de Pénélope est une opération qui doit être remise constamment à l'ouvrage. En d'autres termes, la lutte pour la justice est un éternel recommencement. L'accomplissement de l'humain est un processus infini qui présuppose la conscience claire de sa substance éthique. Aucune force extérieure à la raison ne peut garantir ce devenir. La seule garantie de la raison ne peut être que la raison elle-même. Il est dès lors hautement naïf de croire que l'effectivité de la justice, son devenir réalité, peut être garanti par un Chef ou par une croyance religieuse ou idéologique.

Comme nous l'avons vu, le but de toute institution est de se maintenir égale à elle-même. Mais, ce but ne peut être atteint que si le rapport immanent, voire la nécessité de la coïncidence entre l'ordre social et les valeurs d'ordre universel, sont constamment rappelés. Ce besoin de rappeler la nécessité de cette coïncidence est d'autant plus urgent que la réalité s'en éloigne. Le discours apologétique et démagogique est le produit de cette différence et il est d'autant plus fort que la différence est abyssale. Dès lors, croire que les représentants d'un ordre injuste peuvent inverser sa logique, c'est croire à la perversion de ce qui est et non à son dépassement. Pour cette raison nous pouvons constater avec Aristote que ce sont les faibles qui luttent pour l'égalité et la justice, les classes dominantes n'en ont aucun souci au sens strict du terme. Certes, les seigneurs parlent beaucoup d'égalité et de justice, mais en vue de maintenir l'ordre inégal et injuste qui assure leurs privilèges.

Du point de vue théorique la lutte pour la justice est inséparable du culte de la raison et de la distanciation critique. Mais, le culte de la raison ne doit pas être saisi comme le culte dans une objectivation fétichiste, ou celui voué à une personnalité

perçue comme puissance messianique. Le culte de la raison est celui de sa dimension universalisante. Son contenu étant précisément celui de l'axiologie rationnelle.

La lutte pour la justice implique nécessairement une pratique qui va dans le sens d'une transformation éthique du monde. Cela dit, ce processus ne peut pas être conforme aux exigences de la raison, s'il n'est pas le résultat de la mise en pratique du contenu propre à

l'axiologie rationnelle. Se pose dès lors la question de savoir quel est le contenu de l'axiologie rationnelle. L'objectivation de la justice concrète passe, précisément, par la réalisation de ce contenu.

Pour le positivisme et pour la conscience légaliste en général, la justice implique avant tout la conformité du comportement humain avec la normativité qui le régit. De sorte que la justice s'identifie, pour cette perception, avec la juridicité produite par l'Etat. Nous avons vu la caractéristique problématique de cette perception. Ceci dans la mesure où la justice est une catégorie universelle, commune à tous les êtres humains, tandis que le droit donné est différent dans chaque formation sociale. Pour cette raison, pour la philosophie du droit il n'est pas suffisant que l'action soit conforme à la loi, il est nécessaire que la loi soit conforme à la justice.

Cette perception positivo-légaliste est une perception naïve, dans la mesure où elle prend l'existant pour la réalité en tant que telle. Pour elle tout ce qui est en dehors du réel, est pure et simple abstraction. Le problème n'est pas de poser le devenir-autre comme étant de l'ordre du possible réel, mais d'être conscient du fait que les universaux sont des référentiels. Or, pour la conscience positivo-légaliste, il faut seulement valeurs publiquement reconnues. Cette position extrêmement naïve va jusqu'à croire que ceux qui gouvernent ne peuvent que connaître la vérité de la justice et signaler le chemin de sa réalisation. Car, comme rappelait Hegel d'une manière générale on tend à croire que lorsque Dieu donne une fonction il donne aussi la compétence.

Ulpien pour sa part pense que la justice est la volonté constante et perpétuelle (*constans et perpetua voluntas*) de donner à chacun ce qui lui revient. Cette thèse est reprise par Saint Augustin. Selon lui, en effet, la justice est la vertu qui assigne à chacun ce qui lui revient. Cette position nous indique, par conséquent, quand une action est juste, mais ne nous dit rien en ce qui concerne la dimension juste de la loi et du droit.

Chez les stoïciens la justice apparaît comme un phénomène cosmique. Les humains ne sont pas les seuls à participer à cette dimension ; elle est commune à toutes les créatures. Ulpien parle à ce propos de *quod natura animalia docuit* ("ce que la nature a enseigné aux animaux"). De sorte que les hommes participent à la justice pour autant qu'ils s'inscrivent dans l'ordre universel.

Cette thèse, comme on peut le comprendre aisément, ne nous renseigne pas sur le contenu de la justice. Elle ne nous explique pas, par exemple, pourquoi la pulsion de destruction et de mort existe dans la nature. En tout cas, nous constatons que le comportement animal n'est pas conforme à l'idée que nous nous faisons de la justice. L'agressivité fait partie de l'être animal que la culture tend à maîtriser, pour éviter précisément la guerre de chacun contre tous. Mais cette maîtrise n'implique pas la disparition de l'insociabilité (Kant) des êtres humains. Pour cette raison Kant nous dit dans sa quatrième proposition sur l'Idée d'une Histoire universelle au point de vue cosmopolite : "Le moyen dont la nature se sert pour mener à bien le développement de toutes ses dispositions est leur antagonisme au sein de la société, pour autant que celui-ci est cependant en fin de compte la cause d'une ordonnance régulière de cette société." En fait ajoute Kant dans cette même proposition : " sans ces qualités d'insociabilité, peu sympathiques certes par elles-mêmes, source de résistance que chacun doit nécessairement rencontrer à ses prétentions égoïstes, tous les talents resteraient à jamais enfouis en germes, au milieu d'une existence de bergers d'Arcadie, dans une concorde, une satisfaction, et un amour mutuels parfaits ; les hommes doux comme les agneaux qu'ils font paître, ne donneraient à l'existence guère plus de valeur que n'en a leur troupeau domestique."<sup>123</sup>

De sorte que la normativité tend à réguler l'insociabilité des êtres humains. A la base il y a, par conséquent, l'univers contradictoire des intérêts et des différentes perceptions du monde, qu'il s'agit de réguler. Ces instances de régulation sont, comme nous l'avons montré, le résultat de la production éthique de l'humain.

Or, comme nous l'avons souligné, cette instance régulatrice possède une dimension référentielle qui est d'ordre téléologique. C'est, précisément, la logique de ce contenu qu'Aristote essaie de définir, dans ce qui nous est parvenu sous le titre général de l'Ethique et dans sa Politique. Nous allons reprendre dans ce qui suit les thèses de base d'Aristote. Par conséquent, il ne s'agit pas, à proprement parler d'une étude sur la réflexion aristotélicienne.

<sup>123</sup> Kant, La Philosophie de l'Histoire, Denoel/Gonthier, Médiations, p. 32.

Aristote part, en effet, de la thèse selon laquelle le juste est cette dimension qui permet de garantir et promouvoir le bien-être et la vie en société. Il s'agit, par conséquent, d'une catégorie culturelle. Cette valeur se réalise dans et par le développement de la moralité objective. C'est donc, par la réalisation universalisante du droit, de l'économie et du politique que la justice s'accomplit.

D'une manière générale pour Aristote la justice est ce qui est contraire à la proportion raisonnable, par excès ou par défaut. Il s'agit, dans la pratique sociale d'avoir en vue non seulement le juste milieu, mais aussi le possible et le convenable. Dans le monde individualisé, en société, la justice se manifeste sous la forme de la justice distributive et de la justice corrective, ou commutative. Le principe général qui conditionne ces deux formes de la justice est la proportionnalité. Dans la justice corrective la proportionnalité est d'ordre arithmétique, tandis qu'avec la justice distributive la proportionnalité est d'ordre géométrique. De sorte que nous avons d'un côté, l'égalité arithmétique, et de l'autre, proportionnalité géométrique.

Commençons par la justice distributive, et retenons qu'elle conditionne les relations du droit public. Cela parce que la justice distributive concerne le rapport à la res-publica et plus précisément à la constitution et à la distribution des richesses sociales. Cette forme de justice peut dès lors se diviser en deux moments essentiels. Le premier moment se rapporte à la constitution de l'avoir public et donc aux prélèvements. Il s'agit de la justice fiscale.<sup>124</sup> Le deuxième moment est celui de la distribution de ces richesses mises à la disposition de ceux qui contrôlent le pouvoir.

Nous avons alors affaire d'une part, à la justice se rapportant à la création et à la rémunération des fonctions publiques, et de l'autre à la justice sociale au sens strict du terme. Dans le domaine de la justice distributive le rapport est d'inégalité et l'injustice est ce qui est contraire à la proportion raisonnable.

De sorte qu'en ce qui concerne la constitution de l'avoir public, plus précisément de la justice fiscale, le rapport est d'inégalité. Il ne s'agit pas de faire payer à tous les membres de la société la même quantité. En effet, il faut tenir compte que dans la société civile il y a, dans les extrêmes, ceux qui ont beaucoup d'argent et ceux qui n'en ont pas. Pour cette raison la proportion raisonnable veut que la charge tributaire soit établie d'une manière progressive, en relation avec les richesses de chacun. Dans ces conditions l'injustice implique un prélèvement égal, indépendamment du niveau de richesses. Pour cette raison, la fiscalité indirecte est une source d'injustice, car tout le monde paye la même chose. Certes, dans les sociétés modernes les plus avancées - du point de vue du respect des principes -, on tend à taxer moins ou pas du tout les biens de première nécessité, tandis que les produits de luxe sont taxés plus fortement. C'est précisément la justice fiscale qui exige cette différence, car il est injuste que les pauvres payent autant que les riches pour le même bien. Comme on le sait, dans un budget de pauvre, les dépenses de nourriture sont proportionnellement plus importantes par rapport aux riches.

Ce phénomène explique la raison pour laquelle les impôts directs sont considérés comme plus conformes aux principes de la justice fiscale que les impôts indirects. Cela toutefois à condition que les impôts directs soient prélevés selon une logique progressive, donc, en proportion aux richesses de chacun. Suivant cette logique, la raison pour laquelle le système d'imposition locatif imposé par le gouvernement de Madame Thatcher en Angleterre, à la fin des années quatre-vingts, a pu provoquer tant d'émoi et de révolte, est facilement compréhensible. Selon la logique de cette Polltax en effet, les personnes étaient taxées individuellement et non pas selon la surface et le confort de leur habitat. Ainsi un couple habitant une chambre de bonne payait plus que la personne habitant seule un somptueux appartement, ou une immense propriété rurale.

Pour ce qui est de la distribution des richesses communes - appelées aussi res-publica, ou Commonwealth -, il faut remarquer qu'il y a pour Aristote deux critères essentiels qui sont antérieurs à la distribution proprement dite. Le premier étant qu'il s'agit d'organiser les institutions de telle sorte que la chose publique ne soit pas une source de profit. Le deuxième critère renvoie au fait que la chose publique, par définition, est la propriété commune et que, par

---

<sup>124</sup> Nous parlons aussi de justice contributive.

conséquent, elle ne doit être objet d'appropriation ou de monopole, d'une famille, d'une bande de compagnons, ou d'une clique quelconque.

Le principe de l'alternance pure - de la totalité de l'élite du pouvoir -, est, comme nous l'avons souligné, le seul mécanisme sociologique capable d'empêcher le monopole de la chose publique. Rappelons que le monopole de la chose publique tend à placer l'intérêt des permanents au-dessus des intérêts de la communauté sociale. En d'autres termes, la démocratie dans sa dimension universalisante est la seule puissance régulatrice capable d'empêcher toute perversion oligarchique. Le niveau de moralité publique est de plus la seule force capable d'empêcher l'appropriation de la chose publique, ainsi que les sur-rémunérations au niveau de la fonction publique. Il est clair que ce niveau de moralité, tend à se manifester dans le droit positif et dans les instances de légitimation.

Cela dit, revenons au contenu de la justice distributive, dans ces deux virtualités. Nous avons affaire alors, d'un côté, à la justice se rapportant à l'attribution des fonctions et de l'autre côté, à la justice sociale proprement dite. Les dépenses de fonctionnement et les dépenses sociales renvoient de nos jours, en France, aux deux grands budgets de la nation. D'une part, le budget de l'Etat, et de l'autre, le budget de la sécurité sociale. Se pose alors la question de savoir : quel est le critère qui doit présider à ces dépenses ? Il est clair pour Aristote que ces dépenses ne peuvent pas se réaliser selon le principe de l'égalité. Par exemple dans le cas des dépenses sociales, il ne s'agit pas d'accorder les mêmes subventions indépendamment du niveau de revenu des bénéficiaires, comme c'est le cas actuellement en France pour les allocations familiales.<sup>125</sup> En effet, ces allocations sont accordées en fonction du nombre d'enfants et indépendamment du niveau de vie des personnes concernées. Cela fait que pour un même nombre d'enfants, la femme abandonnée et sans ressources touche autant que la femme riche ayant un mari qui dispose de très hauts revenus.

Comme on peut aisément le comprendre, nous avons affaire là à une perversion selon les principes. Plus précisément à une pratique qui est contraire non seulement aux principes d'ordre universel, mais qui est aussi contraire à la proportion raisonnable. Pour Aristote le seul critère est celui des besoins. Il s'agit, plus précisément, d'accorder des aides à ceux qui sont dans le besoin et non pas à ceux qui ne le sont pas. Les subventions sociales doivent jouer un rôle de nivellement, permettant précisément à ceux qui n'ont pas de moyens de pouvoir vivre dans la dignité.

Pour ce qui est des dépenses de fonctionnement, les principes veulent non seulement que les citoyens soient à tour de rôle gouvernants et gouvernés, mais qu'il n'y ait pas, comme nous l'avons souligné tout au long de ce travail, de monopole ou quasi-appropriation de la chose publique. Par conséquent, les fonctions doivent être temporaires et doivent être accordées selon les capacités des candidats. Les postes à vie et les sinécures politiques sont, dès lors, contraires aux principes de l'axiologie rationnelle.

Cela dit, reprenons d'une manière synthétique la logique de la justice distributive : 1) par le biais de la justice fiscale l'Etat prélève les ressources nécessaires à son fonctionnement et à sa fonction sociale. 2) Les moyens sont, selon la logique démocratique, mis à la disposition de ceux qui sont légitimés par la communauté de citoyens. 3) Les dépositaires de la légitimité populaire<sup>126</sup> accordent ces moyens en fonction de la capacité et des besoins.

De sorte que la justice distributive se réalise selon le principe de l'inégalité et les ressources publiques sont accordées de chacun selon ses capacités à chacun selon ses besoins. Ce principe de la distribution concerne, par conséquent, la chose publique, et non pas l'univers de la chose privée. Dans la société civile, c'est plutôt la justice corrective qui régule les relations entre les particuliers.

---

<sup>125</sup> Nous avons déjà parlé de cette problématique plus haut. Il s'agit ici de rappeler les moments essentiels.

<sup>126</sup> Rappelons qu'en France le budget de la sécurité sociale - qui est supérieur au budget de l'Etat - est géré paritairement par le syndicat patronal et par les syndicats de travailleurs. Ce qui n'est pas conforme à la règle, selon la logique des principes axiologiques.

Nous passons ainsi à cette autre sphère de la société qui est la société civile. Pour Aristote, au sein de cet espace c'est la justice corrective ou commutative qui régule les rapports entre les sujets. Dans cette dimension, nous dit le philosophe, l'injuste est ce qui est inégal, et le juste ce qui s'accorde avec l'égalité.

Cela dit, ce principe d'égalité règle les rapports aussi bien au sein de la société civile - dans la relation entre les sujets de droit -, que dans le rapport entre les individus et l'Etat en tant que sphère politique. En effet, les individualités sont en isonomia et en isocratia. Elles sont, par conséquent, en égalité de droit et en égalité politique.

Il s'avère alors nécessaire, avant de développer la dimension propre à la justice corrective, de faire remarquer, quitte à nous répéter un peu, que les individualités sont en inégalité par rapport à la chose publique et en égalité en ce qui concerne la sphère politique.<sup>127</sup> Le citoyen, nous dit le philosophe, est le sujet du pouvoir. De sorte que dans un univers pleinement politique il ne peut pas y avoir d'un côté, des citoyens actifs, et de l'autre, des citoyens inactifs comme le soutenait Sieyès.

A ce propos, Aristote pensait en termes d'univers de citoyens et d'univers domestique. Pour nous, il est nécessaire de penser l'universalisation de la sphère politique. Il s'agit par conséquent, d'aller au-delà de Sieyès et bien évidemment des systèmes duaux de notre époque, tel que nous le constatons par exemple en France et dans les autres structures mixtes, où les vrais sujets du pouvoir sont les membres de la nomenklatura. Le rôle des autres étant essentiellement, comme nous l'avons souligné, de permettre, par le biais des élections, le roulement de l'élite du pouvoir en elle-même. De sorte que le vote à la fonction de légitimation est de permettre le déplacement de la puissance du pouvoir au sein de l'élite administrative et politique.

Cela dit, pour Aristote, le but du processus d'accomplissement politique est la création d'une communauté d'égaux, en vue de bien vivre. Pour nous, il est évident que cette communauté d'égaux doit être totalisante, elle ne peut pas concerner une simple minorité - telle la caste nomenklaturiste -, qui se partage les avantages de la vie en société, ainsi que les privilèges et les sinécures.

Le fait est que pour Aristote, le citoyen est non seulement le sujet du pouvoir, mais il est en isocratia par rapport au pouvoir. Plus précisément, comme le dit le philosophe lui-même : "chaque citoyen est une partie de l'Etat, et le soin de chaque partie est naturellement orienté vers le soin de tout."<sup>128</sup>

La participation de tous aux affaires du pouvoir, l'isegoria, fait donc partie de la nature du citoyen. Les affaires publiques ne peuvent pas être le domaine réservé d'une simple minorité, de soi-disant spécialistes du bonheur du peuple. Un tel état de choses ne peut être que le résultat de la perversion oligarchique. Dans la logique du système purement démocratique l'isonomia, implique l'isocratia, et l'isocratia, l'isegoria. Il faut remarquer que la différence entre démocratie directe et indirecte est une affaire de niveaux. Il est évident que la démocratie directe ne peut pas exister à l'échelle d'une nation, aussi petite soit-elle. Le concept de système purement démocratique, présuppose le fait que les élections permettent l'alternance totale de l'espace du pouvoir. En d'autres termes, la démocratie comme nous l'avons souligné, empêche le monopole de la chose publique par une simple minorité de citoyens de première classe.

Cela dit, revenons au problème de la justice corrective. Pour Aristote les sujets du droit sont en rapport d'égalité au sein de la société civile. Pour cette raison l'échange entre ces sujets ne peut qu'être égal. Cette égalité implique, par conséquent, la proportionnalité dans l'échange. De sorte

---

<sup>127</sup> Nous ne rentrons pas dans cette étude dans la sphère domestique, où faut-il le rappeler les personnes n'ont pas de droit par rapport au seigneur. Les relations ici sont réglées par les principes de la moralité familiale, de la religiosité. Si nous n'accordons pas une place à la réflexion de cette sphère, c'est parce qu'elle s'est diluée avec le développement de l'individualisme. Ce qui nous intéresse dès lors c'est la dimension politique et sociale. Plus précisément les éléments de la réflexion aristotélicienne correspondant à ces réalités.

<sup>128</sup> La Politique, J. Vrin, Paris, p. 553.

que ces sujets échangent des biens équivalents et lorsque cette équivalence n'existe pas, parce qu'il y a fraude du côté d'une des parties, le droit intervient pour corriger le mal fait.

Ainsi, la justice corrective conditionne les relations entre particuliers dans les actes licites, comme dans les actes illicites. Les actes licites sont ceux qui ne sont défendus par aucune loi, aucune autorité établie. Font partie de ces actes, les échanges dans le commerce entre les sujets et les contrats. Par contre, les actes illicites sont ceux qui sont défendus par la loi et par la moralité généralement reconnue.

Les actes licites sont régulés par l'économie et par le droit privé. A la base de l'économie se trouve l'échange, lequel, selon Aristote, est consubstantiel à la vie sociale.<sup>129</sup> La monnaie - nomisma, de nomos loi - est en économie l'instrument qui assure la proportionnalité dans l'échange. En d'autres termes, l'échange équivalent est assuré par cet instrument institué par la loi et qui est dans son effectivité l'équivalent général. L'échange est un acte volontaire, de même que le contrat. A la base de ce rapport, il y a une négociation, une relation entre des sujets responsables. De sorte qu'en principe chacun est conscient de son acte et de ses propres intérêts. En ce qui concerne la monnaie il est important de noter qu'elle est la manifestation de la justice corrective. Ce jugement peut sembler hautement problématique à la sensibilité dominante de notre temps, laquelle est conditionnée par le christianisme et le marxisme. Il est important de comprendre, en ce qui concerne cette problématique, que de même que tout droit n'est pas l'objectivation du concept de juste qui en est son idéalité, de même toute monnaie n'est pas un instrument de justice corrective. Cela parce qu'elle est instituée par une puissance pervertie et pervertissante. Cette perversion est généralement le résultat : soit de l'immoralité objectivée dans l'ordre institutionnel qui produit la monnaie, soit parce que l'acte instituant la monnaie n'est pas le résultat de la raison, mais de sa négation.

Cela dit, revenons à la régulation des actes illicites. L'instrument de la justice corrective est ici le droit pénal. En effet, la justice pénale établit la proportion entre la gravité du délit et l'entité de la peine. En d'autres termes, le droit pénal rétablit la proportionnalité violée par une des parties. Le juge est ici l'instrument de la justice corrective et son rôle est de rétablir la proportionnalité issue du désaccord entre les volontés, ou produit par l'acte criminel d'une des volontés. De sorte qu'à la différence des actes licites qui sont volontaires, nous avons affaire ici, selon le philosophe, à des actes involontaires, car le résultat de l'action qui engage le procès est le résultat d'un non accord entre les volontés. Dans son action le juge fait appel à la loi et à l'équité. L'équité, quant à elle, est le complément de la norme objective. Elle implique, par conséquent, la correction de la loi, par le juge, là où elle est défectueuse en raison de sa généralité.

Ainsi, du point de vue dikélogique l'Etat est le produit d'une alliance entre égaux, destinée à garantir chaque citoyen contre l'injustice et la nécessité. La garantie contre l'injustice se manifeste au niveau de la justice corrective comme au niveau de la justice se rapportant à la création d'emplois dans la fonction publique. La sauvegarde contre la nécessité qui est adversité existentielle, dans la lutte pour l'existence, se concrétise par la fonction redistributrice de l'Etat. Le but de la justice sociale, comme nous l'avons souligné plus haut, est celui de sauvegarder la dignité de ceux qui sont dans le besoin, tout en contribuant au nivellement du social. De ce point de vue-là, la justice sociale n'est pas une pratique charitable, mais un droit.

Dans cette perspective, il est clair que, comme l'a signalé la scolastique inspirée en partie par Aristote, comme on le sait -, la justice s'identifie avec le bien commun. Toutefois, ce bien commun ne peut pas être le produit, comme nous l'avons souligné, d'une théocratie, ou d'un despotisme clérical. Ce pouvoir dans sa vérité, et son expérience historique le montre, ne peut que sécréter le crépuscule de la raison et produire la nuit dans les temps historiques.

Le bien commun ne peut être réalisé que grâce à l'accomplissement de la moralité objective. Il présuppose, en tout cas la participation de tous aux affaires de la cité. Le contre-pouvoir démocratique étant indispensable à la réalisation de la communauté d'égaux. En effet, l'usager

---

<sup>129</sup> Rappelons, à ce propos, que pour Marx la catégorie de l'échange est un mal, car elle est la manifestation de la vénalité et de la prostitution universelle.

est plus à même de juger que le constructeur de l'excellence de la maison ; de même que le convive est meilleur juge que le cuisinier de l'excellence du festin.

Cela dit, le bien être de la communauté sociale ne dépend pas uniquement de la manifestation concrète de la justice au sein de la communauté sociale, elle dépend aussi de la puissance axiologique au niveau de la communauté internationale. Comme on le sait, les Etats sont les sujets du droit international. Ils se doivent, par conséquent, de lutter non seulement pour l'isonomia, mais aussi pour qu'il y ait proportionnalité des échanges. Nous avons traité l'essentiel de cette problématique dans la dernière partie du chapitre V.

Cela dit, le but de l'activité axiologique des Etats, au niveau international est précisément de créer une communauté d'égaux au niveau des nations, ainsi que de promouvoir l'universalité des rapports entre les différentes manifestations du genre humain. Cette universalité des rapports ne doit pas se situer uniquement au niveau de l'échange marchand, mais doit être aussi d'ordre culturel et générique.

En ce qui concerne l'échange marchand, il est hautement nécessaire, par les temps de crise que nous connaissons, de rétablir la proportionnalité dans l'échange, de sorte à sortir du contexte injuste dans lequel ces échanges se réalisent à présent. Car, actuellement la nation la plus riche du monde - les Etats-Unis d'Amérique - détient l'immense privilège de pouvoir payer son déficit extérieur avec du simple papier. Donc, sans aucune contrepartie réelle. Tout ceci, parce que sa monnaie est en même temps la monnaie de référence internationale, ainsi que son principal instrument de réserve.<sup>130</sup>

De tout ce qui vient d'être exposé sur l'objectivation de l'axiologie rationnelle, il est important de retenir que la production des valeurs d'ordre universel est le résultat de la raison générique. Le salut de l'humanité, la marche vers un avenir plus humain, ne peut venir que de sa capacité de réflexion. Il est hautement problématique de croire que ce salut ne peut venir que d'un peuple ayant par essence un rôle axiologique. C'est ainsi que Saint Jean disait : « le salut vient des Juifs ». <sup>131</sup> Il est aussi particulièrement problématique de croire qu'il y a des peuples qui sont rationnels et d'autres qui ne le sont pas. En effet, cela équivaut à dire que certains peuples sont humains et que d'autres ne le sont pas.

Heureusement nous assistons depuis un certain temps, à la multiplication des rapports entre les nations. Tout annonce la nécessité d'une convergence de l'humain, à partir de ces différentes manifestations. Cet animal rationnel, comme le disait le philosophe, a connu tout d'abord l'aventure dans sa propre particularité. A présent, il semble devoir dépasser les circonstances de l'affirmation de ces particularités en elles-mêmes, pour se lancer dans le chemin de la raison qui est celui de l'universalité des rapports, au sein d'une communauté de nations conditionnée par l'axiologie rationnelle.

Certes, sur le chemin de cette aventure il y aura toujours le danger de ce que Hegel a appelé, malencontreusement, la ruse de la raison. Si tel est le cas, le danger de régressions brutales dans la barbarie du sang et du sol, ne sont pas à écarter. Devant les nuits des temps historiques, restera toujours l'alternative de ce qui est rationnel parce que correspondant aux exigences du devoir-être de l'humain. Si l'oiseau de Minerve reprend son vol à la tombée de la nuit, c'est parce que la raison universelle pose comme devenir la réalisation accomplissante de sa substance éthique.

---

<sup>130</sup> Nous développerons cette problématique, d'une manière plus précise, dans le travail qui fait suite à celui-ci: Introduction à la Théorie et à la Philosophie de l'Economie.

<sup>131</sup> 1 Jean, 4, 22-23.

TABLE DES MATIERES

|   |    |
|---|----|
| AVANT PROPOS.....   | 3  |
| I. LE CONCEPT DE DROIT .....  | 4  |
| 1) Remarque préliminaire.....   | 4  |
| 2) Le mot droit .....   | 4  |
| 3) Droit public et droit privé.....   | 4  |
| 4) Droit public .....   | 5  |
| 5) Droit privé.....   | 6  |
| 6) Le droit international .....   | 7  |
| 7) Les Sources du droit .....   | 9  |
| 8) La loi.....  | 9  |
| 9) La coutume.....  | 10 |
| 10) L'intuition axiologique .....   | 11 |
| 11) La doctrine .....   | 12 |
| 12) La jurisprudence .....  | 13 |
| 13) Règle de droit et acte juridique.....   | 15 |
| 14) Le rapport de droit.....  | 15 |
| 15) Le sujet de Droit.....  | 16 |
| II. LA THEORIE DE LA SCIENCE JURIDIQUE.....                                       | 18 |
| 1) Science juridique et droit positif.....  | 18 |
| 2) La science juridique et l'approche de la positivité normative.....             | 20 |
| 3) La science du droit comme herméneutique juridique.....                         | 21 |
| 4) L'interprétation traditionnelle de la normativité juridique.....               | 23 |
| 5) L'application du droit.....  | 24 |
| 6) La dogmatique juridique et le postulat de l'unité fermée du droit positif..... | 26 |
| 7) Le droit comparé et la théorie générale du droit.....                          | 28 |
| III. DROIT ET SOCIETE.....  | 30 |
| 1) Le droit comme ordre juridique.....  | 30 |
| 2) Le droit comme institution.....  | 33 |
| 3) Les institutions et le social.....   | 36 |
| 4) Droit et ordre social.....   | 39 |
| 5) Le droit et la sociologie du droit.....  | 42 |
| IV. DROIT ET POUVOIR .....  | 47 |
| 1) Etat et Société civile.....  | 47 |
| 2) La justice distributive .....  | 49 |
| 3) Mobilité sociale et pesanteur juridique.....                                   | 52 |
| 4) Constitutionnalisme et démocratie. ....  | 55 |
| 5) Régulation sociale de l'Etat et de ses organes .....                           | 57 |
| 6) Etat de droit et Etat de justice.....  | 60 |
| V. LE DROIT ET LA THEORIE DE L'ETAT.....  | 64 |
| 1) L'Etat et la juridicite positive.....  | 64 |
| 2) L'Etat et la legitimite.....   | 66 |
| 3) L'Etat et le constitutionnalisme .....   | 70 |
| 4) L'Etat, la "res-publica" et l'économie.....                                    | 73 |
| 5) L'Etat et les partis politiques .....  | 75 |
| 6) L'Etat et la lutte pour la justice au niveau international.....                | 80 |
| VI. LA NEGATION DU DROIT ET DE LA MORALITE.....                                   | 83 |
| 1) Le marxisme et le devenir-autre du monde.....                                  | 83 |
| 2) La négation du droit dans le devenir autre du monde.....                       | 85 |
| 3) Du regne de la justice sans moralite objective.....                            | 88 |
| 4) Le devenir-autre chez Platon et Marx.....                                      | 91 |
| VII. LE DROIT ET LA THEORIE DE LA JUSTICE.....                                    | 95 |
| 1) Le concept de justice.....   | 95 |
| 2) De l'être et du devoir-être de la justice.....                                 | 99 |

|  |     |
|--|-----|
| 3) Les théories métaéthiques de la justice ..... | 104 |
| 4) La justice et l'idéologie de la justice.....  | 111 |
| 5) Du contenu de l'axiologie rationnelle .....   | 115 |