

La justice et le droit

(notions impliquées : la justice, le droit, la liberté, l'Etat, la société, l'interprétation)

Introduction :

Le droit est lié à la nécessité de **régler**, voire de **rectifier**, nos actions et les relations entre les hommes. Le droit, c'est donc l'ensemble des lois qui énoncent **ce qu'il est permis ou autorisé de faire**. Pour qu'un droit soit effectif, il faut évidemment qu'il soit **appliqué à l'ensemble de la société**, voire à **l'ensemble des hommes** pour certains types de droits. Ainsi pour chaque domaine et type de relations entre les hommes on trouve un droit différent (par ex. le droit civil, qui règle les échanges entre les personnes privées, économiques, matrimoniaux ; le droit civique, qui garantit à chacun l'exercice de sa citoyenneté ; le droit administratif, qui régit les relations entre les administrations d'Etat et les personnes privées ; le droit international, etc.)

Si les actions humaines doivent être régulées, voire rectifiées, cela impliquerait donc qu'elles soient naturellement chaotiques et désordonnées... à moins de présupposer qu'il existe, avant le droit institutionnalisé culturellement, un droit inhérent à la nature humaine. C'est le sens du couple «**droit naturel**» et «**droit positif**». Le droit naturel renvoie à un droit qui serait inhérent à la nature humaine, prise indépendamment des sociétés et des Etats existants. Le droit positif fait au contraire référence au droit institué par les Etats.

Si le droit énonce ce qu'il est permis de faire en société, le problème qui se pose d'emblée est de savoir **d'où viennent ces lois. Qui les institue ? A partir de quelles normes ?** Pour résoudre ce problème, il va falloir examiner les relations qui existent entre le droit et les mœurs d'une part, et entre le droit et la morale de l'autre.

Les mœurs renvoient à l'ensemble des **habitudes collectives**, qui se sont développées dans les faits, avec le temps. On pourrait peut-être soutenir que le droit trouve son origine dans les mœurs : on aurait observé **ce qui fonctionne avec l'expérience**, dans les faits, et on aurait formulé le droit à partir de là. Ce qui signifierait qu'on pourrait **déduire le droit du fait**.

La morale renvoie à un certain nombre de **valeurs qu'un individu reconnaît comme bonnes en elles-mêmes**, comme **valables universellement**, et **auxquelles il obéit donc spontanément**. Ces valeurs morales transcendent donc toute règle écrite ou toute habitude. **Peut-on fonder le droit sur la morale ? Est-ce réalisable ?**

La notion de justice est étroitement liée à celle de droit (d'ailleurs justice vient du latin *jus* = le droit). On peut avoir deux points de vue différents sur les relations entre justice et droit. On peut, d'un côté, considérer que **la justice, c'est le simple fait de respecter le droit tel qu'il a été institué dans ma société**. Ce qui est juste, ce sont les lois telles qu'elles ont été écrites, en vigueur dans mon pays (**la légalité**).

Cependant, il nous arrive bien souvent de **juger comme injustes** aussi bien des mœurs que des lois écrites, le droit positif. Et quand on dit par exemple qu'une loi est injuste, on **présuppose au-dessus des lois écrites un idéal de justice**, intemporel et universel, à partir duquel on pourrait juger quel droit institué est **légitime** ou **illégitime**. Il y aurait donc une justice au-dessus du droit positif, et qui lui commanderait. (Bien distinguer en ce sens le légal du légitime)

Le problème ici est de savoir **si une telle justice idéale existe objectivement**, ou si ce n'est pas qu'un **sentiment personnel** simplement dû à une mauvaise connaissance du droit. (comme quand les enfants crient «c'est pas juste !»).

Autre problème : la difficulté de l'application ou de la réalisation de la justice dans le monde. Ce n'est pas tout de s'interroger sur l'idée de justice, encore faut-il savoir **comment la réaliser dans le monde, politiquement**. Pour être juste, suffit-il de maintenir dans la société un ordre, un équilibre (justice comme égalité numérique) ? Ou bien faut-il chercher à donner à chacun ce qu'il mérite, quitte quelques fois à mettre à mal l'équilibre social ?

I. A la recherche d'une norme du droit.

1) La justice et le droit ne sont-ils que des normes relatives ?

Dire que la justice et le droit ne sont que des normes relatives, cela signifie concrètement qu'il n'existerait **pas d'action juste en elle-même**, et d'action injuste en elle-même. Ce serait illusoire de se référer à un principe idéal et universel de justice. Le juste ne serait pas meilleur que l'injuste mais il rendrait tout au plus tolérable la vie en société. Si le juste n'est pas bon en soi, cela signifie que **je n'agis pas de façon juste volontairement, mais uniquement sous une contrainte extérieure** : la peur du châtimement ou du regard des autres, ou encore simplement sous l'effet de l'habitude, parce qu'on m'a contraint à respecter la justice depuis mon enfance.

a) La fable de l'anneau de Gygès, dans *La république*, livre II de Platon.

Dans le livre II de *la République*, on assiste à une discussion entre le sage Socrate, et le frère de Platon, Glaucon. Il faut rappeler que toute *la République* porte sur la question «Qu'est-ce que la Justice ?». Comment la définir en vérité ? Et comment la réaliser dans notre monde ? Dans le livre I, nous avons suivi une discussion plutôt animée entre Socrate et le sophiste Thrasymaque, brillant mais très caractériel. **Thrasymaque soutient qu'il n'existe pas de Justice bonne en soi**, qui vaudrait de façon intemporelle et universelle. Ce qu'on appelle «la justice» ne correspond qu'à **un ensemble de règles qui ont été arbitrairement écrites par quelques hommes, les plus forts et les plus rusés** d'une société. Ceux qui y obéissent sont les plus faibles et les plus peureux. En somme, Thrasymaque défend la fameuse thèse d'un «droit du plus fort».

Dans le livre II, Glaucon reprend à son compte les thèses de Thrasymaque (qui est parti entre temps, énervé par Socrate), bien qu'il ne les partage pas, dans le but d'approfondir la discussion sur la justice. Il va en ce sens raconter à Socrate une fable qui permet d'argumenter en faveur de la thèse de Thrasymaque.

Texte dans le manuel p. 340.

Cette fable permet de soutenir la thèse selon laquelle **on ne respecte la justice que malgré soi**, sous l'effet de contraintes extérieures. On a coutume de n'envisager notre rapport à la loi que par rapport au système de châtement qui l'accompagne. Si nous respectons les lois, c'est d'abord, semble-t-il, par peur du châtement que l'on encoure en cas de violation. On s'apprête à voler quelque chose dans un magasin, c'est instinctivement la peur d'être surpris par quelqu'un, la honte et la punition qui s'en suivrait, qui nous retient d'abord. **Mais est-ce là seule chose qui nous retient de voler ? Supposons que l'on nous donne la possibilité de commettre des injustices sans jamais être vu ni pris ? Que ferait-on ?**

La fable sous-entend qu'**on commettrait l'injustice dès lors que plus aucune responsabilité ne pèserait sur nous. L'homme juste ne vaut pas mieux que l'homme injuste** : le juste n'a simplement **pas le courage** d'enfreindre les règles, ou bien il a tellement **pris l'habitude** de les respecter qu'il lui semble (à tort) que cela est naturel.

Derrière cette conception de la justice et du droit compris comme des **conventions arbitraires** se cache aussi une **conception de la nature humaine** propre aux **sophistes**. La seule véritable valeur est le **plaisir** et la liberté conçue comme **absence totale de contrainte**. Les hommes qui préfèrent obéir aux lois et souffrir plutôt que se faire plaisir sont des faibles.

b) La justice et le droit sont-ils fondés sur la coutume ?

En somme, le droit institué dans chaque société et à chaque époque ne dériverait pas d'un **principe de justice absolu**, mais de **normes relatives propre à chaque culture**. C'est cet aspect de la justice que veut mettre en avant Pascal, dans un texte extrait des *Pensées*.

Texte 1. photocopié p. 6.

Pascal affiche un pessimisme radical quant à la capacité des hommes à fonder une société sur un principe universel de justice. De ce fait, le seul moyen de **maintenir un ordre au sein de la société** et de réguler les relations entre les hommes est de faire **découler le droit des coutumes**, qui se sont réellement imposées à chaque peuple avec le temps. Ces lois ne tirent leur légitimité d'**aucune raison supérieure**. Tout ce qui leur est demandé est d'assurer l'ordre et la stabilité du pouvoir.

C'est une position qui souligne volontairement **la misère de la condition humaine**, aux capacités limitées.

L'argument de Pascal, que l'on dit "**conventionnaliste**", part de la pluralité des conceptions du droit et de la justice, et en déduit l'inexistence du droit naturel.

Le droit naturel est universel et susceptible d'être connu de façon immédiate, sans effort, par tout le monde. Donc, **il devrait être reconnu partout où il y a du droit, ie, le droit positif devrait être partout le même, s'il avait sa source dans un droit naturel**. Or, ce n'est pas le cas : **le droit positif est changeant**, à la fois selon les sociétés, et selon les époques au sein d'une même société. Donc, le droit naturel n'existe pas et tout droit est purement conventionnel. Ce qui fait qu'il y a un droit, et que le droit ait tel ou tel contenu, vient seulement de la libre décision des hommes.

Décision qui est arbitraire : "convention" ici est synonyme de :

-**non fondé**, de fondé dans rien. Seule finalité ou utilité : faire régner la paix (utilité sociale).

-de **contre-nature**. La coutume et la convention sont ce qui cache la nature, ce qui va contre elle. La nature seule est universelle, toujours pareille à elle-même. L'homme, lui, change tout constamment, au gré de ses caprices...

Ce qui sous-tend donc cet argument, c'est une critique du droit : le droit n'étant que positif, il est nécessairement contre la nature, qui est la norme idéale. Il est **légal mais pas légitime**.

Mais le résultat est toutefois le même, que l'on se réfère ou non à la nature comme norme : **constat sceptique : les lois sont partout changeantes et semblent n'obliger que tels citoyens. N'obligent pas tout le genre humain**. Ici, vous pouvez être incriminé dans un pays étranger pour une action qui aurait été considérée comme "juste" dans votre pays, ou recevoir une peine beaucoup plus lourde pour une même action que dans votre pays. Ou selon les époques.

2) Peut-on avoir recours au droit naturel pour critiquer le droit positif ?

Cependant, s'il est facile de constater que partout, les lois sont écrites en fonction d'une justice relative à l'époque et au lieu, cela n'interdit pas de **critiquer et de juger** ces lois en fonction d'un principe de justice qui les transcende, d'un **idéal, quand bien même on ne pourrait pas le réaliser entièrement dans le monde**.

S'il n'existe que du droit positif, des lois écrites, relatives à chaque société, et pas de droit naturel (un droit idéal et universel, qui transcende toutes les particularités), cela signifierait que **le droit n'est jamais fondé que sur les faits**. Rousseau nous montre bien, dans le chapitre 3 du livre I du *Contrat social*, qu'un droit fondé sur le fait est **instable** et bien trop **fragile** pour assurer l'ordre social.

On peut aussi soutenir qu'en l'absence d'un droit naturel universel qui servirait de critère, il serait **impossible de juger du droit positif tel qu'il existe dans tel ou tel pays**. De ce point de vue, des lois dictatoriales ne vaudraient pas mieux que des lois démocratiques, le droit des religieux intégristes pas mieux que celui d'un républicain.

Texte 2. Photocopié p.6.

Il s'agit donc de postuler un **droit naturel** qui servirait de critère permettant de juger et d'améliorer le droit positif. Chez tous les partisans du droit naturel, il s'agit toujours de mettre à jour, au-delà des **particularismes**, une **valeur universelle**, susceptible d'être recherchée et défendue par chaque homme, pris indépendamment de la culture dans laquelle il vit quotidiennement. Hobbes énonce ce droit naturel comme étant la liberté de chaque individu de tout faire pour conserver sa propre vie. Chez Rousseau, il s'agit de la

«liberté naturelle» = la possibilité pour chaque homme de se parfaire et de décider par lui-même de son existence. On constate que le droit naturel = toujours étroitement lié à l'idée de liberté.

Chez Platon aussi, dans la République, il nous montre que la Justice est bien plus que l'ensemble des lois de telle ou telle société. La Justice est avant tout une idée immuable et éternelle qui ne régit pas seulement la vie en société, mais d'abord et avant tout l'ordre du monde (qui obéit à un équilibre parfait) et celui de l'âme (l'homme juste est celui qui a une âme parfaitement équilibrée entre ses 3 parties : raison, courage et appétits).

3) Le droit peut-il être à lui-même sa propre norme ? (le positivisme juridique de Kelsen)

Le problème avec ce recours au droit naturel, servant à critiquer et à améliorer le droit positif, est qu'il peut très facilement **d'étendard**, et donc de **prétexte à des comportements révolutionnaires et violents**. Si le droit naturel est par essence supérieur au droit positif, et qu'en lui se trouve toute légitimité, on peut prendre prétexte de cette supériorité pour **détruire tout droit positif** et imposer des lois soi-disant issues du droit naturel **par la force**.

C'est un peu le mode de fonctionnement de toutes les révolutions, et notamment celle de 1789. On part de principes universels des droits de l'homme, et on finit par les imposer par **la Terreur**, sous prétexte qu'ils sont «meilleurs» que le droit tel qu'il existe.

Bien loin de permettre à une société de progresser, ce recours au droit naturel serait donc contre-productif, à l'origine de désordre et de régimes autoritaires. C'est précisément en réaction à ces dérives des partisans du droit naturel que se forme au XXe siècle le **«positivisme juridique»**, dont le juriste Hans Kelsen est le principal représentant. Kelsen soutient qu'on **peut se passer du droit naturel dans la mesure où le droit positif est à lui-même sa propre norme**.

Formulée ainsi, sa position peut apparaître comme **un immobilisme**, qui consisterait simplement à dire que la justice, c'est le droit positif, les lois telles qu'elles sont en vigueur dans une société. Il n'y aurait de ce point de vue pas de possibilité de critique ou d'amélioration. En réalité, sa position est bien plus nuancée.

Chaque **domaine** du droit positif constitue un **système de normes**, qui se caractérise par sa **cohérence**. Chaque domaine du droit positif trouve **sa légitimité**, non pas dans un droit naturel extérieur et transcendant, mais **dans un autre domaine du droit positif**, jugé plus **fondamental**. Par exemple, le droit pénal français, qui impose le respect des lois trouve son fondement et sa justification dans la Constitution de l'Etat français, qui est un autre domaine du droit positif, plus fondamental que le droit pénal.

En somme, le droit positif possède une cohérence interne qui dispense d'avoir recours à un droit naturel. Mais cela ne veut pas dire qu'on ne peut critiquer ou essayer d'améliorer chaque domaine du droit positif. Celui-ci est organisé selon **une hiérarchie**, ou **structure pyramidale**, chaque domaine du droit pouvant être critiqué ou modifié en fonction du domaine du droit plus fondamental duquel il dépend. Mais cette hiérarchie ne se prolonge évidemment pas à l'infini. A la base de la hiérarchie se trouve selon Kelsen **une norme hypothétique fondamentale (Grundnorm)** dont dépendent tous les autres domaines du droit.

Cette norme fondamentale n'est pas à confondre avec le droit naturel : elle n'est qu'une **«hypothèse»**, c'est-à-dire que **son existence n'est pas revendiquée comme vraie absolument**. Cette norme fondamentale est aussi **relative**, et **peut changer avec le temps**, mais plus lentement que les autres domaines du droit.

Il se trouve que, dans nos démocraties modernes, cette norme fondamentale partage le même contenu que le droit naturel (**la liberté, l'égalité, la propriété**), mais la grande différence est qu'on ne la considère pas comme un principe universel qu'on chercherait à tout prix à appliquer dans les faits, mais seulement comme **un critère relatif, historique, qui donne à l'ensemble du droit moderne sa cohérence**.

= évite le double écueil d'un droit uniquement fondé sur les mœurs (les faits) et d'un droit fondé que sur la morale ou sur le droit naturel. = ce normativisme de Kelsen est aujourd'hui admis dans tous les grands systèmes juridiques en vigueur.

Permet aussi d'introduire à la question : comment pratique-t-on la justice ?

II. La justice en exercice : qu'appelle-t-on juger ?

Nous avons jusqu'à présent réfléchi au problème du critère de la justice et du droit. Cependant, il ne suffit pas de posséder un **critère** de justice fiable ou vrai pour dire que justice a été rendue. La justice n'est pas une simple **déclaration** ou un **principe**, ce n'est pas non plus quelque chose que l'on peut considérer comme **acquis ou installé une fois pour toute**. La justice est inséparable de **l'action de juger**. La justice est une action, elle demande en permanence à être exercée. Il s'agit donc de se demander comment appliquer la justice.

1) L'universalité des lois et la particularité des situations.

a) La loi a pour origine la volonté générale (Rousseau, *Du contrat social*, II, 6)

La première chose à établir pour permettre un jugement équitable est de distinguer nettement **ce qu'est une loi** et quelle est **sa fonction**. Rousseau tente de répondre à cette question dans le chapitre VI du livre II du Contrat social. Il nous montre que **la loi doit par définition être générale** : ce qui signifie qu'elle doit **s'appliquer à tous les citoyens de la même manière, sans en nommer ou en favoriser aucun. On ne peut donc pas écrire une loi à partir d'un cas particulier**. La seule et unique origine d'une loi doit être **la volonté générale**, qui cherche à garantir **l'intérêt commun**, celle de la société prise comme un Tout, et non l'intérêt de tel ou tel particulier.

- En dehors de l'Etat républicain, à l'**état de nature**, il n'y a que **des volontés particulières**, qui poursuivent toutes des buts différents. En ce sens, la justice ne peut jamais être garantie. **La justice implique réciprocité** : je réalise un acte juste, en exigeant que les autres membres en fassent de même. Or à l'état de nature, une telle exigence est déçue car tous les hommes sont indépendants les uns des autres. On ne peut donc, à l'état de nature, écrire des lois, qui ont pour fonction de garantir une telle réciprocité.
- On comprend que l'existence de lois suppose d'abord la création d'un Etat, et pas n'importe lequel : **un Etat républicain**. La force de cet Etat est de ne pas servir les intérêts particuliers de quelques hommes, mais **les intérêts généraux de tous**. De là dérivent toutes les caractéristiques d'une loi : elle doit être **volontairement abstraite** dans sa formulation, de façon à ne pas être dépendant d'une situation ou d'une personne en particulier. Elle statue sur **les hommes considérés en tant que citoyens**, membre de la société : **à partir de leur fonction**, et non de leur personne. Cet anonymat et cette abstraction de la loi sont la garantie de la justice = **ils assurent la réciprocité nécessaire à la justice : je réalise un acte juste, et je suis en même temps en droit d'attendre, de par la généralité de la loi, que tous les autres citoyens en fassent de même.**

b) Le cas de la vengeance.

Cette nécessaire généralité de la loi est particulièrement bien démontrée au travers du cas de la vengeance, qu'examine Hegel.
Texte 4. photocopié p. 6

Se venger, c'est **opposer sa position particulière à la particularité** de celui qui nous a offensé. On répond à un cas particulier (l'offense), par un autre cas particulier (l'acte de vengeance). L'antique **loi du talion** (oeil pour oeil, dent pour dent) ou le mécanisme mafieux de la vendetta, sont en réalité des fausses lois = elles ont l'air d'être fondées sur un principe de réciprocité (tu m'as fait quelque chose, je te fais quelque chose en retour), mais c'est une **fausse réciprocité**. En effet, quand je me venge, je ne souhaite pas que tous les citoyens fassent de même que moi, surtout pas s'il s'agit de se venger sur moi !

Se venger, c'est donc refuser de s'en remettre à la loi de tous, c'est **nier le principe même du droit et de la justice : leur généralité et leur équité**. Si je décide de ce que mérite celui qui m'a cambriolé, il faut que je lui invente un châtiment, c'est donc une **décision arbitraire, et subjective**, que je vais prendre en fonction de mon degré de colère. Ce cambrioleur ne sera pas jugé équitablement, **de façon à ce que son châtiment soit bénéfique non seulement pour moi, mais pour la société entière**. (c'est pourquoi on condamne ceux qui équipent de pièges leur propriété).

2) Juger, est-ce simplement appliquer mécaniquement le droit ?

a) le problème du jugement.

S'il est important de réfléchir au mécanisme du jugement, c'est que le fait de juger ne concerne pas simplement la profession de juge, mais tout être raisonnable. On peut aller jusqu'à **identifier**, comme le fait Kant dans la critique de la faculté de juger, **toute activité de pensée à l'activité de juger**. « **penser, c'est juger** ».

Juger, c'est dans tous les cas établir **une liaison entre un cas particulier et une loi générale**. Dans le cadre de la connaissance, on va par exemple lier telle perception sensible (l'arbre que je vois) à un concept général qui lui correspond (le concept d'arbre, avec toutes ses caractéristiques). En somme, **juger permet de trouver une unité dans le divers des choses**. Créer des liens entre diverses choses et un même concept ou une même règle permet de les unifier et de leur donner un sens.

Mais le problème est de savoir **comment s'opère cette liaison**. Comment parvient-on à lier deux choses aussi différentes qu'un cas particulier et une règle générale ? Une chose sensible et un concept intelligible ? Il y a apparemment une différence de nature entre les deux éléments qu'on cherche à lier. **Cette liaison se fait-elle automatiquement, ou bien demande-t-elle à être construite, par un travail d'interprétation ?**

Problème particulièrement sensible dans le cadre juridique.

Juger → jus dicere : dire le droit. Mais dire le droit, est-ce que ça signifie 1. **répéter machinalement** les formules du droit écrit, ou bien 2. rendre la justice, c'est-à-dire **interpréter** le droit au-delà des cas décrits par la loi ?

Il s'agit de comprendre comment se réalise le jugement, qui consiste à appliquer au cas particulier une loi générale : **est-ce que cette application se fait mécaniquement ? Ou bien demande-t-elle un travail d'interprétation de la part du juge ?**

Mais s'il y a interprétation, peut-on encore être **impartial** ? Le juge par définition est impartial : il ne peut trancher qu'à titre de témoin neutre.

C'est donc le travail d'application de la loi au cas particulier qui pose problème. En effet, s'il s'agit juste de ranger un cas particulier sous une loi universelle, l'acte de juger semble se faire tout seul, mécaniquement. Mais d'un autre côté, s'il s'agit de faire plus que cela, ça ne semble plus relever d'un jugement impartial mais d'une interprétation, voire de l'invention d'une nouvelle norme.

b) les limites d'une application mécanique du droit.

Dire que juger, c'est appliquer mécaniquement le droit, ça signifierait que les juges sont uniquement des **portes paroles** qui n'exercent aucune activité si ce n'est de **réciter le droit**, de **le dire à haute voix**. C'est une thèse que soutient notamment Montesquieu (1689-1755), dans de *L'esprit des lois*. Le juge ne fait qu'une **déduction** :

Tel fait

Telle loi

→ le juge **déduit** l'application de la loi au fait.

Cette thèse permet en fait de **maintenir stricte la séparation des pouvoirs** : **dire que le juge n'interprète pas, c'est dire qu'il n'invente aucune norme nouvelle** → le travail du **juge** n'empiète pas sur celui du **législateur**.

Plus l'acte de juger est automatique, plus les citoyens sont protégés de l'arbitraire. Juger impartialement, c'est juger sans que notre volonté ou nos passions entrent dans le jugement. **Il faut que celui qui juge s'efface comme personne**, qu'il ne fasse qu'appliquer la loi → le juge est une machine.

Mais la question se pose de savoir ce qu'est juger **quand le cas n'entre pas sous la règle** : quand il y a une **béance** entre la règle et le cas. (cf. l'activité de pensée) Dans ce cas, comment concilier le travail d'interprétation et l'impartialité ?

On peut d'ailleurs penser que le fait que le cas particulier n'entre pas sous la règle n'est pas une exception, mais **se constate au contraire en permanence**. Si l'application mécanique du droit pose problème, c'est en raison de la **différence de nature** qu'il y a entre les lois universelles que l'on cherche à appliquer, et les cas particuliers qu'il faut examiner. Le monde est contingent, les événements qui le composent ne sont jamais simples, ils sont irréguliers et mêlés entre eux. Pour un même cas, plusieurs lois contradictoires entre elles peuvent s'appliquer en même temps. **Il y a donc un fossé du cas à la loi, ce qui rend son application problématique.**

c) comment bien interpréter la loi ?

En ce sens, **l'application mécanique de la loi peut être contre-productive : cela peut produire de l'injustice.**

C'est en ce sens qu'Aristote (*Ethique à Nicomaque*, V, 14) distingue entre justice commutative et justice distributive. **Justice commutative** : donner à chacun exactement la même chose, appliquer à chacun la loi de la même manière, donner à chacun la même quantité de ressources dans le domaine social par exemple. → peut donner lieu à des injustices dans certains cas. **Justice distributive** : considérer chaque homme, chaque cas particulier, avec une égale attention, avec un égal respect dans la décision juridique → peut supposer un traitement « inégal » pour mieux appliquer la justice → à chacun selon son dû. Chaque cas n'a pas forcément besoin de la même chose.

→ pour appliquer la justice, il faut en ce sens faire preuve de **prudence** → de la capacité de **délibérer avec raison**.

Dans l'acte de juger, on ne peut donc se contenter d'appliquer mécaniquement le droit au risque de commettre des injustices. Il y a donc toujours une part d'interprétation et de délibération au moment du jugement. Il faut alors se demander : sur quels critères appuyer cette interprétation ? Il faut trouver des principes solides qui permettent au jugement de se prémunir de tout arbitraire.

En ce sens, juger suppose de faire plus que l'application mécanique de la loi au cas. Il s'agit également **d'argumenter** sur le droit, de **l'interpréter** et d'examiner attentivement chaque cas dans sa complexité. Le travail des juges porte non seulement sur l'attention aux cas particulier, mais implique également **une réflexion sur la loi**. Il y a toujours la possibilité qu'il y ait désaccord entre juristes dans l'application d'une loi.

→ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, tome 2 chap. 1 (1986)

Affaire Helmer : a tué son grand père en étant son seul héritier. Fut jugé et condamné à la prison à vie. Mais légalement, il demeurerait l'héritier de son grand père. Les belles filles portèrent plainte et demandèrent que l'héritage lui soit retiré. Le problème c'est que les lois de l'Etat ne disent rien d'explicite sur cette situation : le criminel demeure-t-il l'héritier ou non ?

2^e procès : peut-il encore être l'héritier alors qu'il avait commis un crime ?

Cette question donna lieu à un profond désaccord entre les juges. Derrière cette affaire particulière se cache en fait un profond désaccord entre deux conceptions de la justice : pour une partie des juges, il doit demeurer l'héritier : car s'il en est destitué, c'est une **double peine**, alors qu'il a déjà été puni pour son crime. Mais l'argument de fond : si on s'en réfère aux lois existantes et si on se contente de **les appliquer à la lettre**, il doit hériter. Une autre partie des juges soutiennent qu'il doit être destitué de son héritage car sinon **il profiterait de son crime**. L'argument de fond est ici que **le droit, en dehors des lois écrites, repose sur des principes moraux**. Les premiers jugent reprochèrent aux seconds leur manque d'impartialité, et les seconds reprochèrent aux premiers de vouloir appliquer les lois sans réfléchir à leur sens.

2 thèses sur le rôle du juge : **soit il se contente d'appliquer les lois écrites à la lettre, soit il s'en réfère à des principes moraux ou naturels en dehors du droit écrit**. → débat classique entre droit naturel et droit positif. « **droit positif** » = C'est un droit artificiel, car issu d'une convention humaine et sociale. « **droit naturel** » = postule qu'il existe en dehors des lois existantes des " lois naturelles et éternelles " (droit naturel) ... qui ne sont autres que celles de la conscience (morale).

Dworkin réfute les deux positions. Lorsque les lois écrites ne conviennent pas au cas particulier, on ne peut pas les appliquer à la lettre, mais on ne peut pas non plus sortir des lois pour aller chercher la solution dans le domaine de la morale. Que faire alors ?

Pour trancher, il s'agit effectivement de ne pas se contenter de l'application mécanique des lois écrites, mais sans pour autant chercher des références, en dehors des lois, à des principes moraux. **Il faut délibérer rationnellement et argumenter sur l'application d'une loi**. Et les principes qui permettent de délibérer ne se situent pas en dehors des lois, mais en elles : à lire l'ensemble des règles d'un droit, il en ressort une **cohérence** → les lois prises ensemble font sens, ce qui montre qu'elles ont été bâties sur des principes. Il s'agit de retrouver ces principes en reconstituant cette cohérence des lois entre elles.

C'est ce qu'ont fini par faire les juges de l'affaire Helmer, qui ont établi que le droit pénal de leur Etat était construit sur **le principe que nul ne peut profiter de son crime**. C'est ce qui ressort de l'esprit du texte de loi → c'est **son intention**. Il s'agit de reconstituer l'intention du législateur qui a écrit ces lois, en reconstituant leur cohérence, leur sens d'ensemble.

On ne peut donc pas juger en isolant les lois les unes des autres → **il s'agit aussi de les comprendre comme un système qui fait sens** : si les lois sont écrites ainsi, c'est qu'il y a des raisons → **le travail de jugement consiste à retrouver ces raisons pour mieux appliquer la loi**. Pour juger légitimement, le juge doit **reconstituer la théorie constitutionnelle** qui justifie de la cohérence des lois entre elles. Quels sont les arguments qui ont légitimement conduit au vote de telle loi ? Pour juger, il faut donc s'inscrire dans un système et non appliquer chaque règle mécaniquement et de façon isolée.

Implique une capacité à argumenter son jugement → l'intention que le juge prête à la loi ne va pas de soi puisqu'elle n'est pas écrite noir sur blanc. Il doit être capable de **démontrer** comment il en est arrivé à tel jugement. Le travail du juge est aussi un **travail d'argumentation**.

Le sens et la cohérence des lois se bâtissent au fur et à mesure des jugements, de la **jurisprudence** : chaque nouveau cas jugé fait apparaître un sens nouveau de la loi. Les lois ne sont donc pas des règles fermées, mais leur sens s'enrichit au fur et à mesure de leurs applications. Distinction loi/règle.

Textes :

1. « Sur quoi la fondera-t-il, l'économie du monde qu'il veut gouverner? Sera-ce sur le caprice de chaque particulier? Quelle confusion! Sera-ce sur la justice? Il l'ignore.

Certainement s'il la connaissait, il n'aurait pas établi cette maxime, la plus générale de toutes celles qui sont parmi les hommes, que chacun suive les mœurs de son pays; l'éclat de la véritable équité aurait assujéti tous les peuples, et les législateurs n'auraient pas pris pour modèle, au lieu de cette justice constante, les fantaisies et les caprices des Perses et des Allemands. On la verrait plantée par tous les Etats du monde et dans tous les temps, au lieu qu'on ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent; le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.

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

Le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les actions vertueuses. (...)

De cette confusion arrive que l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodité du souverain, l'autre la coutume présente; et c'est le plus sûr : rien suivant la seule raison, n'est juste de soi; tout branle avec le temps. La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue; c'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe, l'anéantit. »

Pascal, *Les Pensées* (1670), 294 Brunschvicg, 60 Lafuma.

2. « Néanmoins, le besoin naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires. Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif et lui est supérieur : un étalon grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif. Bien des gens aujourd'hui considèrent que l'étalon en question n'est tout au plus que l'idéal adopté par notre société ou notre "civilisation" tel qu'il a pris corps dans ses façons de vivre ou ses institutions. Mais, d'après cette même opinion, toutes les sociétés ont leur idéal, les sociétés cannibales pas moins que les sociétés policées. Si les principes tirent une justification suffisante du fait qu'ils sont reçus dans une société, les principes du cannibale sont aussi défendables et aussi sains que ceux de l'homme policé. De ce point de vue, les premiers ne peuvent être rejetés comme mauvais purement et simplement. Et puisque tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'idéal de notre société est changeant, seule une triste et morne habitude nous empêcherait d'accepter en toute tranquillité une évolution vers l'état cannibale. S'il n'y a pas d'étalon plus élevé que l'idéal de notre société, nous sommes parfaitement incapables de prendre devant lui le recul nécessaire au jugement critique? Mais le simple fait que nous puissions nous demander ce que vaut l'idéal de notre société montre qu'il y a dans l'homme quelque chose qui n'est point totalement asservi à sa société et par conséquent que nous sommes capables, et par là obligés, de rechercher un étalon qui nous permette de juger de l'idéal de notre société comme de toute autre. Cet étalon ne peut être trouvé dans les besoins des différentes sociétés, car elles ont, ainsi que leurs composants, de nombreux besoins qui s'opposent les uns aux autres : la question de priorité se pose aussitôt. Cette question ne peut être tranchée de façon rationnelle si nous nous ne disposons pas d'un étalon qui nous permette de distinguer entre besoins véritables et besoins imaginaires et de connaître la hiérarchie des différentes sortes de besoins véritables. Le problème soulevé par le conflit des besoins sociaux ne peut être résolu si nous n'avons pas connaissance du droit naturel. »

Léo Strauss, *Droit*

naturel et histoire, 1953.

3. « Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, & s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point-de-vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi.

Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs Classes de Citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels & tels pour y être admis ; elle peut établir un Gouvernement royal & une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale ; en un mot toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative.

Sur cette idée on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale ; ni si le Prince est au dessus des lois, puisqu'il est membre de l'Etat ; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même ; ni comment on est libre & soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés. »

Rousseau, *Du contrat social* (1762), II, 6.

4. « Il ne faut pas que l'acte de réparation soit exercé par l'individu lésé ou par ceux qui dépendent de lui, car, chez eux, la restauration du droit en son caractère universel se trouve liée au caractère fortuit de la passion. La réparation ne peut être l'oeuvre que d'un tiers, à cet effet commis, qui ne fasse valoir et n'effectue que de l'universel. Dans cette mesure, elle est punition.

La vengeance se distingue de la punition en ce que l'une est une réparation obtenue par un acte de la partie lésée, tandis que l'autre est l'oeuvre d'un juge. C'est pourquoi il faut que la réparation soit effectuée à titre de punition, car, dans la vengeance, la passion joue son rôle et le droit se trouve ainsi troublé. De plus, la vengeance n'a pas la forme du droit, mais celle de l'arbitraire, car la partie lésée agit toujours par sentiment ou selon un mobile subjectif. Aussi bien le droit qui prend la forme de la vengeance constitue à son tour une nouvelle offense, n'est senti que comme conduite individuelle et provoque, inexpiablement, à l'infini, de nouvelles vengeances. »

Hegel, *Propédeutique philosophique* (1808-1811), 1er cours, §21.