

I. L'approche idéaliste du droit

La naissance de l'approche idéaliste		
Dans l'antiquité	Le saut d'Athènes à Jérusalem	Le saut de Jérusalem à Bethléem
<p>Chez les grecs : le divin est enraciné dans la nature → il est immanent au <i>cosmos</i> (i.e contenu dans la nature) & la contemplation de l'ordre naturel des choses permet de le découvrir</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Il n'y a aucune trace d'universalisme & le droit est rattaché à une terre / une communauté 	<p>Chez les juifs : le <i>logos</i> est extérieur au monde & Dieu (l'unique) est <u>transcendant</u> à la nature et <u>universel</u>.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Le <i>logos</i> s'exteriorise et fait l'objet d'une centralisation 	<p>Dans le christianisme : le Dieu des chrétiens n'est plus seulement celui du peuple élu, mais il s'ouvre à toute l'humanité → le message chrétien universalise définitivement le divin et libère l'homme, non seulement du <i>cosmos</i>, mais aussi de la cité. En outre, Dieu s'est incarné dans la personne de Jésus & il a fait l'homme à son image</p> <p>→ le logos devient un « sujet humain »</p>

Le **péché originel** : la raison humaine est fragilisée depuis la chute du paradis. Obstrué par cette vulnérabilité, elle n'a plus l'aptitude de découvrir le vrai ni de discerner le juste de l'injustice par la simple contemplation du **cosmos** → les valeurs morales deviennent inaccessibles à cette raison profane objective qui ne peut connaître que les faits. L'homme doit donc s'en remettre à la loi (les préceptes bibliques/le décalogue) pour connaître les valeurs qui doivent orienter son comportement social → le droit est assimilé à la **morale** et au **commandement**

Exemple : quand Abraham s'apprête à exécuté son fils, aux ordres de dieu, il ne prend pas en considération leur contenu injuste, mais il obéit à l'autorité dont il émane (Dieu) → le juste et l'injuste deviennent des notions relatives

→ la raison n'est plus dans le *cosmos*, mais elle lui est extérieure et elle se trouve dans **un dieu transcendant**

L'homme va ensuite se substituer à Dieu

Rationalisme Thomiste	Volontarisme Occamien
<p>Pour Saint Thomas d'Aquin : la puissance de Dieu est limitée par la <u>raison</u>, la <u>sagesse</u> et les <u>lois causales de la nature</u>.</p> <p>→ la nature est un ordre cohérent dont il serait possible d'extraire une éthique</p> <p>→ maintien de la tradition aristotélicienne</p>	<p>Pour d'Occam : Dieu dispose d'une puissance absolue qui lui permet d'opposer sa volonté à l'ordre naturel des choses → il n'existe au sein du cosmos, aucun ordre objectif qui n'échappe à une définition arbitrairement posée par lui</p> <p>→ logique subjectiviste déclenchée par l'avènement du judéo christianisme</p>
Querelle des universaux (l'homme, l'animal, la famille, la cité, le citoyen...)	
<p>Il tient pour <u>réels</u> et <u>intangibles</u> les universaux</p>	<p>Les choses universelles n'ont pas d'identité en dehors de notre esprit, car c'est ce dernier qui les façonne par les mots. En effet, les choses sont isolées et singulières et la fonction du signe est de classer les choses, de les universaliser en les enfermant dans des catégories</p>

	<p>→ l'univers n'est plus un cosmos et la nature n'est pas une totalité finalisée, mais elle est sourde et muette</p> <p>→ la source du droit n'est plus les choses, mais elle est le fruit des idées → les universaux peuvent être construits ou déconstruits</p>
Le mal en soit (<i>mala in se</i>) est objectivement connaissable , sans volonté législatrice d'origine divine ou profane	Il ne saurait exister une définition naturelle et intrinsèque du mal (germe de la future doctrine positiviste & légaliste selon laquelle il n'y a de crime que celui réprimé comme tel par la loi).

Le **péché originel** : la raison humaine est fragilisée depuis la chute du paradis. Obstrué par cette vulnérabilité, elle n'a plus l'aptitude de découvrir le vrai ni de discerner le juste de l'injustice par la simple contemplation du **cosmos** → les valeurs morales deviennent **inaccessibles à cette raison profane objective qui ne peut connaître que les faits**. L'homme doit donc s'en remettre à la loi (les préceptes bibliques/le décalogue) pour connaître les valeurs qui doivent orienter son comportement social → le droit est assimilé à la **morale** et au **commandement**

Exemple : quand Abraham s'apprête à exécuter son fils, aux ordres de dieu, il ne prend pas en considération leur contenu injuste, mais il obéit à l'autorité dont il émane (Dieu) → le juste et l'injuste deviennent des notions relatives

→ la raison n'est plus dans le *cosmos*, mais elle lui est extérieure et elle se trouve dans **un dieu transcendant**

L'homme va ensuite se substituer à Dieu

L'idéalisme de la philosophie nominaliste qui regarde les universaux comme des idées se retrouve **dans l'activité juridique** → elle **fabrique** mais ne **découvre pas** les valeurs / elle ne décrit pas une réalité mais impose un **idéal** qui doit avoir lieu.

Le nominalisme constitue l'**origine philosophique de l'individualisme**, car elle **n'accorde de réalité qu'aux seuls individus**. Il conduit aussi à l'élaboration de la théorie du contrat social.

II. Une approche contractualise de l'État

La naissance de l'État moderne	
<i>Système féodal</i>	<i>L'affirmation de la souveraineté</i>
<p><u>Le fait domine le droit</u> (confusion entre l'être et le devoir être) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le droit public & l'intérêt général sont prisonniers du fait accompli car la puissance publique est <u>personnalisée</u>, <u>disséminée</u> et <u>privatisée</u> - Les coutumes consacrent la prédominance d'une classe de guerriers et de possédants non seulement en fait mais <u>également en droit</u> - Le droit est inféodé au pouvoir spirituel en raison de la tutelle impériale du saint empire <p>→ les personnes sont traités comme des biens et le pouvoir est exercé comme un droit de propriété</p>	<p>1^{ère} étape : le roi se place au sommet de la hiérarchie féodale en usant de la force</p> <p>2^{ème} étape : le roi affirme sa souveraineté</p> <p>La puissance n'est plus une propriété, mais devient un <u>office</u>, une <u>fonction publique</u>.</p> <p>La souveraineté se détache du droit privé et des principes de la domanialité : l'activité régaliennne du monarque se déploie aussi dans le domaine de son vassal, celui du vassal de son vassal,...</p> <p>La souveraineté se réduit <u>exclusivement</u> aux activités d'ordre régalien et abandonne définitivement la domanialité par un processus d'institutionnalisation du pvr → le politique n'est plus enfermé dans la logique économique féodale → le puissance publique n'est plus privatisée et divisée, mais <u>institutionnalisée</u> et <u>unitaire</u></p>

	<p>→ le droit de l'État va s'autonomiser & la démarcation entre sphère publique et sphère privée va apparaître</p> <p>La puissance publique va s'anonymiser</p>
Déterminisme économique et existence d'hierarchies sociales naturelles (être)	<p>L'institutionnalisation du pouvoir (= séparation du pouvoir et du domaine + anonymisation du pouvoir) permet l'émancipation moderne du droit et du politique (le devoir être)</p>

En affirmant sa souveraineté par une politique interventionniste, le monarque prouve que **le droit est une activité de la raison pratique issue de la volonté** (il s'agit des **germes du rationalisme constructiviste** = l'attitude politique – définie et dénoncée par des libéraux – qui proclame que les choix publics doivent être guidés par la volonté de construire un certain type de société). Ainsi, à la faveur de l'affranchissement du pouvoir par rapport aux tutelles religieuses et impériales s'ébauche le concept d'une **autonomie du droit** par rapport à la nature.

L'Etat se caractérise par la concentration de la puissance publique entre les mains d'organes spécifiques et centraux qui dénote une forme non négligeable de **volontarisme** (croyance que **la volonté humaine est capable d'imposer le changement**) et **d'artificialisme** (démarche qui attribue l'existence des éléments et autres phénomènes naturels à l'action d'un être humain ou d'un être imaginaire qui agit comme un humains).

Le contractualisme politique se place au cœur de la logique du jusnaturalisme moderne.

La fiction du contrat social : la sociabilité politique ne serait plus **naturelle**, mais elle découlerait **du consentement des sujets à s'inféoder au souverain** → le droit est conçu comme un instrument qui permet à la volonté des hommes de prendre en main leur destin / de se dresser c/ la nature des choses (≠ ce

n'est plus le déterminisme d'une nature aveugle) → il s'agit de substituer une représentation nouvelle et **subjectiviste** du droit à la vision objectiviste ancienne

Finalisme des anciens	Mécanicisme des modernes
<p>L'univers est une totalité programmée et animée par des causes finales</p> <p>Les causes finales relient les éléments de la nature selon une <u>intention</u> destinée à l'accomplissement d'une fin : chaque élément du <i>cosmos</i> aurait une vocation particulière qui lui serait assignée par le grand tout.</p>	<p>L'univers est infini</p> <ul style="list-style-type: none"> - Il n'est pas cerné par une origine et une fin - Il ne répond à aucune finalité ni aucun dessein <p>→ l'univers est dé – finalisé et <u>mû par des causes efficientes obéissants aux seules lois de la mécanique.</u></p> <p>Chaque élément n'est que la conséquence d'une cause qui est elle-même la conséquence d'une autre cause et ce, au sein d'une chaîne sans début ni fin. La nature n'est appréhendée que par des lois mécaniques et seule la façon dont elle fonctionne (≠ le but vers lequel elles tendent) intéresse le savant.</p> <p>Cette philosophie a abouti à la théorie de l'animal-machine de René Descartes, qui soutient qu'il faut considérer les êtres vivants comme des machines pour les expliquer scientifiquement. La philosophie mécaniste rejette toute idée de Dieu et d'intervention divine dans le fonctionnement de la nature. Il propose une idée du monde radicalement neuve</p>

et en rupture avec les représentations de la nature qui le précèdent. Il établit une nouvelle rationalité et fonde une nouvelle appréhension des phénomènes, à l'origine de la science moderne.

La place que les sciences laisseront vacantes dans le domaine des valeurs sera alors bientôt comblée par une **philosophie rationaliste et abstraite** qui forgera, à l'instar des théories du contrat social, des **constructions a priori** et hors de toute expérience pour rendre intelligibles le devoir être et le droit que la vision mécaniciste moderne désolidarise de l'être.

→ la science est livrée à elle-même et contrainte de bâtir ses propres outils de connaissance

L'idéalisme

Doute méthodique de Descartes : il n'accorde plus confiance dans les sens et dans les vertus de l'expérience car la vérité n'est pas accessible aux sens et elle ne peut surgir que du sujet pensant dans un dialogue avec lui – même.

Le recours aux postulats métaphysiques se substitue à la méthode empiriste des anciens.

Pour Hobbes : l'État n'est qu'une machine qu'il convient de concevoir selon une technique qu'il emprunte à Galilée.

L'homme n'est plus regardé comme un animal social : **seul sa volonté et son calcul sont au fondement du lien social car sa sociabilité n'est pas naturelle**. Les individus sont égoïstes et en proie à des appétits féroces (« **l'homme est un loup pour l'homme** »). Par un acte raisonnable de volonté, ils vont aliéner toutes leurs libertés naturelles et subjectives au profit d'un souverain dépositaire d'une puissance illimitée.

Les critiques du contractualisme :

- La philosophie contractualiste repose sur la conviction qu'il n'existe pas de valeurs vraies et objectives => tout effort de discussion est vain et seul le souverain investi par le contrat social pourra prescrire des valeurs (valeurs qui ne seront ni vrai, ni fausse, mais qui devront être tenues pour valide).
- Les théories du contrat sociale seraient des théories construites dans l'intérêt économique de la bourgeoisie (critique marxiste)
- Une société politique dont le régime relève du D public et qui fonctionne selon le principe d'hétéronomie ne peut pas être structuré sous l'égide du contrat qui relève du droit privé et du principe d'autonomie (critique d'Hegel)

Organicisme	Mécanicisme
L'organicisme est une doctrine anti – individualiste en vertu de laquelle les sujets d'une collectivité ne sont que les maillons d'un tissu organique dont ils procèdent naturellement	Les individus sont le fondement de la société qui est artificielle et découle de leur engagement volontaire.
Il s'agit d'une doctrine naturaliste qui ignore l'individu	Il s'agit d'une doctrine conventionnaliste qui n'envisage l'État qu'à la lumière de l'individu. ⇒ l'État, aussi totalitaire soit il, n'est qu'un moyen au service de l'individu considéré comme la fin ultime visée par le contrat social

Droit naturel des anciens	Jusnaturalisme moderne
Il existe un ordre naturel harmonieux et objectif qui régule les rapports entre les hommes et les choses	<p>Il n'existe qu'un état de nature, a – normatif et dénué de significations, qui n'est constitué que par une juxtaposition d'individualités isolées les unes des autres et dotées d'une telle liberté que nul ne détient le monopole de la définition de ce qui est objectivement juste et que les opinions individuelles de chacun sont <u>libres</u> et <u>égales</u>.</p> <ul style="list-style-type: none"> ⇒ il existe des droits naturels subjectifs dont l'absolutisme permettra à chaque bénéficiaire d'en livrer sa propre et relative définition et non un droit naturel objectif ⇒ le droit naturel n'est plus qu'un attribut privé de la personne ⇒ le droit naturel exprime un pvr subjectif absolu que chaque homme peut exercer sur son entourage afin de préserver son existence

⇒ ce que le droit naturel des anciens était censé générer spontanément (le juste et l'injuste) **doit être construit par la voie artificielle du pacte social pour devenir légal ou illégal.**

La vérité axiologique est livrée à **l'intime conviction de chacun** => il est légitime que s'impose l'autorité de l'Etat par une force de vérité légale

- ⇒ l'exaltation de la liberté individuelle au détriment de la collectivité conduit à l'étatisme
- ⇒ aucune vérité ontologique ne peut fonder le droit positif qui ne doit sa validité qu'à la compétence et au titre de l'autorité dont il émane

Hobbes : **« c'est l'autorité et non la vérité qui fait loi »**

Pour Montesquieu au contraire : « la vérité fait loi » & les valeurs ne sont pas arbitrairement dessinées, mais qu'elle provient des données que procure l'observation de la nature

Le droit naturel	La loi naturelle
<p>Il est le résultat d'un <i>a priori</i> métaphysique par lequel Hobbes postule l'existence, chez l'homme</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'une liberté - et d'un pouvoir absolu sur ses semblables et sur les choses qui l'entourent <p>Tenu pour naturel, il est en réalité un décret de la volonté, car la nature n'a offert à l'homme aucun droit ; seul une volonté législatrice peut conférer des droits. L'homme dispose d'une capacité d'autodétermination qu'on appelle liberté & qu'on oppose au déterminisme. Elle traduit l'existence de la volonté humaine. Cette liberté fait de l'homme un être imprévisible en termes causaliste, hors de sa dimension purement biologique. L'homme a donc une aptitude naturelle à s'extraire du déterminisme naturel dans lequel est enfermé l'animal. C'est probablement en raison de ce paradoxe que la philosophie juridique réputé « naturel » un droit par définition relève de la culture.</p>	<p>La loi naturelle, découverte par la raison, est authentiquement naturelle : il s'agit d'une contrainte naturelle aux termes de laquelle l'exercice illimité, par l'individu, de son droit de nature ne peut que nuire à sa propre liberté et lui coûter la vie.</p> <p>⇒ l'usage sans borne du droit de nature entraîne paradoxalement l'anéantissement de ce même droit de nature</p> <p>(Le droit naturel est un droit subjectif tellement illimité et absolu que son exercice génère un chaos auquel seul un Etat fort peut faire face)</p> <p>⇒ L'homme doit renoncer, afin de le sauvegarder, à son propre droit de nature en le mettant à la disposition du souverain</p> <p>Le droit naturel sera alors ce que la loi dit qu'il sera</p> <p>⇒ la loi naturelle n'est pas une loi juridique et prescriptive découlant d'une volonté dont la muette et aveugle nature est dépourvue, mais elle est une contrainte / une proposition scientifique <u>assertive</u> et <u>descriptive</u> dont la raison a su trouver le contenu</p> <p>⇒ la loi naturelle est incapable de définir les valeurs, une telle détermination ne peut provenir que d'un choix libre & volontaire représenté par le contrat social</p>