

SÉANCE 2

DROIT ET JUSTICE

Support pratique : Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V « De la justice ».

Aristote (- 384 ; - 322) est un philosophe grec du IV^e siècle avant notre ère. Né à Stagire, il est également connu sous le surnom de « Stagirite ». Il fut l'élève de Platon à l'Académie, s'en sépara pour fonder le Lycée, et devint précepteur du futur Alexandre le Grand. Son œuvre recouvre pratiquement tous les domaines. Pour les juristes, son ouvrage de référence reste l'*Éthique à Nicomaque*, qui a pour objet la recherche du bonheur, laquelle passe par l'étude de la vertu et de la justice. L'ouvrage, rédigé entre 334 et 330 avant notre ère, ne porte la référence à Nicomaque que de façon tardive. Cette référence peut s'appliquer aussi bien à son père qu'à son fils, tous deux se nommant Nicomaque. Il est cependant plus vraisemblable, le père d'Aristote étant décédé quand Aristote était très jeune, que l'ouvrage s'adresse à son fils.

C'est le livre V, « De la justice », qui va nous intéresser ici.

1° La définition de l'injuste et du juste

Aristote, avant d'aller plus avant dans ses développements, s'essaie à une première définition de l'injuste et du juste :

« On considère généralement comme étant injuste à la fois celui qui viole la loi, celui qui prend plus que son dû, et enfin celui qui manque à l'égalité de sorte que de toute évidence l'homme juste sera à la fois celui qui observe la loi et celui qui respecte l'égalité » (Chapitre 2).

Première observation, d'ordre méthodique : le philosophe tente une première approche, une approche *a priori*, de ce qui est définissable comme injuste et comme juste. On part donc d'une première impression avant de pousser plus avant l'analyse.

Ensuite, on remarquera qu'Aristote commence par définir l'injuste avant d'en venir à définir le juste. Ce n'est pas anodin. Définir d'emblée la justice semble tâche impossible, tant le concept est fuyant. Par contre, tout le monde a intuitivement une idée de ce qu'est l'injustice. Pour Aristote, il s'agit de celui qui viole la loi : ainsi d'un homicide volontaire, ou d'un vol ou d'une fraude. Mais aussi celui qui prend plus que son dû : ainsi le patron ou les actionnaires d'une société qui fait du profit, et qui licencie néanmoins pour délocaliser et ainsi réaliser d'encore plus gros bénéfices. Enfin, l'injustice lui apparaît dans la rupture d'égalité : par exemple, si à travail égal, salaire égal, la discrimination salariale en fonction du sexe du salarié se présente comme injuste. C'est donc par un raisonnement *a contrario*, c'est-à-dire en définissant le juste en opposition à l'injuste, qu'Aristote arrive à une première idée du juste : c'est ce qui respecte la loi, et l'égalité (c'est-à-dire une identité de traitement de deux situations ou individus comparables).

Cette idée que le juste renvoie à la fois à ce qui est dû à chacun et à l'égalité, se retrouvera plus tard dans deux préceptes latins, qui lient d'ailleurs tous deux droit et justice. En effet, si l'on doit aux philosophes grecs, et notamment Aristote, les premières et plus fondamentales considérations sur la justice, c'est aux auteurs latins, doctrine du droit romain, père des droits modernes, que l'on doit le lien véritable entre justice et droit, le droit apparaissant alors comme une application technique de la vertu de justice si bien appréhendée par les Grecs. Ainsi, selon Celse, un philosophe romain du II^e siècle de notre ère, mais qui écrivait en langue grecque, « le droit est l'art de connaître ce qui est bon et juste ». La formule latine est « *jus est ars boni et aequi* ». Là le juste renvoie directement à l'égal (*aequi*). Et selon Ulpien, juriste romain du III^e siècle de notre ère, « la justice est une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne faire de tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui est dû ». La formule latine est « *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* ». Donc l'accent est mis là sur la juste répartition des biens et des mérites, attribuer à chacun ce qui lui est dû. Deux

idées donc, dans ces deux citations, que l'on trouve déjà dans le concept de justice défini par Aristote.

2° La justice comme vertu et comme rapport à autrui

Selon Aristote, la justice est une vertu en soi, mais une vertu qui s'exerce dans le rapport de chacun à autrui.

« La justice, seule de toutes les vertus, est considérée comme étant un bien étranger parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté. Et ainsi l'homme le pire de tous est l'homme qui fait usage de sa méchanceté à la fois envers lui-même et envers ses amis ; et l'homme le plus parfait n'est pas l'homme qui exerce sa vertu seulement envers lui-même, mais celui qui la pratique aussi à l'égard d'autrui, car c'est là une œuvre difficile » (Chapitre 3).

Et Aristote de résumer :

« (Quant à la différence existant entre la vertu et la justice ainsi comprise, elle résulte clairement de ce que nous avons dit : la justice est identique à la vertu, mais sa quiddité n'est pas la même : en tant que concernant nos rapports avec autrui, elle est justice, et en tant que telle sorte de disposition pure et simple, elle est vertu) » (Chapitre 3).

Il y aurait ainsi une double dimension de la justice. C'est une vertu, une prédisposition de l'âme, mais elle ne trouve sa pleine dimension en tant que justice qu'en tant qu'elle s'exerce dans le rapport à autrui. Pour qu'il y ait justice, il faut qu'il y ait au moins deux personnes. Voilà qui rappelle des considérations déjà évoquées à propos du droit, relativement à la question de savoir si le droit peut exister pour Robinson seul sur son île ou s'il faut l'arrivée de Vendredi dans sa vie, voire d'un tiers à la relation à deux, pour qu'on puisse vraiment parler de droit. Aristote, lui, parle de justice, la question du droit sera développée par les Romains, mais c'est au fond une idée comparable. Où l'on voit que tout est lié.

3° Justice distributive et justice corrective

Aristote est à l'origine d'une distinction devenue aujourd'hui très classique, celle de la justice distributive et de la justice corrective (on parle aussi parfois aujourd'hui de justice commutative). Voici comment il les introduit :

« De la justice particulière et du juste qui y correspond une première espèce est celle qui intervient dans la distribution des honneurs, ou des richesses, ou des autres avantages qui se répartissent entre les membres de la communauté politique (car dans ces avantages il est possible que l'un des membres ait une part ou inégale ou égale à celle d'un autre), et une seconde espèce est celle [1131a] qui réalise la rectitude dans les transactions privées. Cette justice corrective comprend elle-même deux parties. Les transactions privées, en effet, sont les unes volontaires et les autres involontaires : sont volontaires les actes tels qu'une vente, un achat, un prêt de consommation, une caution, un prêt à usage, un dépôt, une location (ces actes sont dits volontaires parce que le fait qui est à l'origine de ces transactions est volontaire) ; des actes involontaires, à leur tour, les uns sont clandestins, tels que vol, adultère, empoisonnement, prostitution, corruption d'esclave, assassinat par ruse, faux témoignage ; les autres sont violents, tels que voies de fait, séquestration, meurtre, vol à main armée, mutilation, diffamation, outrage » (Chapitre 5).

Aristote opère donc une première distinction entre justice distributive et justice corrective.

La justice distributive est verticale, et d'ordre politique. C'est la distribution des honneurs, des richesses et des avantages, au sein de la communauté. Par exemple, la participation aux impôts relève de la justice distributive : le fait de choisir qu'il y aura un impôt sur le revenu, un impôt sur la fortune, ou encore une TVA (taxe sur la valeur ajoutée), relève directement de la justice distributive. De la même façon, le choix de reconnaître la propriété privée, ou de vivre dans un système communiste, relève encore de la justice distributive. En droit des successions, ce sera le choix d'instituer une réserve héréditaire, c'est-à-dire la part dont le testateur ne peut défaire une partie de sa famille – ou au contraire de laisser pleine liberté au testateur de disposer de ses

biens. Ou encore en droit plus général de la famille, le choix de consacrer ou non le mariage pour tous, donc le mariage homosexuel aussi bien qu'hétérosexuel. Ou d'attribuer les mêmes droits à tous les enfants, qu'ils soient conçu dans ou hors mariage (longtemps en France, on distinguait entre les enfants « légitimes », nés en mariage, qui avaient pleins droits, les enfants « naturels », nés hors mariage, et les enfants « adultérins », dont l'un des parents était engagé dans les liens du mariage avec une tierce personne au moment de la conception, et qui ne pouvaient être reconnus, ou lorsqu'ils ont pu l'être, connaissaient des restrictions dans leur droit à succession).

À la différence de la justice distributive, la justice corrective est horizontale. Ce sont les rapports entre particuliers, qui, lorsque l'égalité sera rompue, demanderont l'intervention d'une tierce personne, juge ou arbitre, pour rétablir l'égalité rompue. Et là Aristote opère une seconde distinction, entre les actes volontaires et involontaires. Dans la première catégorie, il range les « actes » qui recouvrent la catégorie de ce qu'on appelle, depuis le droit romain, les contrats : vente, prêt, dépôt... qui demandent la volonté, aujourd'hui on dit aussi le « consentement », des deux parties à l'acte. Dans la seconde catégorie, il range tout ce qui relève des accidents involontaires, mais également ce qui relève de la méchanceté. Aujourd'hui, en fait, ce sera ce qui relève de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, l'une et l'autre n'étant pas incompatibles. Ainsi, si je cause involontairement un accident de voiture entraînant des blessures ou la mort d'autrui, cela relèvera de la responsabilité civile : il conviendra de réparer le dommage ainsi causé, ce qui sera l'application de la justice corrective, pour rétablir l'égalité rompue : le dommage, qui rompt l'égalité, appelle réparation, qui la rétablit. Et si je cause sciemment une action méchante, telle un vol ou un meurtre, cela relèvera en outre de la responsabilité pénale. Aristote est donc là éminemment moderne. Il préfigure la distinction qui sera celle du droit romain, et qui est encore celle que connaît aujourd'hui le droit français, entre le droit des contrats d'une part, et le droit de la responsabilité d'autre part.

Une fois ceci exposé, il convient d'approfondir ces deux notions de justice distributive et de justice corrective.

4° Où se trouve la justice distributive : l'égalité proportionnelle

Aristote présente ainsi la justice distributive :

« Mais la proportion de la justice distributive n'est pas une proportion continue, car il ne peut pas y avoir un terme numériquement un pour une personne et pour une chose – Le juste en question est ainsi la proportion, et l'injuste ce qui est en dehors de la proportion. L'injuste peut donc être soit le trop, soit le trop peu, et c'est bien là ce qui se produit effectivement, puisque celui qui commet une injustice a plus que sa part du bien distribué, et celui qui la subit moins que sa part » (Chapitre 7).

En fait, on appelle cette « proportion » comme le dit Aristote, l'égalité proportionnelle. C'est la distribution des biens et mérites à chacun selon son dû. Par exemple, les faibles recevront une protection plus forte que les forts. Qui sont les faibles ? Les enfants, les handicapés physiques ou mentaux, les personnes âgées, les pauvres... Donc la justice distributive, ce sera aussi bien le retard de la responsabilité pénale, notamment, jusqu'à un certain âge... que l'attribution d'un congé maternité pour pouvoir allaiter et s'occuper de son nourrisson... que l'obligation pour les lieux publics de prévoir un accès aux personnes à mobilité réduite ... que les régimes de protection pour les majeurs (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, mandat de protection future)... que l'aide personnalisée au logement (à cet égard est-il légitime de la diminuer, de façon substantielle pour l'intéressé, et de façon purement symbolique pour l'État ?)... Mais c'est aussi, selon une certaine conception, le contribuable recevant sa part à payer... Bref, tout est une question de proportion verticale, qui se situe dans l'attribution à chacun de ce qui lui est dû – à l'actif comme au passif.

5° La justice de la loi

Ce qui est remarquable, c'est, dans le cadre de la justice distributive, c'est-à-dire de la justice verticale, l'acceptation *a priori* d'Aristote que la loi est juste, donc que celui qui ne la respecte pas est un homme injuste, mais également, par une appréciation *a posteriori*, que la loi peut se tromper, donc peut être injuste. C'est ainsi qu'Aristote dit :

« Puisque, disions-nous celui qui viole la loi est un homme injuste, et celui qui l'observe un homme juste, il est évident que toutes les actions prescrites par la loi sont, en un sens justes : en effet, les actions définies par la loi positive sont légales, et chacune d'elles est juste disons-nous. Or, les lois prononcent sur toutes sortes de choses, et elles ont en vue l'utilité commune, soit de tous les citoyens, [soit des meilleurs], soit seulement des chefs désignés en raison de leur valeur ou de quelque autre critère analogue ; par conséquent, d'une certaine manière nous appelons actions justes toutes celles qui tendent à produire ou à conserver le bonheur avec les éléments qui le composent, pour la communauté politique. – Mais la loi nous commande aussi d'accomplir les actes de l'homme courageux (par exemple, ne pas abandonner son poste, ne pas prendre la fuite, ne pas jeter ses armes), ceux de l'homme tempérant (par exemple, ne pas commettre d'adultère, ne pas être insolent), et ceux de l'homme de caractère agréable (comme de ne pas porter des coups et de ne pas médire des autres), et ainsi de suite pour les autres formes de vertus ou de vices, prescrivant les unes et interdisant les autres, tout cela correctement si la loi a été elle-même correctement établie, ou d'une façon critiquable, si elle a été faite à la hâte » (Chapitre 3).

Et là on trouve un mal moderne, qui est celui de l'inflation législative, voire de la législation par ordonnance, qui passe outre le vote des représentants du peuple, pour établir un droit, certes toujours vertical, mais qui court-circuite le vote démocratique *via* ses représentants législatifs. L'on voit ainsi que toute notre modernité se trouve déjà dans Aristote...

6° Où se trouve la justice corrective : les quatre termes, et l'égalité arithmétique

Pour Aristote, la justice corrective suppose quatre termes au minimum : les deux personnes qu'elle met en relation, et les choses objet d'inégalité, étant entendu que le trop se trouve d'un côté, et le trop peu de l'autre :

« Par conséquent, si l'injuste est inégal, le juste est égal, et c'est là, sans autre raisonnement, une opinion unanime. Et puisque l'égal est moyen, le juste sera un certain moyen. Or, l'égal suppose au moins deux termes. Il s'ensuit nécessairement, non seulement que le juste est à la fois moyen, égal, et aussi relatif, c'est-à-dire juste pour certaines personnes mais aussi qu'en tant que moyen, il est entre certains extrêmes (qui sont le plus et le moins), qu'en tant qu'égal, il suppose deux choses : qui sont égales, et qu'en tant que juste, il suppose certaines personnes : pour lesquelles il est juste. Le juste implique donc nécessairement au moins quatre termes : les personnes pour lesquelles il se trouve en fait juste, et qui sont deux, et les choses dans les quelles il se manifeste, au nombre de deux également » (Chapitre 6).

Et la justice corrective, à la différence de la justice distributive, se trouve dans l'égalisation arithmétique, et non dans l'égalité proportionnelle. Ce en quoi elle est horizontale, et non verticale :

« Le juste correctif (...) intervient dans les transactions privées, soit volontaires, soit involontaires. Cette forme du juste a un caractère spécifique différent de la précédente. En effet, le juste distributif des biens possédés en commun s'exerce toujours selon la proportion dont nous avons parlé (puisque si la distribution s'effectue à partir de richesses communes, elle se fera dans la même proportion qui a présidé aux apports respectifs des membres de la communauté et l'injuste opposé à cette forme du juste est ce qui est en dehors de ladite proportion). Au contraire, le juste dans les transactions privées, tout en étant une sorte d'égal, et l'injuste une sorte d'inégal, n'est cependant pas l'égal selon la proportion de tout à l'heure, [1132a] mais selon la proportion arithmétique. Peu importe, en effet, que ce soit un homme de bien qui ait dépouillé un malhonnête homme, ou un malhonnête homme un homme de bien,

ou encore qu'un adultère ait été commis par un homme de bien ou par un malhonnête homme : la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage. Par conséquent, cet injuste dont nous parlons, qui consiste dans une inégalité, le juge s'efforce de l'égaliser : en effet, quand l'un a reçu une blessure et que l'autre est l'auteur de la blessure, ou quand l'un a commis un meurtre et que l'autre a été tué, la passion et l'action ont été divisées en parties inégales ; mais le juge s'efforce, au moyen du châtement, d'établir l'égalité en enlevant le gain obtenu » (Chapitre 7).

Alors évidemment, après la question se pose de savoir comment obtenir l'égalisation de l'équilibre rompu. C'est là que se pose la question de la réciprocité du châtement, ou au contraire de l'utilisation de la monnaie comme moyen de réparation.

7° Justice et réciprocité ; la question de la monnaie

La question est immensément riche. Voici ce que dit Aristote :

« Dans l'opinion de certains, c'est la réciprocité qui constitue purement et simplement la justice : telle était la doctrine des pythagoriciens, qui définissaient le juste simplement comme la réciprocité. Mais la réciprocité ne coïncide ni avec la justice distributive ni même avec la justice corrective (bien qu'on veuille ordinairement donner ce sens à la justice de Rhadamante : Subir ce qu'on a fait aux autres sera une justice équitable), car souvent réciprocité et justice corrective sont en désaccord : par exemple, si un homme investi d'une magistrature a frappé un particulier, il ne doit pas être frappé à son tour, et si un particulier a frappé un magistrat, il ne doit pas seulement être frappé mais recevoir une punition supplémentaire. En outre, entre l'acte volontaire et l'acte involontaire, il y a une grande différence. Mais dans les relations d'échanges, le juste sous sa forme de réciprocité est ce qui assure la cohésion des hommes entre eux, réciprocité toutefois basée sur une proportion et non sur une stricte égalité » (Chapitre 8).

« En effet, ce n'est pas entre deux médecins que naît une communauté d'intérêts, mais entre un médecin par exemple et un cultivateur, et d'une manière générale entre des contractants différents et inégaux qu'il faut pourtant égaliser. C'est pourquoi toutes les choses faisant objet de transaction doivent être d'une façon quelconque commensurables entre elles. C'est à cette fin que la monnaie a été introduite, devenant une sorte de moyen terme, car elle mesure toutes choses et par suite l'excès et le défaut, par exemple combien de chaussures équivalent à une maison ou à telle quantité de nourriture » (Chapitre 8).

Il y a deux idées, là, développées par Aristote : la monnaie comme instrument d'échange, et la monnaie comme instrument de réparation. Comme instrument d'échange, la monnaie joue le rôle d'intermédiaire. Elle est un étalon commun, à l'aune duquel on va mesurer les échanges. Plutôt que d'échanger les biens directement entre eux, ce qui relève du troc, la forme primitive de l'échange, on choisit un étalon commun, auquel équivaudront tel bien d'un côté, et tel de l'autre. C'est ainsi qu'on achètera tant d'amphores de vin pour tant de monnaie, équivalente à tant de souliers, au lieu d'échanger directement le vin contre les souliers, ce qui ne répond pas nécessairement au besoin des uns et des autres. La monnaie est ainsi un instrument de facilitation des échanges. Elle n'est pas nécessaire ; mais elle est éminemment utile.

Comme instrument de réparation, maintenant, la monnaie joue un rôle spécifique, celui d'équivalent. Et là il faut s'arrêter un instant sur ce qu'on l'on appelle communément la « Loi du Talion ». L'idée en est tirée de l'Ancien Testament, Livre de l'Exode, où l'expression rigoureuse est « Âin tah'at âin », un œil pour un œil. Ce que l'on connaît aujourd'hui sous l'expression triviale de « Œil pour œil, dent pour dent ». Mais en réalité, l'expression biblique est tout le contraire du sens qu'on lui a donné. Loin d'être l'incarnation d'une vengeance primaire qui consisterait à crever l'œil de celui qui a, volontairement ou non, crevé l'œil d'autrui, ce qui en réalité ne satisfait personne,

l'expression signifie qu'il faut réparer le vide créé par le dommage, en le remplaçant par un équivalent. Pour un œil perdu, il faut compenser cette perte, et c'est là que la monnaie joue son rôle, son rôle d'équivalent. Donc on ne répare pas une perte en causant une autre perte, mais au contraire en remplissant un espace laissé vide, en rétablissant l'égalité, au moyen de l'équivalent qu'est la monnaie.

8° L'équité, correctif de la loi

Dernier point : la question de l'équité, qui est elle-même un correctif de la loi, dans son application aux cas particuliers. Voici ce que dit Aristote :

« Les différentes prescriptions juridiques et légales sont, à l'égard des actions qu'elles déterminent, dans le même rapport que l'universel aux cas particuliers. En effet, les actions accomplies sont multiples, et chacune de ces prescriptions est une, étant universelle » (Chapitre 10).

« En effet, l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. Il y a donc bien identité du juste et de l'équitable, et tous deux sont bons, bien que l'équitable soit le meilleur des deux. Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude » (Chapitre 14).

L'équité, c'est donc cet ajustement *a posteriori* de la loi aux cas particuliers. Ce n'est donc pas une violation de la loi de la part du juge, c'est en quelque sorte un mode de sa juste application.

Au Royaume Uni, historiquement, à côté du système strict de la *Common Law*, s'est développé le système de l'*Equity*. Les deux systèmes désormais cohabitent, mais initialement, l'*Equity* a été conçue comme un correctif de la *Common Law*, trop rigide.

En France, l'équité n'est pas un système à part, mais elle a su se faire sa place. Ainsi de l'exemple du juge Magnaud, nommé suite à l'affaire *Louise Ménard* « bon juge Magnaud » par Clémenceau lui-même. L'affaire *Louise Ménard* est la suivante : une jeune fille-mère, n'ayant rien mangé depuis deux jours, avait volé un pain. « Inventant » en interprétation de la loi, l'état de nécessité, le juge Magnaud, par jugement du 4 mars 1898, acquitta la jeune femme, et remboursa de ses propres deniers le prix du pain. Il fallut attendre 1994, soit près d'un siècle, pour que l'état de nécessité fût reconnu dans le Code pénal.

Le juge Magnaud était ainsi un précurseur. Aristote, comme on vient de le voir, aussi. Il est véritablement en matière de justice la référence philosophique des juristes. Si en matière de droit, c'est le droit romain à qui l'on doit tout, en matière de philosophie de la justice, c'est à Aristote que la théorie doit ses lettres de noblesse. D'où l'absolue nécessité pour un juriste, d'avoir pris connaissance du Livre V, « De la justice », de *L'Éthique à Nicomaque...*

Adde : éthique et morale

À propos de la justice, Aristote parle d'« éthique ». Nous parlons aussi parfois de morale. Quelle est la différence ? Elle n'est en réalité pas si grande que cela. L'éthique est en effet un mot d'origine grecque, la morale un mot d'origine romaine (*mores*, les mœurs). En droit actuel, on parlera volontiers d'éthique dans le domaine du droit des personnes, notamment du droit médical. C'est tout le domaine de la « bioéthique ». Alors qu'on parlera plus volontiers de morale des contrats ou de morale des affaires. C'est plus une question d'habitude que de définition véritable du mot lui-même.

En ce qui concerne la bioéthique, il existe un Comité national d'éthique en France, qui n'a pas de fonction législative, mais qui donne son avis sur toutes les questions de bioéthique. Les premières lois bioéthiques ont été adoptées en 1994, réglant les questions telles que la gestation pour autrui (les mères

porteuses), les dons d'organes, les dons de gamètes... Ces lois sont en moyenne renouvelées tous les dix ans. La loi connaît des évolutions, mais relativement lentes. Par exemple la gestation pour autrui n'est toujours pas admise, et toujours pas préconisée, alors qu'à terme il faudra bien y venir, par nécessité d'adéquation du droit aux mœurs de la société. Il y a notamment la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés de mère porteuse à l'étranger. Le problème étant le suivant : la mère est considérée comme la femme qui accouche. Donc comme la mère porteuse est la femme qui accouche, elle est considérée comme la mère juridique de l'enfant. Ceci, outre la question qui relève de la morale, de savoir si un couple peut louer l'utérus d'une tierce femme. Sans jugement aucun, la question est véritablement sérieuse, car elle implique le sort de nombreux enfants, nés à l'étranger, car en France la pratique est interdite, et la question de la légitimité même de cette pratique se pose de façon récurrente. Trancher cette question relève de la politique juridique, le Comité national d'éthique n'ayant là qu'une fonction de conseil.

Quant à la morale, on l'a dit, c'est surtout dans le domaine du droit des obligations qu'on utilise l'expression. D'ailleurs, un éminent auteur de la moitié du XXe siècle, Georges Ripert, a écrit un ouvrage de référence pour les juristes, *La règle morale dans les obligations civiles*. L'auteur tente de montrer que la morale innerve tout le droit des obligations civiles, qu'il s'agisse du droit des contrats ou du droit de la responsabilité. Distinction que l'on a déjà croisée avec Aristote.

Finalement, il y a donc une certaine continuité entre l'Antiquité et les temps modernes. On doit à Aristote la philosophie de la Justice, on doit à la doctrine romaine les grandes catégorisations du droit, et tout cela perdure jusqu'ici, qu'il s'agisse d'éthique ou de morale.

Maintenant, quelle différence concrète fait-on entre la morale et le droit ? C'est essentiellement une affaire de source et de sanction. Cette question de la source, on en doit la théorisation particulièrement à Kant, dans son ouvrage clé pour le juriste, outre *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *Critique de la*

raison pratique. Il y distingue « le ciel étoilé au dessus de moi, et la loi morale en moi ». C'est-à-dire au fond la distinction de l'hétéronomie, qui est la norme qui vient de l'extérieur, et de l'autonomie, qui est la norme que l'on se donne à soi, et qui vient de l'intérieur, de sa propre conscience. Mais ce n'est pas tout. Du coup, puisque la source du droit est extérieure (la loi au sens large), et la source de la morale, intérieure (la conscience), la sanction répondra aussi au même critère : la sanction de la violation de la loi sera sociale, alors que la sanction de la violation de la morale sera le sentiment de culpabilité éprouvé par l'individu.

Ce critère de la source et de la sanction permet également de distinguer droit et religion. Car dans la religion, c'est la divinité qui est à l'origine de la norme, et c'est devant cette divinité que l'on répond à terme de nos actes. Au final, distinguer droit, morale et religion relève donc de ce même double critère de la source et de la sanction.

Ce qui n'ôte rien au thème général de cette séance, qui est une réflexion sur droit et justice. Et là, on ne peut que constater un fil conducteur à travers les âges depuis la réflexion fondamentale d'Aristote, qui reste, encore une fois, la référence première en matière de philosophie du droit.