

INTRODUCTION À LA SOCIOLOGIE ET À LA PHILOSOPHIE DU DROIT

LDA1 | 2024-2025

Pr Reda Mokhtar El Ftouh

L'école de Droit de Rabat

CSS | UIR

SÉANCE III

La philosophie du droit dans la Chine Antique



I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

La place du droit dans le Tao et sa justification:

Le droit comme troubleur de l'ordre naturel des choses.

A- Le droit et le *Tao*:

Référence: Lao Tseu, *Le Tao Te King*, Traduction de Conradin Von Lauer.

« On gouverne un royaume par la justice.
On conduit une guerre par la tactique.

Mais c'est en renonçant à toute action qu'on devient le maître du monde. Comment peut-on savoir celà ?

En considérant ceci :

Plus il y a d'interdits, plus le peuple s'appauvrit.

Plus les armes se perfectionnent,
plus le pays est dans le désordre.

Plus les hommes sont ingénieux et habiles,
plus leurs inventions deviennent néfastes.

**Plus nombreux sont les décrets et les lois,
plus les malfaiteurs et les bandits pullulent.**

C'est pourquoi le prince sage dit :

Je n'agis pas et le peuple s'amende de lui-même.

Je demeure dans la quiétude et le peuple s'améliore.

Je ne recherche aucun profit, et le peuple voit augmenter ses biens.

Je demeure sans désirs et le peuple retrouve les bienfaits d'une vie simple. »

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Commentaire:

Le droit naturel n'est pas **droit** →
le droit ne doit pas être fixe ou
rigide, et donc prévisible ou
général. Il ne doit pas être dur
mais **mou**. Il ne doit pas
sanctionner, mais **redresser**.

« Les règles du bonheur naissent dans le malheur.
Le malheur sommeille sous le bonheur.
Qui peut prévoir l'avenir?
Car les règles de ce monde
Sont instables et mouvantes:
La droiture peut être prise pour de la ruse
et le bien confondu avec le mal.
Depuis toujours
L'égarement de l'homme le plonge dans l'erreur.
C'est pourquoi le Sage admoneste sans blesser,
Conseille sans vexer,
Redresse sans contraindre. »

Cinquante-huit.

« le sage... apprend sans étudier.
Il remet les hommes sur la voie mais s'abstient d'agir »

Soixante-Quatre

« le plus souple gagnera le plus fort et rien ne saurait égaler la puissance du non-dire et
du non-faire. »

Quarante-trois

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Le gouvernant ne doit pas nuire aux plus faibles et donne ainsi l'exemple aux plus forts pour prévenir leurs mauvais actes.

Le gouvernant doit guider par l'exemple et la séduction du peuple.

« On gouverne un Etat comme on cuit un petit poisson : avec précaution. Si l'empire est gouverné selon le Tao, les démons invisibles perdent leurs armes.
Non qu'ils ne soient puissants, mais ils ne nuiront pas aux hommes.
Non qu'ils ne puissent nuire aux hommes, mais parce que le Sage, lui, ne nuit pas aux hommes.

Les forces des entités invisibles et celles du Sage ne nuisent pas aux hommes ni ne se nuisent mutuellement. »

Soixante

« La mer règne sur tous les fleuves parce qu'elle s'étend plus bas que ceux-ci. C'est ainsi qu'elle règne sur tous les fleuves.
Si le Sage souhaite éclairer le peuple, il doit se montrer plus humble que lui. S'il désire le guider, il doit se placer le dernier de tous.
Ainsi son pouvoir sera grand parmi les hommes et il n'opprimera personne. »

Soixante-six

« Seul celui qui aime les autres autant que lui-même est digne de les gouverner. »

Treize

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Le gouvernant s'inspire de l'action du ciel. Ainsi, de la même qu'on ne sait pas comment le ciel gouverne la terre, le Gouvernant ne doit pas éclaircir comment il gouverne les gouvernés. De cette manière, le droit qu'il édicte est minime et l'action qu'il réalise est imperceptible.

« Qui peut comprendre les décrets mystérieux du ciel ? C'est pourquoi le Sage ne prend pas parti. La voie du ciel régit sans contraindre. Elle trouve réponse sans questionner. Elle reçoit sans avoir demandé, et accomplit son dessein mystérieux en toute sérénité.
Le filet du ciel est immense. Très larges sont ses mailles. Mais nul n'y échappe. Car le ciel rejette ce qu'il faut rejeter et garde ce qu'il faut garder. Et nul ne sait comment. »

Soixante treize

« Rien ne vaut la modération quand on veut gouverner les hommes tout en servant le ciel. La modération doit être le souci constant de l'homme. C'est ainsi que la vertu devient grande, en lui. Lorsqu'il a atteint un haut degré de vertu, tout lui devient possible. Si rien ne lui est impossible, ses limites sont inconnaisables L'homme dont les limites sont inconnaisables peut posséder le royaume. »

Cinquante-neuf

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Le gouvernant doit façonner son gouverné de sorte à faire perdurer son Etat et son pouvoir.

Le rapport du gouvernant-gouverné est comparable à celui entre l'artisan ou le boulanger et sa matière.

« Le Sage,
dans son gouvernement,
fait le vide dans le cœur de ses sujets.
Il détruit en eux désir et passion qui peuvent les troubler,
mais veille à bien les nourrir.
Il doit affaiblir leur volonté tout en fortifiant leur corps.
Il doit obtenir que le peuple soit ignorant mais satisfait
et que la classe cultivée n'ose agir.
S'il pratique le non-agir,
l'harmonie est préservée.
L'ordre est maintenu.
L'empire gardé. »

Trois

« Le Sage est le maître de celui qui ne l'est pas
et ce dernier est la matière sur laquelle il agit. »

Vingt-sept

« Celui qui utilise le savoir pour gouverner ruine son pays.
C'est pour cela qu'il faut garder le peuple dans son heureuse ignorance.
Celui qui le gouverne dans la simplicité le rend prospère et tranquille. »

Soixante-cinq

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

B- Le droit et le Confucianisme:

Référence: Liu (C.), « Confucius and the Chinese legal tradition », *Michigan State international law review*, 2020, Vol. 28, p. 3.

Selon Confucius, la société doit suivre une hiérarchie absolue: le Roi, dans la cime de la pyramide, détient un pouvoir absolu; les seigneurs régionaux sont loyaux au Roi; et le reste étaient soumis aux privilégiés.

Fondement du pouvoir: à gouvernance bénévolante, c'est-à-dire que le roi gouverne par mandat du ciel tant qu'il ressent de la compassion pour les conditions de vie de sa population. Lorsqu'il perd cette compassion, le ciel perd l'appui du ciel et perd ainsi le mandat de gouvernance.

L'importance du droit dans cette gouvernance est liée à la manière selon laquelle celui-ci est utilisé, en ce sens qu'il doit refléter la bénévolance du Roi, en utilisant la violence comme dernier ressort et en évitant de heurter les innocents.

L'inégalité devant la loi entre la population commune et les seigneurs. Ainsi, les *li* (rites de comportements polis) sont restreints à la noblesse, tandis que les *hsing* (punitions) sont limitées à la population commune. Ainsi, les seigneurs étaient exempts du droit pénal.

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Concepts centraux:

1. Les *Li* sont traditionnellement des rites suivis par les rois de la dynastie Zhou pour réaliser des offrandes aux esprits et aux ancêtres. Puis, des rites relatifs aux cérémonies traditionnelles comme les mariages, funérailles et cérémonies officielles. Subséquemment, les *Li* sont devenues les règles de conduite correcte. Ainsi, si les hommes avaient à être vertueux, les règles de conduite seraient dictées par des normes de « d'appropriété ».

→ les règles d'appropriété diffèrent entre les nobles et la populace. En suivant ces normes, personne ne devrait essayer d'outrepasser son rang dans la société.

Le suivi des rites déterminés par le Roi avait pour objectif d'entériner son règne et ainsi assurer la survie de l'Empire. Ceci étant l'objectif principal.

2. *Ren*: amour et bénévolance → principe concernant diverses relations sociales, y compris dans la famille, mais aussi le voisinage et au sein du cercle du droit et de celui des seigneurs.

Ainsi, les instruments coercifs comme le droit et la sanction sont innécessaires, parce que l'ordre social est maintenu par le *Li*

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Le droit dans le confucianisme:

Perception négative du droit:

Si les gens avaient à être menés par le droit, ils essaieraient d'éviter les sanctions et n'auraient aucun sens de pudeur. Cependant, s'ils sont menés par la vertu, ils auront un sens de pudeur et deviendraient « bons ».

Le droit comme instrument d'accompagnement:

Ainsi, le droit est réduit à un instrument de dernier ressort qui a pour objet d'arrêter les hommes sans pudeur avec les moyens les plus sévères possibles.

*Le droit est un simple instrument d'accompagnement du *Li* et du *ren*.*

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

B- Le légalisme chinois:

Caractères du Légalisme:

Importance du droit: Contrairement au confucianisme et au Taoïsme, le légalisme défend ardemment l'utilisation du droit dans la gouvernance de la société.

Les légalistes ne cherchaient pas à défendre les plus pauvres ou à limiter les pouvoirs des plus puissants. Ils considéraient plutôt que le droit était l'instrument incontournable pour la construction d'un appareil militaire et politique efficace.

Egalité devant la loi: Les légalistes soutenaient l'idée de l'égalité devant la loi pour tous les citoyens d'un Etat, y compris les seigneurs et les ministres. Le roi en est exclu, puisque le droit est constitué des directives royales. Ce caractère fut bientôt délaissé.

Conception répressive du droit: un droit prévoyant des sanctions dures de tous les actes qui venaient à défier le Roi ou les directives données pour accomplir ses objectifs.

Clarté du droit: le droit doit être clair et compréhensible par tous pour que tout le monde y soit tenu.

Délégation du pouvoir: afin d'assurer l'exécution des règles, le Roi doit déléguer ses pouvoirs à ses agents et doit assurer que cette délégation soit soumise au droit.

La responsabilité des groupes: La société est partagée en groupe et ceux-ci doivent être responsabilisés en tant que tels.

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

A priori:

Les êtres humains sont individualistes et egoistes et ne peuvent donc pas être poussés vers la vertu par la pudeur, comment le pensent les défenseurs du confucianisme.

Sans appliquer les peines, leur sévérité est suffisante pour dissuader les gens des actes d'égoïsme.

Les sanctions des actes indésirés doivent être accompagnés par des récompenses pour les actes souhaités;

Tous les rois ne sont pas sages. Pour les rois manquant de sagesse, le droit est nécessaire pour gouverner.

I- LA PENSÉE JURIDIQUE CHINOISE

Les A priori théoriques:

Les êtres humains sont individualistes et egoistes et ne peuvent donc pas être poussés vers la vertu par la pudeur, comment le pensent les défenseurs du confucianisme.

Sans appliquer les peines, leur sévérité est suffisante pour dissuader les gens des actes d'égoïsme.

Les sanctions des actes indésirés doivent être accompagnés par des récompenses pour les actes souhaités;

Tous les rois ne sont pas sages. Pour les rois manquant de sagesse, le droit est nécessaire pour gouverner.

SÉANCE IV

La philosophie du droit en Grèce Antique

Focus sur la pensée d'Aristote

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA GRÈCE ANTIQUE

« Une grande partie de notre droit est empruntée, non pas certes quant aux détails, mais pour l'essentiel, au droit d'une société antique, la société gréco-romaine »
Michel Villey, p. 23

Comme la philosophie du droit chinoise, la philosophie du droit grecque est d'abord une philosophie politique. Ainsi, l'effort philosophique relatif au droit y découle de la philosophie relative à l'organisation de la société et à celle du gouvernant.

Nous commençons par le père de la philosophie grecque du droit: Aristote.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA GRÈCE ANTIQUE

A- Le droit:

1. Définitions:

Le droit: Pour Aristote le droit est ce qui est juste entre les hommes ou les choses. Il s'agit du juste *objectif*, c'est-à-dire de la *justice* telle que perçue à partir d'une perspective externe aux personnes impliquées dans la relation en question.

La morale: Ce caractère objectif et externe aux personnes distingue le droit de la morale. En effet, celle-ci implique l'existence d'une **intention pure** de la part des parties à cette relation. Ainsi, selon Aristote, la morale ne peut être perçue qu'internement aux personnes créant la relation sociale en question.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA GRÈCE ANTIQUE

2- Sources du droit:

Le droit naturel: Selon Aristote, il existe un ordre inhérent à la nature, conçue comme « une sorte de Dieu laïcisé, depersonnifié, auparavant on disait Zeus » (Villey, p. 29). Cet ordre attribue une position à chaque chose qu'elle comporte, de la roche aux personnes. Ainsi, la principale source du droit doit être la nature.

Si cette nature a classé les races et les classes sociales, il est naturel que les grecs prennent le reste des races comme esclaves par nature et que les riches parmi eux s'approprient les pauvres.

Le droit légal: le droit naturel est parfois mal connu, d'autres fois, il ne peut disposer du degré de détails nécessaires à l'organisation de la vie en société. Ainsi, le législateur doit intervenir pour permettre de compléter, parfaire et exprimer pleinement le droit naturel, sans le contredire ou y déroger. De cette manière, le droit légal n'est que subordonné et même accessoire par rapport au droit naturel.

Le juge: le juge doit corriger les conséquences non désirées des caractères général et rigide du droit légal, en l'adaptant aux spécificités de chaque individu et de chaque situation. Il doit faire cela avec équité.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA GRÈCE ANTIQUE

B- La justice:

La justice cherche l'égalité, dans le sens mathématique du terme. Cette quête d'égalité présuppose qu'il y un ordre naturel et harmonieux dans la nature.

Selon Aristote, cette notion d'égalité prend deux formes:

- La justice distributive: Une saine proportion entre les différentes personnes d'un groupe social et les biens, honneurs et charges à leur répartir → les pouvoirs et responsabilités doivent varier entre un citoyen cultivé et un autre illettré, entre une personne plus capable et une autre qui l'est moins. Mais aussi, on donnera plus de terres aux familles les plus importantes; Cette notion de justice constitue l'un des fondements philosophiques de la sécurité sociale moderne.
- La justice commutative: cette justice cherche une égalité simple au niveau des échanges mutuels. Ainsi, la vente d'une chose doit conduire au paiement d'une valeur équivalente à la valeur de la chose reçue. Cette notion est à la base de concepts juridiques fondamentaux comme le « juste prix », le « juste salaire », de « l'équilibre des prestations » ou la « peine rétributive ».

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA GRÈCE ANTIQUE

C- L'équité:

« La loi prévoit une sanction pour le délinquant qui inflige une blessure avec une arme en fer, ou avec du fer en général. Si un homme portant un anneau de fer en frappe un autre, selon la lettre de la loi, il est passible de la peine et a commis un crime ; mais en vérité et en fait, il n'est pas coupable du crime et c'est dans cette interprétation juste que réside l'équité. » Huntington, p. 108

Ainsi, l'équité est une sorte de « justice » qui va au-delà du droit écrit. Il s'agit d'une rectification du droit écrit pour suppléer ses déficiences résultant de son universalité. Elle implique que le juge doit explorer l'esprit de la loi et non pas se limiter à sa lettre; elle doit explorer la totalité de l'action et du caractère de l'individu jugé, de se rappeler du bon au lieu du mauvais, d'essayer de régler par les mots au lieu des châtiments et d'agir comme arbitre neutre au lieu d'un auteur de jugement.

SÉANCE IV

La philosophie juridique romaine

Focus sur Cicéron

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE DANS LA ROME ANTIQUE

Nature du droit:

Selon Philus, il y a une discordance entre utilité et morale: L'homme juste est stupide puisqu'il délaisse son intérêt pour celui des autres. Le droit n'est pas fondé sur la justice ou la nature mais sur la volonté de l'homme sage qui ne se fie qu'à son intérêt et ce qui lui est utile. La justice n'est pas naturelle; il s'agit d'une création humaine conçue par les faibles et dans leur intérêt.

Contrairement à ce que soutenait Philus, Cicéron considère que l'homme n'a aucune utilité à renier sa nature d'homme et donc d'une créature nécessitant la justice. La justice est naturelle car se conformant à **la nature de l'homme**; en tant qu'animal social, qui vit en société, conformément à des lois et à la justice, puis en tant qu'être doté de sa propre rationalité.

Selon Cicéron, la justice est plus importante que le droit. Ainsi, lorsque l'application littérale d'une loi ou d'un contrat risque de conduire à l'injustice, il faut prioriser une interprétation du droit qui donne une primauté à l'intention des parties ou du contrat aux dépens de la lettre de ceux-ci.

Il faut chercher l'humanisation du droit, notamment de ses procédures pour le rapprocher de l'équité.

« Le droit est le gouverneur de toutes les choses divines et humaines, l'arbitre du bien et du mal, le guide de la justice et de l'injustice, le souverain et le seigneur de tous ceux qui sont, par nature, des animaux sociaux. Elle ordonne ce qui doit être fait et interdit le contraire »

Cicero

«Même si tous devaient protester, je dirais mon sentiment : toute la collection des ouvrages des philosophes, si l'on examine les sources et les fondements des lois, me paraît dépassée par le petit livre de nos Douze Tables, tant pour son autorité imposante que pour sa féconde utilité. La loi, les lois, le droit sont la juste raison de la grandeur de Rome. La sagesse et la puissance de l'empire reposent sur les lois et les traditions de nos ancêtres»

Cicéron, De Orat. 1.195

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE DANS LA ROME ANTIQUE

Organisation interne du droit et place des oratores:

Le juge occupe une place centrale dans le système juridique idéal de Cicéron, puisqu'il est chargé de veiller à ce que, dans son application, le droit reste attaché à la justice.

Mais le juge à lui seul n'est pas suffisant pour réaliser cela. Cicéron considère qu'il doit être assisté par des (oratores) avocats qui facilitent la décomplexification des affaires qui lui sont soumises, puis à le persuader du caractère probable d'une conclusion ou de l'autre, pour ainsi le convaincre de la décision à prendre.

Les tâches des oratores:

Définir les termes et les concepts dont le sens n'est pas clair ou dont le sens est débattu. Par la suite, il faut déterminer les preuves qui permettent de soutenir l'opinion de l'avocat quant au point débattus. Enfin, il faudrait émouvoir le juge, en dissimulant le sujet débattu dans d'autres questions ou émotions.

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE DANS LA ROME ANTIQUE

La science du droit:

Cicéron propose la construction du droit autour de concepts fondamentaux et non pas de simples règles purement techniques et pratiques.

Ces concepts seraient ainsi divisés en sous concepts et ainsi de suite jusqu'à aboutir auxdites règles techniques, qui constitueront une seule construction intégrée et logique.

Une série de concepts classés horizontalement selon leur proximité et différences et verticalement, selon leurs rapports hiérarchiques. Ex: Personnes/choses; Obligations/droits vs Majeur/mineur et obligations civiles contre le reste, etc.

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE DANS LA ROME ANTIQUE

Justice, empire et droit:

L'équité trouve plusieurs manifestations à travers la pensée de Cicéron. L'une des plus remarquables est le concept de *Fides* (littéralement « loyauté »).

Celui-ci décrit le rapport inégal mais « **juste** » qui existe entre peuple fort dominant un peuple faible. Ainsi, ce rapport est dit juste lorsqu'il engendre des devoirs de protection, d'assistance, d'aide et d'autonomie au profit du faible. Ainsi, la domination impériale peut être juste lorsqu'elle entretient les intérêts des dominés.

La justice impériale se justifie ainsi par l'inégalité intrinsèque assumée entre les hommes et les peuples.

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE DANS LA ROME ANTIQUE

Le rapport « gouvernant-gouverné » chez Cicéron

Cicéron emprunte à Aristote l'idée d'égalité distributive et la soutient aux dépens de l'égalité simple. Ainsi, il veille à une égalité entre droits et obligations, entre charges et privilèges, entre caractères individuels et charges.

Ainsi, la justice chez Cicéron reviendrait à respecter « les hiérarchies de fortunes et d'honneur »

L'égalité chez Cicéron était opposée à l'égalité prônée par les populaires, des défenseurs d'une égalité simple et d'un Etat intervenant pour l'assurer.

Le « droit juste » chez cicéron doit aboutir à la création d'une société où il est veillé au bien de tous et où tous vont dans le même sens.

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE DANS LA ROME ANTIQUE

Le rapport entre gouvernés et les relations privées:

Dans les relations privées, le fondement de la justice c'est la *fides*.

C'est à travers cette *fides* qu'il est possible de construire une société harmonieuse;

Le droit guide le comportement des individus pour ne faire de tort et ne causer de dommage à personne;

Ainsi, les contrats doivent être dénoués de violence et brutalité et basés sur la confiance, l'estime réciproque, le respect de la parole, le crédit... la morale;

SÉANCE IV

La philosophie juridique islamique



LA PENSÉE JURIDIQUE ISLAMIQUE

I- Ouçoul Al Fiqh:

« Il s'agit des sources et les principes fondamentaux sont **les racines** (usûl) ; dont les branches ou rameaux (furû), dépendances ou connexions sont les institutions reconnues comme rattachées légalement au Goran et à la Tradition et dont enfin le tronc représente la construction doctrinale (fikh), intelligence de la Loi, connaissance des lois révélées. » Milliot, p. 443

A- Présentation des sources du droit musulman:

Le coran, les actes et dires du Prophète, Ijmâa, Qias.

Ibn Khaldun théorise l'évolution de ces sources utilisant une démarche basée sur l'histoire sociale de l'islam. En effet, il explique l'émergence de chaque source par référence aux besoins que celle qui l'a précédé a laissé pour la Oumma.

LA PENSÉE JURIDIQUE ISLAMIQUE

A- Sources:

Le texte coranique est la parole divine. Elle tire sa véracité, justesse et perfection des caractères de Dieu.

La sunna permet d'assurer le suivi du bon sens pour la compréhension du texte coranique. Durant sa vie, il évaluait, jugeait et définissait les conséquences des actes individuels par référence au coran. Mais suivant sa mort, cela n'est plus possible. C'est à niveau que tant sa Sunna que le reste des sources deviennent nécessaires.

L'Ijmâa: sur la base d'un hadith du Prophète, la Umma islamique ne peut s'accorder sur quelque chose qui est erronée. Ainsi, son accord est considérée une source incontestée du droit musulman, tant qu'elle ne vient pas contredire les deux sources précédentes.

Le Qias est la quatrième source. Le qias (analogie) est devenu une nécessité dès que de nouveaux faits et problèmes inédits sont apparus au fur et à mesure que les années passaient après la mort du prophète et que l'Ijmâa ne pouvait plus être obtenu en raison de l'expansion de l'islam et de la diversification des opinions sur les questions de droit.

LA PENSÉE JURIDIQUE ISLAMIQUE

B- Critères d'évolution:

A travers cette évolution adaptative des sources du droit musulman, il est clair que le critère selon lequel l'évolution se produit en poursuivant d'abord et avant tout le respect de la règle divine pour sa création et la poursuite de la réalisation de sa volonté pour celle-ci.

Pour permettre l'évolution de ces sources, il a été nécessaire d'assister la science du droit musulman par des sciences auxiliaires, dont l'histoire, la linguistique et la logique.

Logique:

Selon Abu Hamid Al-Ghazali, la logique est nécessaire pour permettre de rendre la construction du droit musulman universellement acceptable et préservée d'erreurs. Ainsi le *fiqh*, science juridique islamique, ne serait qu'une dérivée de la logique qui se spécialise dans la pensée islamique. Il essaie plus particulièrement de construire la logique du *Qiyas* (analogie).

LA PENSÉE JURIDIQUE ISLAMIQUE

II- Théories du droit musulman:

Maqasid ou les objectifs de la Charia:

Une théorie normative pour les normes posées complémentant les normes reçues:

Ibn Khaldun avance une pensée philosophique relative au droit à deux niveaux. Le premier tente d'établir une théorie descriptive d'*Ouçoul Al Fiqh*, tandis que le second établit une théorie normative concernant le sens qui doit être pris dans la mise en œuvre du droit.

LA PENSÉE JURIDIQUE ISLAMIQUE

Maslahah vs mafsadah.

SÉANCE IV

La philosophie du droit en Europe médiévale



LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN EUROPE MÉDIÉVALE

« l'effondrement des cadres politiques romains : l'empire et l'administration romaine sont renversés par des barbares, incapables de se substituer à leurs victimes et de faire fonctionner l'Etat. La hiérarchie ecclésiastique, seule force d'ordre subsistante, se place à la place de l'Etat. »

L'Eglise chrétienne s'est rebellée contre la conception hellénique du droit et de ses sources naturelles ; elle tendit à lui substituer la sienne propre, religieuse.

« la nature est une idole que le christianisme inverse ».

« Ils n'estimaient pas que le juste puisse être trouvé naturellement, par l'observation de la nature, mais seulement surnaturellement, par l'intervention de la Grâce. »

« Le droit naturel patristique correspond ordinairement à la nature originale encore intacte et harmonieuse, au premier Plan du créateur, à l'organisation valable au sein du Paradis Terrestre ; non pas à la nature présente. »

LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN EUROPE MÉDIÉVALE

« Elle débute par un exposé des sources du droit, fondé par cette affirmation que la source la plus haute du droit, est le droit naturel. Encore faut-il le définir : le droit naturel, dit Gratien, c'est **ce que contiennent les Ecritures**, Ancien et Nouveau Testament dont cette règle évangélique qu'on ne doit pas faire à autrui ce qu'on ne veut pas qu'autrui vous fasse.»

« notre première période, la pensée chrétienne médiévale apporte ou tend à constituer : un droit d'origine religieuse, comparable à ce qu'est encore aujourd'hui le droit musulman, identique à la volonté divine, connue par la Sainte Ecriture, dont les prêtres sont les interprètes. Définir le droit, sera affaire du clergé, des théologiens »

LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN EUROPE MÉDIÉVALE – S.T.D'AQUIN

« Le mot droit. Il a été utilisé d'abord pour signifier la chose juste elle-même, puis il a désigné l'art de discerner le juste ; ensuite le lieu même où se rend la justice, comme quand on dit de quelqu'un qu'il a comparu en justice ; et enfin l'arrêt, fût-il inique, rendu par celui qui est chargé de faire justice »

« La loi n'est pas le droit mais plutôt la règle du droit »

« le juste, au sens parfait du mot, ne peut être atteint par nous dans nos rapports avec Dieu. Voilà pourquoi la loi divine ne peut strictement s'appeler droit, mais devoir sacré, parce qu'il suffit à Dieu que nous remplissions à son égard ce que nous pouvons. »

La linguistique est introduite pour la première fois comme une discipline auxiliaire à la philosophie du droit.

La distinction entre la loi et le droit, celui-ci étant la science raisonnée à travers laquelle est produite la loi, qui en constitue les démembrements normatifs.

Le droit doit veiller à remplir envers Dieu ce que nous pouvons faire pour nous rapprocher d'une égalité de prestations, tout en sachant qu'il est impossible de réaliser ladite égalité. On remarque ici que L'égalité simple d'Aristote et de Cicéron est appliquée pour analyser la relation avec Dieu.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN EUROPE MÉDIÉVALE – S.T.D'AQUIN

« Ce qui est naturel à un être doué d'une nature immuable doit être partout et toujours le même. Mais ce n'est pas le cas de la nature humaine, qui est soumise au changement ; voilà pourquoi ce qui est naturel à l'homme peut quelquefois manquer »

« ... le droit divin, comme le droit humain, se dédouble : d'un côté, dans la loi divine, les choses commandées parce qu'elles sont bonnes, et défendues parce qu'elles sont mauvaises ; d'un autre, celles qui sont bonnes parce que commandées, ou mauvaises parce que défendues. »

Concernant la distinction entre « droit légal » et « droit naturel » l'auteur creuse le concept de droit naturel et établit la différence entre ceux-ci. Il considère que si le droit naturel reflète l'immuable, le droit légal doit s'adapter au mutable, en rattachant ce dernier à la nature mutable de l'être humain et rattachant la première à la nature immuable des choses divines.

La justice humaine peut se réaliser par un droit se conformant à la justice divine.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN EUROPE MÉDIÉVALE – S.T.D'AQUIN

La conformité du droit naturel à la volonté divine permet d'en évaluer la justesse et en justifie l'universalité qui le rend applicable même aux animaux. Toutefois, en ce qui concerne le droit légal, c'est l'utilité des normes qui permet d'en évaluer le caractère plus ou moins justifié.

Cette distinction est appliquée à des normes ne relevant pas du droit naturel comme la propriété privée ou l'esclavage. Ceux-ci se justifient par rapport à leur utilité (justice au second sens) et non pas par rapport à caractère naturel (justice au premier sens)

LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN EUROPE MÉDIÉVALE – S.T.D'AQUIN

« entre un père et son fils le rapport n'est pas celui d'un être à quelqu'un d'absolument autre, et par conséquent un droit absolu, mais une sorte de droit, qui est le droit paternel. De même, entre le maître et l'esclave., il y a un droit spécial de domination. »

«. ...le droit s'applique à [la relation entre gouvernant et gouverné] en toute rigueur de justice, ce qui d'ailleurs n'empêche pas de distinguer selon les fonctions. Aussi parle-t réalisation imparfaite du droit pur et simple comme dans le cas du droit paternel, ou du droit de domination, mais seulement qu'on doit rendre en propre à chacun selon sa condition ce qui lui est dû à raison de ses services »

Le droit ne peut exister de manière parfaite dans des rapports de domination qui permettent à un individu d'exercer des prérogatives non limitées. Dans ces relations, on ne peut parler de droit ou de justice proprement dits.

Le rapport du gouvernant-gouverné se caractérise est marqué par une domination similaire à celle du père-fils ou maître-esclave. Cependant, le rapport entre ceux-ci doit être plus structuré et organisé.

SÉANCE VIII

La pensée juridique de l'ère moderne



LA PENSÉE JURIDIQUE DE L'ÈRE MODERNE

Deux traits caractéristiques:

- *l'un négatif, l'autre positif.*
Trait négatif, la libération d'Aristote et de la scolastique classique.
- L'autre positif: Rebâtir un nouveau monde de connaissance sur la base des « **certitudes de la raison individuelle** »

1- Critiques envers le droit naturel chez Aristote:

Pascal: « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà... Plaisante justice qu'une rivière borne »

➔ « Pour découvrir la vraie nature, on devra plutôt faire abstraction de toutes les couches superficielles dues à la civilisation. Il ne reste plus qu'un chaos très élémentaire, l'état des hommes des premiers temps, avant toute civilisation : on le nomme **état de nature**. »

Cela est basé sur les nouvelles découvertes de certains peuples isolés nouvellement découverts, joint à la théorie de l'évolution qui surgit au 18^{ème} siècle. Cela est aussi basé sur la croyance que la seule constante depuis les origines de l'humanité jusqu'à aujourd'hui c'est que les hommes étaient d'abord et avant tout des individus.

« *la nature a donné à l'homme un égoïsme essentiel, et des convoitises effrénées ; rien ne l'empêche dans l'état de nature originale de donner cours à ces passions ; quelle autorité bornerait son droit sans limite sur toute chose ?* »
- Lucain;

« **l'état de nature n'est point un Eden de paix et de jouissances, mais un enfer de violence, d'insécurité ; il est intenable.** »

LA PENSÉE JURIDIQUE DE L'ÈRE MODERNE

Deux traits caractéristiques:

- *l'un négatif, l'autre positif.*
Trait négatif, la libération d'Aristote et de la scolastique classique.
- L'autre positif: Rebâtir un nouveau monde de connaissance sur la base des « **certitudes de la raison individuelle** »

2- Nature du droit dans la philosophie moderne:

a- La notion du droit basé sur la justice s'écroule → il n'y a de droits que les **droits subjectifs** de l'individu dans l'état de nature. Le souverain législateur intervient pour établir le droit objectif, qui est le seul véritable droit au sens objectif du terme.

b- Le droit naturel:

Le droit naturel dans la modernité est vidé de toute substance et n'existe que pour refléter la nature individualiste et « libre » de l'homme. Ainsi, au centre de cette nouvelle conception du droit naturel se trouve le concept de « liberté individuelle ».

Ainsi, le contenu du droit naturel dans la pensée moderne est réduit à cette seule notion. En effet, cette pensée considère: « *Naturellement chaque homme est libre, il ne rencontre aucune contrainte, il a le droit de faire ce qui lui plaît. Telle est cette acception nouvelle, que je considère pour ma part comme absolument étrangère à la pensée gréco-romaine : droit au sens de droit subjectif...* »

c- Le droit positif:

Le droit positif basé sur « le contrat social ».

La raison dont dispose l'Homme lui permet d'échapper au déplorable état de nature. Il y échappe à travers le *Contrat social*. Hobbes avance « *il n'est d'autre façon d'échapper à l'anarchie insupportable, que de créer artificiellement une sorte de personne collective; un corps politique, Leviathan.* » → l'abdication de certaines libertés individuelles → un chef politique et souverain revêt de **tous** les pouvoirs. Celui-ci distribuera à chaque individu des droits subjectifs déterminés. Ainsi, même si on n'a « que peu de droit, du moins ils sont sûrs. »