

4. 3. III – LA JUSTICE

4. 3. 32.

Le droit ne se fonde pas sur une définition unique, ferme et précise de la justice. Pas davantage que la médecine n'a historiquement été guidée par une notion invariable et indiscutable de la santé. Et de même que certaines pratiques médicales ont pu être disqualifiées et abandonnées parce qu'elles étaient nuisibles à la santé des patients, on a souvent pu dénoncer comme injustes des dispositions juridiques et des jugements rendus en leur nom. La santé oriente les actes médicaux et, si on ne sait pas forcément la définir en elle-même, on peut au moins la faire correspondre à un état pré ou non morbide. En somme, la santé a tout d'un idéal qui se déduit de la maladie elle-même. Cela sera facilement admis sans doute mais on en conviendra bien moins aisément pour la justice. Dont il semble qu'un système juridique devrait la servir, plutôt qu'il ne la crée.

Pourtant, comme la santé, la justice est moins un état qu'un jugement, une aspiration, dans une situation donnée. Nous voudrions cependant qu'elle désigne une réalité existant au moins idéalement – une réalité qui devrait exister. De sorte qu'il est difficile de concevoir que, même dans un système de droit « idéal » (si cela a le moindre sens), les dénonciations d'injustice ne cesseraient pas.

C'est que le droit organise la coexistence de droits individuels qui recouvrent autant d'intérêts distincts. Non pas que leur harmonisation soit impossible mais parce qu'ils naissent précisément de participer d'un ensemble. Ils naissent de leur coexistence – à travers un phénomène comme la division du travail, par exemple.

Deux grandes conceptions de la justice peuvent ainsi être formées. On peut concevoir une justice en soi. A travers notamment l'énoncé de droits universellement valables. Et, dans ce cas, le droit doit se plier à ce que réclame la justice. Mais on peut également concevoir la justice comme un jugement partagé quant aux respects d'intérêts différents dans une situation donnée. Dans ce cas, il faut, pour qu'il y ait justice, qu'il y ait d'abord des droits.

Toutefois, aucune des deux conceptions ne se soutient sans l'autre. Une justice en soi, sans référence à des intérêts concrets serait tout à fait vide. Mais pour trancher entre différents intérêts, il faut bien se référer à une norme supérieure à eux. C'est ainsi que, dans

la philosophie du droit, le débat entre le jusnaturalisme et le positivisme juridique est interminable. Mais, loin de ruiner le droit, il en fait une discipline éminemment vivante et lui donne une histoire.

Il ne s'agit donc pas d'un débat qu'il faudrait trancher et tout l'objet d'une philosophie du droit est de le comprendre. Ce débat est indécidable parce qu'il représente les deux faces d'un même jugement. Et ce qui caractérise le droit comme essentiellement insuffisant à se donner de lui-même un sens et un but. Des jugements moraux et politiques lui sont en effet inévitablement attachés, qui conditionnent différentes interprétations du droit et différentes visions de la justice – une notamment qui prend la société comme un Tout dont il s'agit de trouver l'harmonie et une autre pour laquelle la société est un compromis permettant l'affrontement et la coexistence d'intérêts différents.

On peut penser une Justice en soi qui, au-dessus du droit, permet de le juger. On peut au contraire considérer que la justice naît aussi bien du droit qu'elle contribue à le former. Mais, dans les deux cas, ce sont des jugements extra-juridiques qui inclinent à le penser. De sorte que si le droit a une histoire, la justice n'en est pas le moteur mais, dans la coexistence de volontés, l'affirmation et la prise de conscience de libertés.

Notre parcours aura ainsi trois temps. Nous examinerons d'abord A) les grands thèmes de la philosophie du droit. Puis B) le moralisme et les droits, avant de poser C) les rapports entre volonté et justice.

Chacune de ces trois sections reprendra les mêmes thèmes sous un éclairage différent, de sorte que nous ne pouvons qu'inviter les lecteurs à réserver jusqu'à la fin leur jugement sur les idées avancées au fil du texte. Peine perdue d'avance ? Beaucoup de thèmes présentés sont polémiques et certains – l'égalité des chances, le droit de l'impôt, l'Etat (surtout au sens hégélien) – le sont à un point qui ne permet guère une réflexion argumentée. Mais nous n'essayerons pas de trancher des débats qui sont, d'eux-mêmes, interminables.

A) La philosophie du droit

La philosophie du droit porte essentiellement sur la question de savoir ce qui fonde les normes juridiques en tant que normes. C'est-à-dire non pas comment les normes juridiques apparaissent et se forment (histoire du droit), sous quelles conditions sociales (sociologie du droit), ni quelles significations elles possèdent et d'où elles tirent leur pouvoir prescriptif (théorie du droit) mais ce qui les justifie au sens le plus propre, c'est-à-dire en quoi elles peuvent paraître *justes*.

Deux principales manières de répondre à cette question se sont distinguées dans le cadre de la philosophie du droit : ce que l'on nomme d'une part le jusnaturalisme et d'autre part le positivisme juridique. Très souvent, la philosophie du droit se ramène au débat entre ces deux points de vue et leurs divers prolongements. Mais il est devenu courant de nos jours de leur ajouter un troisième point de vue, comme l'analyse économique du droit²³⁸.

C'est que, il convient de le souligner d'emblée, le débat entre jusnaturalisme et positivisme paraît interminable dans la mesure où aucun de ces deux points de vue ne semble pouvoir vraiment se soutenir sans l'autre. Sans qu'on puisse pourtant les additionner et sans que l'ajout d'un troisième permette d'évacuer le débat. En ce sens, la philosophie du droit paraît aporétique. Pour le comprendre et comprendre ce que cela signifie, il convient de retracer de manière suffisamment précise les termes du débat. En commençant par ce que recouvre le jusnaturalisme, c'est-à-dire le point de vue qui défend l'existence d'un droit naturel, dans la mesure où le positivisme juridique se définit particulièrement en réaction à lui.

*

4. 3. 33.

Le droit naturel.

Selon la théorie du droit naturel, le droit est fondé sur la nature humaine et l'on parle en ce sens des « droits naturels » que possèdent tous les hommes. « Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue parmi tous les hommes, invariable, éternelle, ... », écrit ainsi Cicéron (*La République*, 54 av. JC, III, 22²³⁹). On peut discuter de divers points de vue le droit positif en vigueur, c'est-à-dire les lois existantes. Quand on

²³⁸ Voir par exemple S. Goyard-Fabre & R. Sève *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, PUF, 1986.

²³⁹ trad. fr. en 2 volumes, Paris, Les Belles Lettres, 1980.

cherche à les juger à partir d'une norme de justice supérieure à elles et qui permet de les trouver justes ou non, on parle de droit naturel ou, de nos jours, de « justice politique »²⁴⁰. On invoque alors le droit naturel comme une sorte de droit en soi, universellement valable en regard de ce qu'exigent, selon la vision qu'on s'en fait, la nature de l'homme et la raison.

L'invocation du droit naturel peut ainsi susciter des revendications concrètes, dès lors qu'apparaît une distance entre ce que les lois sont et ce qu'elles devraient être. Le droit naturel peut en effet directement infléchir le droit existant. Les droits de l'homme notamment furent d'abord pensés comme des droits naturels et sans doute faut-il en ce sens reconnaître, comme Rudolf Stammler, que davantage qu'à des principes juridiques bien déterminés le droit naturel correspond à des aspirations générales qui se réalisent différemment avec les époques et qui peuvent très bien prendre la forme, comme les droits de l'homme, de droits positifs (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902²⁴¹).

Toutefois, concept très large, le droit naturel peut nourrir des confusions. L'une concerne particulièrement, nous le verrons, la « nature humaine » qui est invoquée. Une autre consiste à considérer que les différentes réflexions que l'on peut ranger sous le terme de « droit naturel » forment une continuité malgré des divergences de points de vue²⁴². En fait, le droit naturel moderne, fondé sur les droits naturels humains, s'oppose radicalement à la recherche d'un droit naturel qui pouvait avoir lieu avant lui.

*

Le droit naturel a une longue histoire. Sa naissance peut notamment être située à Athènes, lorsqu'il y devint courant de discuter du caractère juste ou injuste des lois et des formes de gouvernement. De là, le droit naturel correspondra à la recherche des lois objectives de *l'ordre immuable qui régit l'univers*, dont les lois humaines doivent se déduire et qu'elles doivent refléter. On pourra donc estimer qu'à partir des différents droits positifs, il doit être possible de retrouver la loi naturelle. Jean Bodin voudra ainsi, du droit romain, tirer le droit universel (*Exposé du droit universel*, 1568²⁴³). Au bout de cette démarche, fondant le

²⁴⁰ Voir O. Höffe *La justice politique*, trad. fr. Paris, PUF, 1991.

²⁴¹ trad. anglaise *The Theory of Justice*, New York, The Macmillan Company, 1925 (reprint by The Lawbook Exchange Ltd, 2000).

²⁴² Voir par exemple le classique *Droit naturel et histoire* de Léo Strauss (1953, trad. fr. Paris, Flammarion, 1986).

²⁴³ trad. fr. Paris, Vrin, 1985.

droit positif sur l'ordre du monde, Bodin déduira que le souverain n'a de comptes à rendre qu'à Dieu ; que son pouvoir est de droit divin.

Sous cette première perspective, la « Nature » du droit naturel est donc l'ordre du monde. Ainsi le comprenaient les Stoïciens. Ils ne parlaient pas de « droit naturel » mais concevaient que l'ordre du monde et sa Providence, sens de toute justice vraie, s'imposent à tous et à tout. Classiquement, le droit naturel était fondé en Dieu. Il pouvait donc se confondre avec les impératifs religieux. Comme l'exprime la figure d'Antigone.

Antigone.

Les deux fils d'Œdipe, Étéocle et Polynice, se sont entretués devant Thèbes après la mort de leur père, dont ils se disputaient la royauté. Le pouvoir est revenu à leur oncle Créon. Et à Polynice, qui a pris les armes contre la Cité, Créon réserve le pire châtement pour un mort en Grèce : il n'aura ni tombeau, ni lamentations. Mais Antigone, la sœur d'Étéocle et Polynice, refuse de se plier à cet ordre.

Pourquoi ? Dans la tragédie de Sophocle (*Antigone*, vers 441 av. JC²⁴⁴), Antigone entend respecter les rites funéraires qui sont, dit-elle, des lois non écrites mais inébranlables des dieux. La revendication d'Antigone, ainsi, invoque les traditions et c'est Créon qui paraît insensé, défiant les dieux. Hémon, son propre fils et par ailleurs fiancé d'Antigone, lui reproche de croire que la vérité est ce qu'il dit plutôt que ce que les dieux réclament. A la fin du drame, Créon reconnaît sa défaite : je sais trop que souiller les dieux n'est pas au pouvoir d'un mortel. Et j'ai bien peur que le mieux ne soit pour l'homme d'observer les lois établies jusqu'au dernier jour de son existence, lui fait dire Sophocle. Créon, qui raisonne, plie finalement sous le joug de la tradition qui, conforme à l'ordre des Dieux, est présentée non pas comme *un* mais comme *le* droit naturel.

En ce sens, pour un regard moderne, Antigone représente a priori l'enfermement dans le respect obtus de la tradition, parce qu'elle est la tradition. Elle est le contraire d'un esprit éclairé. De nos jours, cependant, nous sommes plutôt du côté d'Antigone. Parce qu'elle se révolte. Parce qu'elle nous paraît rebelle (alors qu'elle revendique en fait l'attitude la plus conformiste qui soit !). Cela est immédiatement valorisant de nos jours, sans qu'on ressente trop le besoin de voir un peu plus loin. Ainsi, dans l'*Antigone* (1944²⁴⁵) de Jean Anouilh, Créon est le froid représentant de la raison d'Etat, du pouvoir et Antigone lui oppose le droit d'une conscience qu'aucune autorité ne saurait annihiler, au point qu'on ne sait plus très bien pourquoi elle s'oppose au juste à Créon ! Antigone n'est pas d'accord. Voilà tout. Et, pour se justifier, elle parle d'elle. Sa révolte est son droit et

²⁴⁴ Sophocle *Tragédies*, trad. fr. Paris, Gallimard, 1973.

²⁴⁵ Paris, La Table ronde, 1946.

l'affirmation de son existence même, affranchie de toute justification religieuse. Nous sommes assez proches de *L'homme révolté* d'Albert Camus (1951²⁴⁶, voir 4. 1. 20.).

Un tel changement de point de vue fut long à intervenir : on lit encore chez Pufendorf qu'il faut nécessairement supposer l'existence d'un Dieu qui gouverne par la providence, sinon on ne pourrait être assujéti aux lois de nature, car toute loi suppose un supérieur à la direction duquel on est soumis (*Des devoirs du citoyen*, 1673, I, chap. III, § X²⁴⁷). Mais, par rapport à celle de Sophocle, l'Antigone d'Anouilh marque toute la différence de conception du droit naturel de l'Antiquité à l'ère moderne.

Une conception qui semble aujourd'hui presque perdue, cependant, dès lors que dans les lectures les plus récentes du drame et avec toute l'étroitesse d'esprit de notre époque, Antigone est appréciée essentiellement parce qu'elle est une victime. De sorte qu'on ne s'intéresse même plus à ce qu'elle réclame. Loin que la pièce oppose deux exigences incompatibles, Antigone subit la violence de Créon et cela seul compte. La pièce perd ainsi l'essentiel de son intérêt. A ce compte, il est probable que l'on n'y verra bientôt plus que l'histoire d'une femme agressée par un homme.

Pour Michel Villey, le tournant décisif du droit naturel fondé en Dieu aux droits naturels subjectifs, humains, eut lieu avec Guillaume d'Occam et le nominalisme (*La formation de la pensée juridique moderne*, 1961-1966²⁴⁸). Alors qu'il renvoyait à l'ordre du monde – de sorte qu'il pouvait être envisagé de différentes façons : le juste par nature, que recherchaient Platon ou Aristote n'étant pas la loi naturelle universelle à laquelle se référèrent ensuite les Stoïciens puis les Chrétiens – le droit naturel en vint à rechercher les droits inhérents à chaque homme, antérieurs à toute société et c'est ainsi qu'il sera généralement pensé à partir du XVII^e siècle. S'imposera alors la distinction de quatre sortes de droits : le droit naturel, le droit des gens (droit international), le droit politique ou public (se rapportant à l'Etat, à sa constitution et à ses institutions) et le droit civil (le droit des citoyens d'un Etat). On concevra que les trois dernières sortes, qui ne peuvent être connues qu'en recensant les différentes pratiques des peuples, doivent être soumises aux ordonnances du premier, qui sont connues par la seule raison et qui s'imposent toujours et partout, même dans l'état de guerre.

En 1625, Hugo Grotius fit ainsi paraître *Le droit de la guerre et de la paix*²⁴⁹. Jusque dans la guerre, affirme-t-il, il existe un droit ; un droit naturel gravé au cœur de l'homme et contre lequel rien ne saurait prévaloir. La guerre peut et doit donc être juste. Elle fait taire les lois civiles mais non celles que la nature nous prescrit (sur tout ceci voir 4. 2. 28.).

²⁴⁶ Paris, Gallimard, 1960.

²⁴⁷ Reprint en 2 volumes, Université de Caen, 1984.

²⁴⁸ Paris, PUF, 2006.

²⁴⁹ trad. fr. de J. Barbeyrac en 2 volumes, Amsterdam, P. de Coup, 1724.

L'importante influence qu'aura Grotius tiendra surtout au fait qu'il se sert du droit naturel et de ses principes – les deux premiers sont la préservation de soi et la volonté de vivre en paix qui sont partagés par tous les hommes – pour proposer de réformer la conduite de la guerre, des affaires et des rapports entre Etats. Un peu plus tard, contre la censure, contre toute volonté de contrôle des consciences et des mœurs – et contre les rêveries utopiques qui peuvent y conduire – John Milton plaidera pour le respect de la liberté de conscience. Dieu nous a créés libres, y compris de nous mal conduire, écrit-il (*Areopagitica* ou *De la liberté de la presse et de la censure*, 1644²⁵⁰). Ainsi, le droit naturel devait désormais déterminer le droit positif.

Cependant, l'incertain concept de « nature humaine » invoqué avec les droits naturels de chaque homme, ne doit pas tromper. Si l'on s'efforcera bien souvent de camper l'homme en nature, le droit naturel correspondra plutôt à ce que la raison découvre comme juste, compte tenu non pas tant de ce que sont que de ce que peuvent les hommes et surtout de ce qu'ils peuvent vouloir. *A l'âge moderne, c'est la volonté de chacun qui fonde le droit.* Et, pour le concevoir, il fallait se donner un espace de réflexion. Ce fut l'état de nature.

*

L'état de nature.

En 1672, Samuel Pufendorf fait paraître *Du droit de la nature et des gens*²⁵¹, suivi l'année suivante *Des devoirs du citoyen*²⁵² qui en est l'abrégé. Pufendorf occupe à l'université d'Heidelberg la première chaire de droit de la nature et des gens. Par rapport à Grotius, Pufendorf est bien plus théoricien. Il remplace les études historiques par celle des principes. Or, selon ces derniers, estime-t-il, l'institution de la société doit suivre la nature de l'homme. Il faut donc partir de celle-ci. Il faut considérer l'homme dans l'état de nature, explique Pufendorf. Hobbes, déjà, l'avait précédé dans cette voie, imaginant ce que serait l'homme en l'absence de toute détermination sociale, de toute loi (*Léviathan*, 1651²⁵³). La démarche est très ancienne sans doute – Epicure, déjà, recherchait une morale universelle indépendante des vicissitudes géographiques et historiques.

²⁵⁰ trad. fr. Paris, Chez tous les libraires, 1826. Voir P. Manent *Les libéraux*, 2 volumes, Paris, Pluriel, 1986.

²⁵¹ Reprint en 2 volumes, Université de Caen, 1987. En France, Grotius et Pufendorf seront connus à travers les traductions annotées de Jean Barbeyrac, lequel sera souvent cité à leur égal, ses apports originaux se limitant pourtant à assez peu de choses.

²⁵² *op.cit.*

²⁵³ trad. fr. Paris, Sirey, 1971.

L'état de nature n'a jamais existé qu'en partie et avec quelques tempéraments, écrit Pufendorf (*Du droit de la nature et des gens*, II, chap. II §4). Et celui qui existe réellement est l'état de ceux qui n'ont rien de commun que la qualité de créatures humaines et qui ne se doivent rien les uns les autres que ce qu'on peut exiger en tant qu'homme, écrit Pufendorf. Le genre humain ne s'est jamais trouvé tout entier dans l'état de nature mais c'est bien l'état qui existe entre des particuliers qui ne sont pas membres d'un même corps politique. C'est la situation entre les Etats et entre leurs ressortissants (*Devoirs*, II, chap. I). Locke ajoute encore que cet état existe même entre ceux qui, au sein d'une même société, n'ont rien de commun ensemble (*Traité du gouvernement civil*, 1690, chap. II²⁵⁴). L'état de nature décrit ainsi finalement les rapports d'étrangers, la situation réciproque d'individus que rien n'oblige mutuellement.

Tel qu'il sera le plus souvent envisagé, néanmoins, l'état de nature est un état fictif, imaginaire qui permet de cerner comment pourraient être et agir les hommes hors de toute organisation sociale ou bien dans la mesure où celle-ci serait réduite aux plus stricts éléments permettant la coexistence d'individus. L'état de nature permet ainsi d'imaginer une société minimale, c'est-à-dire la manière dont s'expriment les besoins et les intérêts des hommes dès lors que ces derniers doivent interagir. Autant dire que l'état de nature est un concept assez problématique !

La démarche qui le pose est facile à justifier et elle suit logiquement celle du droit naturel puisqu'il s'agit de saisir, au-delà des droits positifs, ce qui est à même de fonder ces derniers en termes de justice, sans s'arrêter à des situations historiques ou contingentes : l'homme est né libre et partout il est dans les fers !, s'exclame Rousseau. Cependant, que signifie l'expression « l'homme est né libre » en l'occurrence puisqu'elle s'affranchit des faits ? L'état de nature est imaginaire mais il ne peut être tout à fait fictif puisqu'il veut établir une vérité... que rien n'atteste ! C'est pourquoi on sera toujours tenté de le vérifier dans les sociétés paraissant les plus primitives, donc correspondant le plus à celles dans lesquelles devaient vivre les premiers hommes. L'homme avant l'établissement des sociétés sentirait d'abord sa faiblesse, écrit Montesquieu, qui ajoute que « si l'on a besoin là-dessus de l'expérience, on a trouvé dans les forêts des hommes sauvages qui... » (*Esprit des lois*, 1748, I, chap. 2²⁵⁵).

²⁵⁴ trad. fr. Paris, GF Flammarion, 1984.

²⁵⁵ *Œuvres complètes II*, Paris, Pléiade Gallimard, 1951.

Même lorsqu'on le pose comme un simple concept exploratoire, décrivant un état « qui n'existe pas, qui n'a peut-être point existé, qui probablement n'existera jamais », comme écrit Rousseau dans la préface à son *Discours sur les origines de l'inégalité* (1755), le concept d'état de nature tend à entraîner toujours un peu trop loin ceux qui l'explorent, qui semblent inévitablement tentés de croire qu'il possède quand même un peu de réalité et qu'ils sont parvenus à deviner ce qu'il s'est historiquement passé – qu'ils sont parvenus à lire, comme écrit Rousseau, « l'histoire de l'homme dans la nature et non dans les livres. » Dans ses *Confessions* (VIII), retraçant la genèse de son *Discours sur les origines de l'inégalité*, Rousseau rapporte comment, enfoncé dans la forêt de Saint-Germain, ses méditations sur les premiers âges prirent alors la forme d'une véritable réviviscence.

C'est pourquoi, l'état de nature n'a cessé de s'alimenter au mythe du bon sauvage. Comme le suggère Claude Lévi-Strauss, on ne peut pas voir dans l'état de nature un modèle structural de la société ne correspondant à aucune réalité observable. A l'âge classique, l'état de nature est aussi cela certes mais l'idée n'est pas développée avec une telle rigueur. Depuis Hobbes, c'était devenu un chapitre obligé de la philosophie politique à travers lequel on s'efforçait de démêler ce qu'il y a d'originaire et d'artificiel dans la nature actuelle de l'homme. C'était un thème rebattu que chacun traitait à sa façon et qu'on ne se privait pas d'éclairer au besoin en utilisant les récits des mœurs des « sauvages » (*Tristes tropiques*, 1955²⁵⁶).

*

Le mythe du bon sauvage.

Montaigne, dans le chapitre qu'il consacre aux Cannibales (*Essais*, 1580, I, 31²⁵⁷), a donné l'élan à ce mythe qui sera à la mode à partir de la fin du XVII^e siècle et qui, par bien des aspects, n'a pas disparu de nos jours²⁵⁸.

Parmi ses innombrables illustrations aux XVII^e et XVIII^e siècles, on peut notamment citer Gabriel de Foigny *La Terre australe connue* (1676²⁵⁹) ; Denis Vairasse *Histoire des Sevarambes* (1677²⁶⁰) ; le baron de La Hontan *Nouveaux voyages dans l'Amérique septentrionale* (1703²⁶¹) & *Dialogues de Monsieur le baron de La*

²⁵⁶ Paris, Plon, 1955.

²⁵⁷ 3 volumes, Paris, Garnier, 1948.

²⁵⁸ Voir J-L. Amselle (dir) *Le sauvage à la mode*, Paris, Le Sycomore, 1979.

²⁵⁹ Vannes (Genève), J. Verneuil, 1676.

²⁶⁰ 2 volumes, Genève, Slatkine, 1979.

²⁶¹ 2 volumes, La Haye, Les frères L'Honoré, 1703.

Hontan et d'un sauvage dans l'Amérique (1704²⁶²) ; Simon Tyssot de Patot *Voyage et aventures de Jacques Massé* (1710²⁶³) ; attribué à Marivaux ou à l'abbé Bordelon *Les aventures de*** ou les effets surprenants de la sympathie* (1714²⁶⁴), etc.

Dix ans après le *Contrat social*, à la lecture des descriptions faites par le navigateur Louis Antoine de Bougainville du bonheur naturel et de la liberté de mœurs des Tahitiens (*Voyage autour du monde*, 1771²⁶⁵), Diderot se persuade que se trouve ainsi dépeint le bonheur naturel auquel la société a forcé les hommes à renoncer (*Supplément au Voyage de Bougainville*, 1772²⁶⁶). Il fait l'éloge de la nature humaine abandonnée à elle-même sans lois, sans prêtres et sans rois, comme ces « Scythes grossiers » qui ont pourtant joui, affirme Diderot, d'un bonheur que les peuples de la Grèce n'ont pas connu (*Encyclopédie*, art. « Scythes, Thraces et Gêtes »). Des idées qui reviendront dans les années 60, par exemple chez Herbert Marcuse (voir 2. 1. 3.). Sachant que la fascination pour les barbares (voir 1. 7. 9.) est par ailleurs une variante du mythe. Sachant encore que l'attrait du mythe repose également sur une certaine grivoiserie, sur la liberté de mœurs des sauvages, expliquée en général par l'authenticité de leurs sentiments, comme dans l'opéra de Rameau *Les Indes galantes* (1735), dont le livret de Louis Fuzelier confond indistinctement la Perse et les Amériques. Chez les Tupinambas, dit-on, on échange femmes et maris... Malgré quelques visions très noires, comme les tableaux de Jan Van Kessel, les sauvages seront généralement dépeints de manière agréable.

Le mythe du bon sauvage consiste donc à croire qu'il existe des peuples qui sont restés à l'essentiel et qui ont ainsi conservé ce qu'il y a de meilleur et de pur en l'homme.

Ce n'est qu'au XIX^e siècle que le sauvage sera réellement vu comme primitif par rapport à l'Occident – telle n'était pas du tout la vision qu'avaient par exemple les Français qui découvrirent les aborigènes tasmaniens²⁶⁷. L'une des premières oppositions entre sauvages et civilisés se rencontre chez Nicolas-Antoine Boulanger *L'Antiquité dévoilée par ses usages* (1766²⁶⁸). Jusque-là, « civilisation » était un terme de jurisprudence désignant le transfert d'un procès du criminel au civil.

²⁶² Paris, Desjonquères, 2007.

²⁶³ Paris, Hachette, 1972.

²⁶⁴ 5 volumes, Paris, P. Prault, 1714.

²⁶⁵ Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2001.

²⁶⁶ *Œuvres philosophiques*, Paris, Garnier, 1964.

²⁶⁷ Voir B. Daugeron *À la Recherche de l'Espérance: revisiter la rencontre des Aborigènes tasmaniens avec les Français, 1772-1802*, Paris, Ars Apodemica, 2014.

²⁶⁸ Paris, Hachette, 1972.

En ce sens, le mythe dépeint un état de nature, puisqu'il s'agit de retrouver l'homme originaire par-delà les conventions et les contingences sociales. Sauf que le mythe, qui souvent ne se sait pas tel, croit cet homme réel et non fictif, pour en tirer une critique radicale de la société au sein de laquelle il vit ; au point de facilement soutenir que cette société est la pire situation humaine possible. Ce parti-pris critique obligé et la manière dont il conduit à idéaliser, souvent de manière incroyablement naïve, les peuples « naturels » pris pour témoins, font désigner cette vision comme relevant du mythe. Mais cela ne lui ôte en rien sa puissance polémique, au contraire. Parmi bien d'autres occurrences, des Scythes d'Hérodote et des Germains de Tacite, jusqu'au primitivisme revendiqué par l'art du début du XX^e siècle, jusqu'aux peuples d'Océanie de Margaret Mead (voir 4. 3. 5.) et jusqu'au Tiers-mondisme après la Seconde guerre mondiale, la consécration du Sauvage, du Barbare apparaît régulièrement dans la culture occidentale, avec la ferme volonté de faire porter à la civilisation européenne toutes les fautes, tous les crimes et d'en acquitter les autres peuples, en leur reconnaissant une suprême innocence ainsi que, comme le note un auteur, toutes les vertus de nos défauts²⁶⁹. Le baron de La Hotan en donne une bonne illustration au début du XVIII^e siècle avec ses *Dialogues*.

Ce qu'on qualifie de « primitivisme » - Voltaire s'en moquait déjà - estime ainsi l'Occident corrompu. A un moment de son histoire, en d'autres termes, l'Occident a dévié de sa voie. Il faut donc revenir en arrière. Il ne s'agit cependant pas de régresser. Le primitivisme est inséparable d'une volonté de changer radicalement la société. Il va de pair avec l'idée de progrès²⁷⁰.

Il est difficile de ne pas considérer qu'inventant des sociétés d'innocence et de bonheur et campant un véritable paradis terrestre, le mythe du bon sauvage a ainsi et de nos jours encore sécularisé un vieux fonds de culpabilité chrétienne. En décrivant l'homme originel, Rousseau voulait supprimer l'idée de péché originel (voir 1. 14. 28.). Pourtant, contrairement à ce que l'on affirme traditionnellement, Rousseau n'idéalise nullement cet homme originel.

L'état de nature chez Rousseau.

²⁶⁹ Voir A. Rezler *L'intellectuel contre l'Europe*, Paris, PUF, 1976.

²⁷⁰ Voir L. Whitney *Primitivism and the idea of progress in English popular literature of the XVIIIth century*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1934.

Rousseau distingue l'état de nature, qu'il présente volontiers comme une fiction commode, d'un état primitif de l'humanité qu'il nomme « âge d'or » dans son *Essai sur l'origine des langues* (1754) et en regard duquel l'homme moderne lui paraît comme cette statue du dieu Glaucus que le temps, la mer, les orages avaient tellement défigurée qu'elle ressemblait moins à un Dieu qu'à une bête féroce. Il faut donc remonter à l'homme des origines, mener une enquête ethnographique. En quoi Lévi-Strauss pourra saluer en Rousseau un précurseur, tout en soulignant à juste titre que Rousseau, malgré sa réputation, n'a jamais idéalisé l'état de nature. Avec Rousseau, le temps acquiert une efficacité et - nous l'avons présenté ailleurs - Rousseau est l'un des premiers auteurs qui conçoit une véritable évolution de l'homme (voir 2. 6. 15.).

Pour Hobbes, l'homme est un loup pour l'homme. Par nature, les hommes vivent dans une guerre perpétuelle. Cela désigne d'abord nos représentations, à travers lesquelles chacun mesure le danger que représente autrui et jauge le risque qu'il prendrait s'il avait recours à la force contre lui. Seule l'institution de la société peut faire taire cet état de lutte incessant. Elle repose sur le calcul que chacun fait en pesant son avantage d'éviter une menace perpétuelle et elle s'incarne dans une institution, l'Etat, dont la première tâche est d'instaurer la paix, c'est-à-dire d'assurer la sécurité de chacun (sur tout ceci, voir 4. 2. 30.).

Pour Rousseau, en revanche, ce qui caractérise l'homme par nature est l'équilibre entre ses besoins et les ressources dont il dispose pour les satisfaire. L'homme, à l'origine, a tout ce qu'il lui faut. Non pas qu'à l'origine règne l'abondance mais, naturellement, l'homme est borné, rivé à ses seules sensations - en quoi, parce que ses besoins sont facilement satisfaits, il vit, plus que l'homme moderne, dans l'abondance, redira Marshall Sahlins (*Age de pierre, âge d'abondance*, 1972²⁷¹). On expliquera de même que les sociétés premières n'ont aucune infériorité technique par rapport aux sociétés premières car elles ne cherchent pas comme ces dernières à maîtriser la nature mais à s'assurer une maîtrise de leur milieu adaptée à leurs besoins. Personne n'y éprouve le besoin de posséder ou de faire plus et cet état est comme une véritable lutte contre l'apparition de l'Etat, contre l'entrée dans l'histoire, notamment à travers une limitation démographique quasi naturelle²⁷². On le voit, si Rousseau se soucie de distinguer la réalité du mythe, ses successeurs n'auront pas forcément les mêmes scrupules !

Rousseau fait sienne la psychologie sensualiste de son temps : il n'y a pas d'idées innées et donc pas de connaissances générales avant le langage. Or le langage n'est possible qu'après l'apparition de la société. Le seul savoir naturel de l'homme est donc celui de ses sensations. Il désire autour de lui les choses qui lui sont vraiment utiles et il ne désire qu'elles parce qu'il n'a pas l'idée de vouloir davantage. Sans idées générales, il ne peut pas même penser l'avenir. Il est tout entier au présent. Il a tout ce qu'il désire parce qu'il ne désire que ce qu'il a. Dès lors, contrairement à ce qu'affirme Hobbes, la guerre est impossible. Son ressort fait défaut et les disputes sont sans suite, limitées à l'affection présente, comme chez les animaux. Les hommes n'ont naturellement entre

²⁷¹ trad. fr. Paris, Gallimard, 1976.

²⁷² Voir notamment P. Clastres *La société contre l'Etat*, Paris, Minuit, 1974.

eux aucune relation, aucun sens moral. Ils ne se connaissent pas vraiment en tant qu'hommes. La pitié, le seul sentiment qui peut naturellement porter l'homme hors de lui-même par compassion pour un être souffrant, la pitié naturelle est limitée aux proches. Par nature, l'homme aime sa famille mais n'a qu'aversion ou indifférence pour le reste des hommes. Il ne reconnaît pas l'Homme. Celui qui n'a jamais réfléchi ne peut être ni clément, ni juste, ni pitoyable, écrit Rousseau. Ses sensations se limitent à lui-même. Il est seul au milieu du genre humain (*Essai sur l'origine des langues*, IX). *Il est donc difficile de dire que, pour Rousseau, l'homme est naturellement bon ; quoique ce jugement s'est à ce point répandu jusqu'à nos jours qu'il paraît presque vain de vouloir le réformer !*

Dès l'article « Hobbisme » de l'*Encyclopédie* (1765²⁷³), on prendra en effet l'habitude d'opposer Rousseau à Hobbes (qu'on accusa par ailleurs Rousseau de plagier !) ; le premier croyant l'homme naturellement bon et le second méchant. Hobbes passant pour soutenir en conséquence que les lois et la société ne peuvent que rendre l'homme meilleur et Rousseau affirmant qu'elles le dépravent. En fait, pour Rousseau, elles ne rendent pas d'elles-mêmes les hommes meilleurs. Cela ne signifie pas que, sans elles, ils soient bons. Voilà le genre de distinction, assez facile à comprendre mais qui passe en général difficilement dans la pensée commune.

Quant à savoir pourquoi on a tellement prêté à Rousseau cette conviction que l'homme est naturellement bon, la réponse tient au fait qu'en matière religieuse, Rousseau fut sans doute celui qui, le premier, aura clairement remis en cause le péché originel (voir 1. 14. 27. & 4. 2. 11.). On a donc cru que pour lui l'homme est naturellement bon, parce qu'il a refusé de le croire naturellement mauvais. Et on répétera sans doute encore longtemps que Rousseau croit l'homme naturellement bon.

Pour Rousseau cependant, par nature, les hommes ne sont ni bons ni méchants. Bien et mal n'apparaissent qu'avec la société. Ni l'innocence ni la perversion ne caractérisent l'homme par nature aux yeux de Rousseau mais une indifférence, une inertie dont témoigne sa paresse. Son intérêt même ne l'anime pas et les plus pressants besoins ne le font agir que par secousses. Ne rien faire est notre plus forte passion après celle de nous conserver, écrit Rousseau dans *l'Essai sur l'origine des langues*. Hobbes s'est donc trompé, estime-t-il, en voyant l'homme naturellement envieux. Il faut la société pour que surgisse l'amour propre (voir 1. 3. 12.) et que l'intérêt devienne passion. Alors, les jugements de Hobbes s'appliquent bien et le *Discours sur les origines de l'inégalité* se ressent de leur influence.

Mais Hobbes, comme Pufendorf, exaspère la notion de nature humaine déchue. Dans l'explication du droit naturel, pose Pufendorf, on doit considérer l'homme tel qu'il est depuis le péché, c'est-à-dire comme un animal sujet à un grand nombre de mauvais désirs. Sans la Révélation, personne ne pourrait savoir que ce désordre est une suite de la chute du premier homme (*Devoirs*, Préface). La société apparaît alors comme un remède. L'Etat est le salut.

²⁷³ reprint en 35 volumes Stuttgart-Bad Cannstatt, F. Frommann Verlag, 1988.

Rien de tel pour Rousseau. Avec lui, pour que la société s'établisse, il faut une raison qui ne tient pas à la nature des hommes. Une cause étrangère, donc physique, géographique ou climatique enclenche l'histoire. Ce sera la pénurie, l'impossibilité pour les hommes de satisfaire seuls leurs besoins élémentaires – ainsi les climats doux et fertiles sont les premiers peuplés et les derniers à se constituer en société (*Origine des langues*, IX). L'organisation est fondée sur le partage de la rareté, à travers lequel les hommes tombent dans une mutuelle dépendance. La mise en culture des terres suppose leur partage. De la propriété découlent les premières règles de justice et bientôt riches et puissants imposent à leur profit un pacte unissant tous les hommes au sein d'une même société. Celle-ci, dès lors, n'est pas le remède. L'âge d'or est derrière nous. Il a eu lieu, selon Rousseau, entre l'âge les premiers groupements et la société, à l'époque du développement des facultés humaines, entre l'indolence primitive et l'amour propre de l'état social, avant qu'être et paraître ne deviennent deux choses différentes. Car le sauvage est en lui-même tandis que l'homme sociable vit dans l'opinion des autres, de sorte que tout en lui est factice. Jusqu'aux vices.

Cette époque a dû être la plus heureuse et durable. Les sauvages y sont pratiquement restés. Un funeste hasard nous en a fait sortir. Le fer et le blé ont civilisé l'homme et perdu le genre humain. Ensuite, les lois, garantissant les propriétés, ont été des pièges tendus à tous par les riches (*Discours sur les origines de l'inégalité*). On le voit, les idées de Rousseau demeurent largement partagées de nos jours...

Cependant, si cet âge d'or fut, les hommes qui le connurent ne le réalisèrent point. La paix et l'innocence nous ont échappé pour jamais avant que nous en eussions goûté les délices, écrit Rousseau dans la première version du *Contrat social*. Insensible aux stupides hommes des premiers temps et échappée aux hommes éclairés des temps postérieurs, l'heureuse vie de l'âge d'or fut toujours un état étranger à la race humaine.

Pour Rousseau, comme pour Hobbes, l'homme n'est pas un animal naturellement sociable. Il n'est pas un animal politique, comme le voulait Aristote. Tous les mobiles qui président à la formation des sociétés concernent l'intérêt égoïste, affirme Hobbes (*Le Citoyen*, 1642, I, chap. I²⁷⁴). Dans l'état de nature, chacun voit ses semblables comme il verrait d'autres animaux, affirme Rousseau (*Discours sur les origines de l'inégalité*, XV). Sur quoi se fonde la société dès lors pour Rousseau ? Sur la perfectibilité de l'homme. Sur sa capacité à se transformer et à progresser en nature. Et *c'est peut-être le dernier mot du droit naturel que Rousseau a énoncé là. Une idée dont la portée sera décisive : renvoyant à la nature de l'homme, c'est-à-dire finalement à sa perfectibilité, à son absence de nature fixe, finie et limitée, le droit ne doit pas être déduit de ce que sont les hommes mais de ce qu'ils peuvent être. Le droit doit conduire les hommes à se transformer pour leur bien.* Alors que pour Locke, l'homme était surtout libre de défendre ses intérêts, sa propriété, il est essentiellement perfectible pour Rousseau, c'est-à-dire libre d'échapper à sa condition et d'exercer toutes ses capacités. Ce qui fera naître la volonté politique de créer un homme nouveau et ce qui ne peut manquer de remettre en cause l'ordre social.

²⁷⁴ trad. fr. Paris, GF Flammarion, 1982.

Ainsi, dans l'histoire des idées, d'un mouvement qui englobe aussi bien Hobbes que Rousseau, un glissement très significatif s'est produit à l'âge classique pour finir par reconnaître que la société ne va pas de soi, qu'elle ne s'impose pas d'elle-même. L'individu est la réalité première. Il forme la société. Cela s'entend cependant de manière très différente chez les principaux auteurs.

Pour Hobbes, la société est le salut. Pour son propre bien, pour sa sécurité, l'individu doit céder devant l'ordre social, devant le souverain. Hobbes frappera les esprits. Au fond de sa réflexion politique, on trouve cependant une idée très banale : nous n'avons jamais que le choix entre la soumission au pouvoir et le chaos des égoïsmes particuliers. Capable de justifier n'importe quel pouvoir et surtout celui en place, cette idée est volontiers conservatrice et est souvent invoquée par un pouvoir en difficulté (« sans moi, l'anarchie ! »). On la rencontre bien avant Hobbes, par exemple chez Juan Luis Vives (*De concordia et discordia*, 1529²⁷⁵).

Avec Locke, la perspective paraît toute différente. L'état de nature n'est pas un état de guerre. Aucun homme n'y dépend de la volonté d'un autre. Chacun fait ce qu'il lui plaît, pourvu qu'il se tienne dans les bornes des lois de la nature – c'est une situation assez enviable dès lors et Locke parle lui-aussi d'un âge d'or à l'origine (*Traité du gouvernement civil*, chap. VIII). C'est un état d'égalité mais non de licence. L'homme qui suit simplement sa nature n'a pas la liberté de se détruire soi-même, ni de faire du mal à autrui – l'indifférence réciproque plus que la violence caractérise les rapports des hommes dans l'état de nature. Survient-il un différend cependant, des hommes strictement égaux ne peuvent être juges de leur propre cause – la Nature ne fait aucune distinction entre une personne et une autre (chap. VIII). Ils doivent s'en remettre à une autorité supérieure à eux tous. L'apparition d'un juge commun, c'est-à-dire impartial, marque la première rupture de l'état de nature (chap. III). Et ce qui apparaît ainsi est une autorité, non un pouvoir. Car c'est d'un commun accord qu'est constituée une instance judiciaire. D'où il suit que dans l'état civil personne ne peut être soumis à un pouvoir sans son consentement.

Ces idées de Locke apparaissent déjà en large partie dans ses *Essais sur la loi de nature* (1661²⁷⁶).

²⁷⁵ Il n'en existe à notre connaissance qu'une traduction espagnole : *De la concordia y de la discordia*, Madrid, Ed. Paulinas, 1978.

²⁷⁶ trad. fr. Université de Caen, 1986.

Mais, comme chez Hobbes, l'individu chez Locke consent à se soumettre à l'autorité. Il ne forme pas directement cette dernière, qui n'est pas l'émanation de la volonté de tous, comme elle le deviendra chez Rousseau. Pour ce dernier, la société n'est pas en elle-même une solution. Elle peut ne correspondre qu'à un marché de dupes ne garantissant que la propriété de quelques-uns. La guerre n'est pas une expression de la nature humaine mais la conséquence d'un partage inégal des richesses. Il faut donc aller plus loin et déterminer quelle forme doit prendre la société pour garantir la liberté de tous. Il faut sonder la légitimité du pacte social. Les droits naturels débouchent de manière très directe sur le politique.

Déjà, James Harrington, dans son *Oceana* (1656²⁷⁷), avait voulu montrer que le pouvoir politique dépend du pouvoir économique et est tributaire de la distribution des propriétés. Voulant que celles-ci soient entre les mains d'une classe moyenne apte, par son industrie, à les faire fructifier, il plaidait pour une répartition plus équilibrée des propriétés à travers le changement des règles d'héritage et de la législation agraire.

*

Autant le reconnaître, la notion de droit naturel n'est pas intellectuellement très confortable. Ce n'est pas une idée si facile et cela explique qu'elle ait pu donner lieu à d'interminables débats.

Surtout, l'idée semble contenir une évidente contradiction. Dès lors en effet que le droit naturel a été ramené à l'âge moderne à la volonté propre de chacun, *que devient l'idée de justice, auparavant référée à la volonté divine ? Elle ne consiste qu'à assurer la défense égale des intérêts de chacun dans ses rapports avec les autres.* Elle désigne alors les arrangements souhaitables parmi tous ceux possibles de la vie sociale et elle n'est que cela. De sorte qu'un programme politique peut être déduit du droit naturel. De sorte que, comme il arriva avec les droits de l'homme, des droits naturels peuvent être inscrits dans le droit positif. La justice n'est plus alors un idéal extérieur au droit. Elle doit être inscrite dans le fonctionnement des lois en vigueur et on est très proche des thèses du positivisme juridique que l'on présente pourtant comme l'antithèse même du jusnaturalisme !

Dès lors que les droits naturels sont posés au fondement de l'ordre social, il n'est plus de justice souhaitable que leur pleine reconnaissance. Il n'y a pas de justice hors de l'ordre social. Comme le soutient le positivisme juridique.

²⁷⁷ Cambridge University Press, 1992.

*

4. 3. 34.

Le positivisme juridique.

Ce que l'on nomme « positivisme juridique » possède différents sens, très débattus. Mais les auteurs qui se rangent sous ce terme partagent en général le refus d'une justification morale du droit. En ce sens, la « Justice » leur paraît un mot vide de sens²⁷⁸. La justice est seulement ce que prescrivent les lois en vigueur, lesquelles ne sont que des conventions sociales.

Faut-il dire ainsi qu'est juste tout système juridique, même commandé par une tyrannie, dès lors qu'il trouve à s'appliquer dans un cadre donné ? Cela reviendrait à abandonner toute idée de justice et c'est intenable. Il y a des situations si évidemment injustes, si contraire aux intérêts et à la volonté de ceux qui les subissent qu'on ne peut croire qu'elles relèvent simplement d'un sentiment, d'une impression. Elles semblent injustes d'une manière aussi flagrante qu'un calcul peut être faux.

Ce sens de la justice s'impose-t-il néanmoins comme s'il existait de soi ? Le jusnaturalisme affirme qu'il n'est pas de loi ni de revendication véritablement légitime qui puisse être trouvée injuste ou déraisonnable, marquant les limites de ce qu'il est légitimement possible de faire en matière juridique²⁷⁹. Mais c'est tout aussi intenable car cela soumet le droit à un idéal qui n'existe nulle part. Nous n'avons pas de manuel qui l'expose ! Cela ne pourrait exister que dans un droit idéal, qui ne pourrait guère s'appliquer car, si les intérêts et donc les volontés individuels diffèrent, celles-ci s'opposent et toutes peuvent estimer, à différents titres, qu'elles sont victimes d'injustice. Une justice universelle est un concept contradictoire s'il doit se traduire en normes concrètes car – *de lui-même* – *le droit suscite des conflits et des revendications de justice. Le positivisme juridique se leurre s'il considère que le droit peut se passer de l'idée de justice. Réciproquement, le jusnaturalisme manque de voir que la revendication de justice, si elle conditionne effectivement l'évolution du droit positif, naît de lui. De sorte qu'elle peut conduire à le refonder mais ne peut passer pour le fonder.*

A travers l'idée de justice, le droit ne cesse de s'interroger sur son propre sens. De sorte qu'on ne peut fonder aucun droit sur la Justice, comme si celle-ci existait positivement

²⁷⁸ Voir V. Lundstedt *Law and Justice: A Criticism of the Method of Justice* in P. Sayre (ed.) *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound* Oxford University Press, 1947.

²⁷⁹ Voir C. Perelman *Le raisonnable, le déraisonnable en droit*, 1978, Paris, LGDJ, 1984.

en soi et qu'il suffisait de la saisir et de l'appliquer. Les deux points de vue jusnaturalistes et positivistes, ainsi, renvoient l'un à l'autre.

Pour autant, les deux points de vue s'opposent bien et ne se complètent pas, de sorte qu'il suffirait de les assembler pour obtenir la thèse exacte ! C'est que l'idée de justice, en l'occurrence, ne relève pas d'une analyse mais d'un jugement, qui porte sur la finalité du droit. En ce sens, *l'idée de justice est une exigence et non une norme. Elle peut être directrice mais non véritablement prescriptive : dès lors que l'on traduit positivement les droits naturels, ils se particularisent, souffrent des exceptions, sont éventuellement soumis à d'autres normes et leur application peut même créer des sentiments d'injustice.* Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose des droits inaliénables et sacrés comme la liberté d'expression ou la propriété mais les tempère cependant pour le maintien de l'ordre social.

Dans la philosophie du droit, on trouvera donc des auteurs qui semblent à cheval sur les deux points de vue. Hobbes, notamment, qui recourt à l'état de nature et qui distingue des droits subjectifs premiers (fondés sur le désir de conservation de soi) mais qui soutient que ce n'est pas la vérité mais l'autorité qui fait les lois (*Léviathan*, 1651, chap. 26²⁸⁰), Hobbes peut être vu comme un théoricien du droit naturel aussi bien que comme l'un des principaux représentants du positivisme juridique !

On trouvera également un constant renvoi d'un point de vue à l'autre. Dire qu'il n'y a pas de justice en soi est peu contestable mais ne résout rien dès lors que la justice est une aspiration que crée le droit mais à travers laquelle il peut être mis en question, de manière comme extérieure à lui.

*

L'interminable débat du jusnaturalisme et du positivisme juridique.

Si les droits naturels sont ceux d'individus, ils défendent des intérêts particuliers. Dès lors, l'homme et ses intérêts sont la mesure de toute chose. Cette conclusion que l'on peut tirer du jusnaturalisme moderne représente également l'une des premières expressions du positivisme juridique, formulée par les Sophistes : la loi (*nomos*) est une invention humaine et ne peut être entendue au sens d'une loi naturelle (*physis*).

²⁸⁰ trad. fr. Paris, Sirey, 1971.

Pour le Thrasymaque, interlocuteur de Socrate dans la *République*²⁸¹ de Platon, la justice n'est que l'expression de l'intérêt du plus fort, c'est-à-dire de celui qui a le pouvoir : un individu dans une tyrannie, quelques individus dans une oligarchie ou le peuple dans une démocratie. Le droit n'est que l'instrument dont se servent les puissants pour opprimer les plus faibles. Ce que soutient également Gorgias, toujours dans la *République*. Les forts soumettent les faibles par les lois et les convainquent ainsi qu'il est injuste de violer les lois. Et Gorgias d'ajouter que cet état de fait n'est pas injuste car le plus beau est d'aller au bout de la satisfaction de ses passions. En quoi Thrasymaque et Gorgias considèrent le droit en termes de juste et d'injuste. En quoi ils finissent par fonder le droit sur une norme de justice qui lui est extérieure !

Le débat est interminable. Aucun des deux points de vue jusnaturaliste ou positiviste ne se soutient seul et chacun renvoie inévitablement à l'autre. Ceci parce qu'il n'y a justement pas de justice en soi mais des situations d'injustice créées par l'affrontement de droits individuels réciproques et d'intérêts divergents.

Le positivisme juridique souligne que le droit ne peut se fonder que sur lui-même et que la notion de justice est méta-juridique, au-delà du droit. Adolf Reinach a voulu montrer ainsi que la notion d'obligation par rapport aux lois, qui nous incline à les respecter, ne trouve pas de fondement dans le droit positif, ni dans un vécu psychique, une intention spécifique, laquelle est plutôt l'effet de cette obligation. Laquelle est un acte social fondé de manière morale ou politique (*Les fondements a priori du droit civil*, 1913²⁸²).

Cela ne signifie pas, néanmoins, que l'idée ou plutôt l'idéal de justice n'intervient pas dans la vie juridique ou ne doit pas être considéré. Tout système juridique est à même de créer des situations injustes par rapport auxquelles invoquer la justice revient à mettre en question la légitimité et le bien-fondé du système juridique lui-même, d'un point de vue extérieur à lui. Dès lors un code de droits qui ignorerait toute notion de justice n'aurait aucune logique et n'aurait pas même la cohérence d'un règlement.

Réciproquement, partir d'un idéal de justice pour en déduire le droit revient inévitablement et contradictoirement à créer des injustices possibles dès lors que les intérêts particuliers sont susceptibles de diverger ou d'évoluer. C'est d'ailleurs pourquoi, le positivisme juridique est souvent un scepticisme ou un réalisme qui dénonce le jusnaturalisme

²⁸¹ *Œuvres complètes I*, Paris Pléiade Gallimard, 1950.

²⁸² trad. fr. Paris, Vrin, 2004.

pour ses visées constructivistes, pour sa volonté de construire la société sur des principes au lieu de la laisser se construire elle-même²⁸³.

L'un des représentants les plus fameux d'un tel scepticisme fut le juriste américain Oliver Wendell Holmes Jr, qui siégea trente ans à la Cour suprême. Pour lui, l'évolution du droit dépendait principalement des interprétations qu'en formulent les juges qui l'appliquent mais dont les pouvoirs doivent en l'occurrence être limités pour qu'ils ne se substituent pas au pouvoir politique. Selon Holmes, pour qui le contrôle de constitutionnalité ne devait ainsi conduire à invalider une loi que pour la défense de quelques grands principes comme la liberté d'expression, les juges ne devaient agir que de manière « interstitielle ». Ce n'est pas notre travail de prévenir le peuple contre les conséquences de ses choix politiques, disait Holmes, qui ajoutait : « si mes concitoyens voulaient aller en Enfer, je les y aiderais. C'est mon travail ! » En quoi, dans l'affaire *Buck vs Bell* (1927), il valida la stérilisation forcée des malades mentaux (qu'il approuvait par ailleurs personnellement). Ce qui lui fut par la suite reproché. Aux Etats-Unis, le *Legal Realism* de Holmes et d'autres juristes comme Roscoe Pound s'opposait dans les années 30 au *Legal Formalism*, tentant de codifier un droit « pur », naturel, indépendant des circonstances politiques, économiques et sociales.

Sans principes justes, toutefois, le respect du droit peut-il se fonder sur autre chose que sur la contrainte, sur un véritable sentiment d'obligation ? Dans sa *Cité de Dieu* (410-426, XI, XXVI²⁸⁴), saint Augustin demande quelle est la différence entre un brigand qui contraint quelqu'un à lui donner son argent et un fonctionnaire obligeant un contribuable à payer ses impôts. Les deux contraintes en l'occurrence peuvent paraître semblables mais elles n'ont pas la même justification car elles n'ont pas la même finalité. Au nom de quoi, l'impôt peut être accepté par ceux qui l'acquittent et devenir une obligation qui s'exerce sans menace ni contrainte. Il devient une norme. Et, selon la vision de Hans Kelsen, le droit est ainsi un ensemble de normes que reconnaissent ceux qui lui sont soumis, en quoi il s'oppose à une contrainte que seule la violence rend possible (*Théorie pure du droit*, 1934²⁸⁵).

*

La Théorie du droit de Kelsen.

Un système juridique est un système d'imputations : il rapporte des situations et des actions à un ensemble de normes interdépendantes, de sorte que la science du droit consiste, face à un système juridique donné, à décrire les normes et les relations sociales qui en

²⁸³ Voir E. Millard *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

²⁸⁴ *Œuvres II*, trad. fr. Paris, Pléiade Gallimard, 2000.

²⁸⁵ trad. fr. Neufchatel, La Baconnière, 1953.

découlent²⁸⁷. Ce faisant, il s'agit de comprendre comment, imbriquées, les normes se fondent les unes les autres, selon une hiérarchie.

Certains théoriciens du droit, plutôt que de parler de « normes », préfèrent faire références à des « règles » ou à des « lois »²⁸⁸. Mais ces termes ne suffisent pas pour Kelsen car ce ne sont pas des textes qui fondent le droit mais leur signification. C'est-à-dire les normes qu'ils posent, qui expriment des valeurs et qui sont des actes de volonté.

Une norme juridique n'est pas un argument causal. Elle n'indique pas ce qui va se passer mais ce qui doit se passer. Elle est prescriptive. C'est un acte de volonté. Pour autant, Kelsen est un positiviste. Les normes ne sont pas justifiées par des injonctions ou des visées morales. Le juste et l'injuste sont fixés par les normes elles-mêmes.

Le point de vue de Kelsen peut paraître – et il a paru – difficile à saisir. Les normes juridiques posent bien des valeurs mais, selon Kelsen, elles ne se fondent pourtant pas sur des valeurs qui existeraient au-delà d'elles. Cependant, la vision de Kelsen est effectivement la manière la plus courante dont nous envisageons le système juridique dans lequel nous vivons. Nous pouvons saisir la justice pour régler nos différends et nous n'estimons pas que, fixées simplement par des textes, les normes juridiques qui organisent notre vie commune sont purement arbitraires, dénuées de tout sens ou toute valeur. Pour autant, nous ne confondons pas droit et morale et n'attendons pas que le droit suive simplement « la » morale – laquelle d'ailleurs ? Nous admettons qu'il faut connaître le droit, c'est-à-dire non seulement les lois mais ce qu'elles prescrivent. Nous devons tenir compte des normes juridiques. Lesquelles ne peuvent être déduites d'autre chose qu'elles.

Kelsen ne pose rien de plus. Toutefois, si les normes se fondent les unes les autres – Kelsen reprend l'idée d'une hiérarchie des normes au juriste Adolf Merkel - il faut supposer, au-dessus de toutes, une norme fondamentale ou *Gründnorm*. A quoi peut-elle bien correspondre ?

Beaucoup ont compris la hiérarchie des normes comme la hiérarchie des textes juridiques qui organise la dépendance de certains par rapport à d'autres et qui oblige par exemple les lois à respecter des textes plus importants ou des principes plus fondamentaux qu'elles ne sauraient enfreindre. Cette disposition étant vue comme un cadre contraignant garantissant les libertés fondamentales face aux débordements possibles des lois édictée par

²⁸⁷ Voir M. Troper "Le positivisme juridique" *Revue de synthèse* n° 118-119, 1985.

²⁸⁸ Voir par exemple H. L. Hart *Le concept de droit*, 1961 (trad. fr. Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005).

une simple majorité politique momentanée, elle fonde de nos jours ce qu'on nomme l'Etat de droit, dont Kelsen passe couramment pour l'un des principaux inspirateurs²⁸⁹. En fait de norme fondamentale, il suffirait donc de considérer la convention sociale qui, comme une Constitution, est au-dessus de toutes les autres.

Toutefois, cet aspect n'est pas développé par Kelsen, pour qui la première norme est hypothétique quant à son contenu²⁹⁰. Encore une fois, ce ne sont pas les textes qui comptent mais leur sens, dont on peut déduire des normes. Mais il n'y a pas de normes en soi, de sorte que la norme fondamentale doit théoriquement être considérée comme vide (en soi, ce qu'elle n'est pas dans un système juridique particulier).

Mais il y a plus car, pour Kelsen, une justice « absolue » ou idéale ne saurait être définie rationnellement. Les formules qui pourraient l'exprimer, telles que « fais le bien et évite le mal » ou « rendre à chacun ce qui lui est dû » sont complètement vides, formelles. Elles ne peuvent prendre sens et exprimer des valeurs en tant que normes juridiques qu'à travers une interprétation, c'est-à-dire une application à des cas précis. Dans la suite de Kelsen, apparaîtra ainsi un « réalisme juridique », notamment avec Alf Ross²⁹¹ ou une « Théorie du droit » avec Michel Troper (*La philosophie du droit*, 2003²⁹² ; *Le droit et la nécessité*, 2011²⁹³), pour lesquels les textes juridiques ne deviennent des normes qu'à travers leur interprétation. Les interprètes du droit – et notamment les juridictions de dernier ressort – étant les véritables auteurs des normes²⁹⁴. Il n'y a donc pas de normes dans le droit tel que l'exposent ses principaux textes (constitution, lois, ...) mais dans la manière dont ces textes sont appliqués.

La position de Kelsen prend ainsi un sens beaucoup plus clair. Le droit est un système de normes, de valeurs, fondé sur une notion de justice qui en tant que telle est vide. Parce qu'il n'y a pas de justice absolue, de Justice existant en soi. La « Justice » est un idéal ou plutôt une Idée directrice au sens kantien. Elle n'existe qu'à travers l'application réelle des textes de droit et donc à travers leur explicitation, leur justification et leur évolution. *Ce point*

²⁸⁹ Norberto Bobbio a particulièrement souligné ce rapprochement. Voir *Essais de théorie du droit* (Paris, LGDJ, 1998) & V. Champeil-Desplats *Norberto Bobbio : pourquoi la démocratie ?* (Paris, M. Houdiard, 2008).

²⁹⁰ Voir D. de Béchillon *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (Paris, O. Jacob, 1997).

²⁹¹ En français : *Introduction à l'empirisme juridique : Textes théoriques*, Paris, LGDJ, 2004. Voir également L. D. d'Almeida, J. Gardner & L. Green (ed) *Kelsen revisited: new essays on the Pure theory of law*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

²⁹² Paris, PUF, 2018.

²⁹³ Paris, PUF, 2011.

²⁹⁴ Voir E. Millard *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

de vue est sans doute la meilleure synthèse entre le jusnaturalisme et le positivisme juridique. La justice fonde le droit comme le veulent les jusnaturalistes mais la justice, comme le défendent les positivistes, n'existe qu'à travers des normes dont la mise en œuvre en fait naître l'idée. On pourrait dire que le droit vise à être juste, si cela ne désignait pas la justice comme une réalité extérieure à lui, alors qu'elle n'est que le sens qu'il prend à travers ses applications.

Le problème est qu'une telle vision fait du droit – de ce qui règle la vie en commun – une affaire de spécialistes : les juristes et les magistrats. Un discours confisqué par des experts, qui peut totalement échapper aux justiciables dans sa compréhension puisque ces derniers ne peuvent par avance être certains de son interprétation. Cela sans même soupçonner forcément une volonté de confiscation de la part des juristes mais à travers des règles de procédures et d'argumentation échappant aux profanes, incapables de retrouver leurs propres actes dans la description juridique et l'interprétation qui en est donnée. Cette vision évacue la dimension politique du droit, qui le soumet normalement à une volonté commune dont les magistrats ne doivent être que les servants.

Cependant, le droit n'a-t-il pas une dimension évidemment sociale ? Peut-il être autonome ? Existe-t-il une rationalité juridique particulière, fondant les règles d'interprétation et de décision qui ont cours dans le domaine du droit, réservant son interprétation et son élaboration à des spécialistes ? La question a notamment été posée au XVII^e siècle à travers les tentatives d'axiomatisation des décisions de justice et la formalisation d'une logique juridique, susceptible de rationaliser les règles d'interprétation du droit²⁹⁵. Cela intéressa fort Leibniz dans sa jeunesse (de profession, Leibniz était jurisconsulte), qui voulut refondre le droit civil et le droit romain de manière systématique, visant à faire du droit une science rigoureusement déductive, réglant ainsi les questions d'interprétation (il appliqua la même démarche à la morale et aux devoirs, fondant ce qu'on nomme la logique déontique).

Leibniz s'efforça ainsi de déterminer et de fixer les principes du droit naturel et, au total, ne parvint à aboutir aucun de ses projets – quoique, selon Louis Couturat, il y songea toute sa vie (*La logique de Leibniz*, 1901, p. 115 et sq.²⁹⁶). Il n'est pas certain que les tentatives pour définir une logique juridique soient parvenues à davantage de résultats,

²⁹⁵ Voir particulièrement G. Kalinowski « La logique juridique et son histoire » *Archives de philosophie du droit* vol 27, 1982 & *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1965. Voir également M-P. Mathieu *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2015.

²⁹⁶ Reprint Hildesheim, G. Olms, 1969.

comme l'indiquent, aujourd'hui, la réalisation de programmes d'intelligence artificielle pour assister le travail des avocats ou pour automatiser certaines décisions de justice afin de soulager les tribunaux (l'Estonie a ainsi lancé un projet portant sur le traitement des litiges représentant moins de 7 000 €). Soit ils se limitent à des cas de figures où l'application des lois et règlements est très simple – *laissant justement peu de place à l'interprétation* – soit ils analysent les jugements prononcés pour repérer les régularités d'interprétation et de sanction qui apparaissent différemment *selon chaque juge*.

Or, alors que ces nouvelles applications sont encore exploratoires, en France la Loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice du 23 mars 2019 a déjà décidé par son article 33 que les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne sauraient faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. Il est donc interdit de suivre les décisions des différents magistrats pour prévoir l'issue des affaires qui leur sont confiées. Mais pourquoi donc ? Cela ne peut que revenir à admettre que l'application de la loi dépend de chaque juge, donc de sa personnalité et de ses idées.

Comme indiqué dans la section précédente, il est étonnant que cela ne soit pas vraiment reconnu et rarement étudié et qu'une responsabilité réelle et personnelle des juges ne soit pas en conséquence davantage réclamée.

*

Il y a chez Kelsen, comme dans le positivisme juridique de manière plus générale, l'idée que puisque la Justice n'existe pas en soi où est introuvable, alors le droit ne se fonde pas sur l'idée de justice. Il paraît avoir sa logique propre, qui se passe même chez Kelsen de partir d'une norme fondamentale explicite. Mais c'est alors évacuer bien trop rapidement le fait que, si la justice en soi n'existe pas, le droit ne se fonde pas moins sur l'idée que s'en font ceux qui sont chargés de définir et d'appliquer le droit – et mieux, même, sur l'idée qu'ils sont obligés de s'en faire. Car, sans cette idée, le droit perd son sens. C'est ce point de vue – assez subtil – qu'exprime la norme fondamentale de Kelsen qui, quoique vide, n'en détermine pas moins toutes les autres.

Si l'on chasse l'idée de justice de la vie juridique, on en chasse la dimension politique. Nous le verrons, c'est ce que beaucoup souhaitent, aujourd'hui, en parlant « d'Etat de droit. » Tout de même que le jusnaturalisme est inévitablement tenté de refaire de fond en comble la

société en fonction des principes qu'il estime juste, le positivisme juridique verse volontiers dans une autre fiction, qui est d'effacer le politique pour confier le pouvoir aux juges.

*

4. 3. 35.

Les faux-semblants du « pouvoir des juges ».

On ne peut certainement pas soutenir que les décisions de justice sont laissées entre les mains des juges de manière totalement arbitraire. Tout un ensemble de procédures et de principes (règle du précédent, autorité de la chose jugée, ...) encadrent en effet les décisions de ces derniers. Lesquelles n'existent proprement qu'au sein et qu'au nom de tout un système juridique²⁹⁷. Les magistrats peuvent sans doute interpréter les lois mais ils ne les font pas ! Cela est si vrai que l'interprétation juridique suit des pratiques et des idées dominantes. Elle a une histoire²⁹⁸. Marquée par des débats récurrents, notamment autour de la question – inévitable - de savoir si en appliquant une loi les juges doivent rechercher les intentions du législateur ou s'en tenir à ce qu'indique littéralement le texte. Sachant que dès que l'on pose cette question, la première option semble la plus censée et la seconde s'impose pratiquement de manière presque obligée !

Malgré tout, il reste que si l'application de la loi, ne pouvant être déduite de manière sûre, laisse place à une interprétation, les juges sont dans une certaine mesure requis de faire le droit, ce qui ôte à l'appareil judiciaire l'un de ses éléments les plus fondamentaux pour les justiciables : sa prévisibilité.

Pourtant, aussi indispensable puisse-t-elle paraître, cette prévisibilité ne représente-t-elle pas un idéal plus qu'une réalité ? Elle supposerait en effet une situation où les faits et les dommages seraient objectivement tout à fait clairs, ce qui peut être le cas de certains flagrants délits mais ce qui ne représente pas la majorité des affaires traitées en justice. Dans l'exercice courant du droit, chaque partie est naturellement amenée à présenter les choses pour défendre ses intérêts et, si ces derniers ne sont pas satisfaits, aura tôt fait de crier à l'injustice. Dès lors, *un jugement s'apparente moins à une épreuve de vérité qu'à une négociation*. Il faut faire la part des droits et des intérêts de chaque partie, compte tenu des dispositions légales et des incertitudes. Chaque partie réagissant aux arguments de l'autre et le juge au point de vue des

²⁹⁷ Voir F. Schauer *Penser en juriste*, 2009 (trad. fr. Paris, Dalloz, 2018). Sur la typologie des arguments utilisés pour l'interprétation juridique, voir S. Goltzberg *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 2017.

²⁹⁸ Voir B. Frydman *Le sens des lois*, Paris, LGDJ, 2005.

deux, ce qui peut conduire – comme dans une négociation – à s’écarter d’une rationalité linéaire, pour parvenir finalement à un jugement qui est une sorte d’accord, plus que l’énoncé d’une vérité.

C’est parce que chaque justiciable réclame le droit de son point de vue que l’interprétation des magistrats est inévitable. Encore une fois, *c’est le système juridique lui-même qui produit la possibilité de situations d’injustice et d’appels à la justice.* Et c’est pourquoi la volonté de détailler les cas d’application dans le cadre des lois elles-mêmes ne réduit pas la nécessité de leur interprétation.

C’est également pourquoi on peut comprendre et admettre que des cas comparables puissent susciter des interprétations différentes d’une même loi. Tandis que le débat opposant ceux pour lesquels des normes supérieures aux lois doivent guider les pratiques et ceux qui ont tendance à considérer que si la justice peut sans doute errer dans des cas particuliers, elle se limite et ne peut que se limiter à ce qui se décide dans les tribunaux²⁹⁹, ce débat n’en est peut-être pas un. En fait, comme invite à le concevoir Kelsen, les deux orientations se rencontrent plus qu’elles ne s’opposent dans l’exercice d’un procès.

Mais, dans ces conditions, il est inévitable que l’appareil judiciaire paraisse un monde à part, que les profanes ne pénètrent pas sans dommages. C’est la vision célèbre qu’en a donnée Kafka dans son *Procès* (posth. 1914³⁰⁰). Mis en accusation, l’individu entre comme dans un nouvel état, comme en maladie. Il n’en comprend pas la nature – la loi refuse de se faire connaître, le système d’accusation existe comme de manière autonome – mais il finit par s’identifier à ce qu’on lui reproche. A une faute qu’il ne saisit pas pleinement mais vis-à-vis de laquelle le châtement finit par s’imposer comme la seule issue possible.

Toutefois, ce que Kafka décrit très profondément et avec une incroyable préscience ici est un système totalitaire au sens propre, soumettant les individus à une logique qu’ils ne peuvent pleinement comprendre car ils n’ont pas ou plus de droits non pas tant pour s’opposer que pour participer à la machinerie judiciaire. Ils se découvrent donc suspects et même coupables de manière si implacable et inextricable qu’une soumission totale représente la seule délivrance possible. Dans un tel cas de figure, ce n’est pas l’imprévisibilité de l’issue judiciaire qui fait problème mais le contraire : la quasi-certitude d’être jugé d’une certaine

²⁹⁹ Voir particulièrement à cet égard la controverse entre R. Dworkin et H. L. Hart in R. Dworkin *Une question de principe*, 1985 (trad. fr. Paris, PUF, 1996).

³⁰⁰ trad. fr. Paris, Pléiade Gallimard, 1976, I.

façon, quels que soient ses droits et les circonstances, au nom de parti-pris, d'orientations politiques ou de discriminations.

Toutefois, si l'on conçoit facilement qu'une confiscation autoritaire de l'appareil judiciaire par le pouvoir politique peut produire un tel effet, on admet beaucoup moins facilement qu'il en va de même si des magistrats, n'entendant pas être les simples exécutants des lois, s'arrogent le pouvoir de les appliquer comme ils l'entendent. Or sans doute est-ce là une tendance constante !

*

Pour certains historiens, dès la fin du Moyen-Age et tout au long de l'Ancien Régime, les juges ne revendiquèrent le caractère sacré de leur fonction que pour refuser d'être les simples représentants du monarque – en quoi d'ailleurs les Parlements d'Ancien Régime seront souvent les premiers à défendre les libertés (ou plutôt leurs libertés, c'est-à-dire surtout leurs privilèges). Or, en France, cette attitude ne changea pas avec la Révolution³⁰¹.

En 1667, une Ordonnance civile interdisait aux juges d'interpréter les ordonnances royales dans le cadre de leur application et des litiges pouvant en suivre. En 1790, la Constituante instaura dans le même sens par la loi des 16-24 août un référé législatif permettant aux juges de surseoir à statuer en cas de difficultés d'application des lois en attendant une solution fournie par le législateur lui-même. Ultérieurement, cependant, le *Code civil* (1801) obligera les juges à statuer même dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des textes – dans ce cas, indiquera Portalis dans le *Discours* de présentation du Code civil, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue peuvent tenir lieu de loi. Et sinon, écrit-il, il reste les principes du droit naturel³⁰².

A la fin de l'Ancien Régime, comme à la fin du Moyen-Age, le peuple détestait les juges. La Révolution voulut donc en faire une fonction de service public, inséparable de ses efforts pour clarifier et simplifier l'ensemble du droit – elle n'alla pas néanmoins jusqu'à faire élire les juges, comme aux Etats-Unis ou en Hollande.

Robespierre ne voulait pas entendre parler de jurisprudence. Malgré tout, le légicentrisme révolutionnaire sera vite abandonné. Est-ce vraiment surprenant ? Les

³⁰¹ Voir J. Krynen *L'Etat de justice. France XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, 2 volumes Paris, Gallimard, 2012.

³⁰² Loin de restaurer les juges dans leur liberté de jugement, on voulait définir une « jurisprudence législative ». Voir F. Zenati-Castaing *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 180 et sq.

Révolutionnaires comptaient, comme bien d'autres le feront après eux, sur une simplification du droit. Mais celui-ci ne peut que s'étoffer dans des sociétés de plus en plus complexes, rendant l'interprétation des textes de plus en plus nécessaire. De toute façon, nous l'avons vu, *ce n'est pas tant la clarté ou la suffisance des textes qui en conditionnent l'interprétation que l'exercice du procès lui-même, dans la mesure où il oppose des droits et des intérêts opposés. En ce sens, une certaine latitude de jugement des magistrats est souhaitable et seul un pouvoir totalitaire peut au fond en prendre ombrage. Même si l'on peut tout autant se méfier des invocations – devenues très communes – de l'indépendance des juges et de l'Etat de droit comme autant de protections contre des majorités démocratiques, qualifiées avec mépris de « populistes »³⁰³, qui pourraient avoir l'effroyable envie de contester les idéologies et les privilèges des classes dominantes !*

Prôner l'indépendance des juges suppose que l'on admette que ses propres arguments puissent être légitimement contestés, donc éventuellement réfutés. Il n'est pas sûr que cela soit toujours le cas, y compris chez ceux qui se veulent les plus résolument modernes et éclairés³⁰⁴. De plus, dans un système démocratique, il ne paraît pas possible d'accepter de principe qu'une même loi puisse recevoir, selon les magistrats, des interprétations différentes, voir opposées. Seulement, si tel peut être le cas, cela tient moins de nos jours à un « pouvoir » des juges, qu'il suffirait de supprimer ou de contrôler, qu'à une manière de rendre la justice, marquée par le conséquentialisme.

*

Le conséquentialisme.

Longtemps, nous l'avons vu, on chercha la justice en remontant aux principes du droit naturel. On s'intéresse plutôt de nos jours aux conséquences économiques, sociales et, plus généralement, humaines, des décisions de justice.

Les deux démarches sont très proches. Parce que pour déterminer les droits naturels, on partait le plus souvent des situations d'injustice que l'application du droit positif pouvait

³⁰³ Voir par exemple S. Levitsky & D. Ziblatt *La mort des démocraties*, 2018 (trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 2019).

³⁰⁴ Voir par exemple S. Prokhoris *Déraisons des raisons, les juges face aux nouvelles familles*, Paris, PUF, 2018. Apparemment, à lire ce texte, toute réserve vis-à-vis de la gestation pour autrui et de la procréation médicalement assistée ne saurait relever d'un discours raisonnable. Or, à partir du moment où on l'estime que ceux qui ne sont pas d'accord avec soi ne sont tout simplement pas capables de réfléchir, tout exercice de la justice devient inutile. Il suffit de faire la police ou de « soigner » les récalcitrants.

créer, pour en appeler à des normes plus élevées. De même, pour sonder les conséquences des décisions de justice, jugées acceptables ou non, force est de se référer à des normes qui dépassent le droit positif. Quoi qu'il en soit, *les juges se sentent désormais investis d'une responsabilité sociale et ils sont conduits ainsi à penser leurs décisions sous une perspective beaucoup plus globale que les cas particuliers sur la base desquels ils sont saisis.*

La procédure juridique évolue également en ce sens. Aux Etats-Unis, par exemple, bien qu'un avocat ne puisse citer des rapports officiels ou privés, des études ou statistiques, etc., pour démontrer quels effets possibles une décision de justice pourrait créer, il lui est néanmoins permis de les présenter brièvement (*Brandeis briefs*) et de faire intervenir des « amis de la Cour », le plus souvent des représentants d'institutions publiques ou associatives non directement concernées mais susceptibles de délivrer des avis éclairés.

Aujourd'hui, qui oserait dire qu'une telle prise en conséquence des impacts possibles des décisions de justice est néfaste ou inutile ? C'est pourtant elle qui peut conduire les magistrats à interpréter et appliquer les lois dans le sens de leurs propres préjugés et idéologies. *C'est pourtant ce conséquentialisme qui livre la justice à l'émotivisme*, nous y reviendrons. A la limite, une décision de justice sera ainsi suspendue aux impacts qu'elle sera susceptible d'avoir à travers les médias. Et, dans ce dernier cas, le pouvoir des juges sera comme annulé. C'est l'opinion publique qui fera la loi !

Nous y reviendrons ci-après, l'émotivisme est ce qui conditionne le plus l'exercice de la justice aujourd'hui. Mais une telle évolution n'est pas fortuite. Nous l'avons vu dans la précédente section : cela représente l'aboutissement logique d'une justice rendue au nom de l'intérêt commun. Et cela peut conduire les juges à se substituer à la volonté souveraine. La Cour d'appel de La Haye a pu ainsi ordonner au gouvernement des Pays-Bas de réduire plus fortement que prévu les émissions nationales de gaz à effet de serre. Aucun texte ne prescrivant des obligations quantifiées de réduction, la Cour a justifié sa décision en invoquant toutes sortes de textes, pour finalement statuer, d'un point de vue politique et non pas légal, au nom du bien-être général.

*

4. 3. 36.

L'analyse économique du droit.

Le conséquentialisme doit ainsi être rapproché de l'analyse économique du droit, à travers laquelle le bien fondé des règles de droit est considéré sous l'angle de critères

économiques. Ce qui revient à admettre que la théorie des choix économiques est applicable à tous les comportements humains et peut en tous cas être utilisée pour considérer des phénomènes débordant le champ économique, selon l'exemple qu'en ont notamment donné Gary Becker (*The economics of discrimination*, 1965³⁰⁵) ou Ronald Coase (*La nature de la firme*, 1937³⁰⁶).

Dans l'un des plus fameux exemples de cette approche, Guido Calabresi s'est intéressé au droit de la responsabilité, en lui appliquant un critère d'efficacité, c'est-à-dire d'utilisation des ressources mobilisées pour maximiser la satisfaction des individus (*The costs of accidents*, 1970³⁰⁷). L'objet du droit des accidents est alors d'optimiser leur coût total, comme pourrait en témoigner la disposition des individus à payer pour bénéficier d'un tel service. Le droit devient une affaire de régulation des affaires humaines et sa légitimité, comme la « justice » se mesure par la satisfaction qu'il crée chez tous les justiciables. L'efficacité économique, ainsi pour Richard Posner, devient le but de la justice (*Law & Economics*, 1997³⁰⁸ ; *The Economics of Justice*, 1981³⁰⁹).

Bien entendu, une telle approche appelle de nombreuses réserves³¹⁰. Qui tiennent d'abord à la validité des fondements et présupposés économiques qui sont utilisés. Mais qui reposent surtout sur la vision souvent ultra-libérale et donc politiquement orientée qui inspire ces démarches. Lesquelles ouvrent néanmoins une perspective intéressante : le droit n'a pas à conduire la société vers des normes morales ou des comportements jugés vertueux. Ne comptent finalement que les attentes et désirs des individus, qu'il s'agit de réguler et donc d'organiser pour le mieux, c'est-à-dire de la manière économiquement la plus efficace (donc à travers une optimisation de l'utilisation des ressources compte tenu du niveau de satisfaction obtenu par chacun). Et cela, à la limite, au-delà de ce qui est considéré comme Bien et Mal ; qui n'a pas à être imposé aux individus et reçus par eux mais qui doit se dégager de leurs rapports. Ainsi, par exemple, s'il y a une demande pour la prostitution et qu'une offre lui répond, on estimera qu'un proxénète n'est pas un criminel mais un courtier qui facilite la

³⁰⁵ Chicago University Press, 1965.

³⁰⁶ *Revue française d'économie* vol. II/1, 1987, pp. 133–163. Voir également *L'entreprise, le marché et le droit*, 1988, trad. fr. Paris, Ed. d'Organisation, 2005.

³⁰⁷ Yale University Press, 1970.

³⁰⁸ 2 vol. Cheltenham, E. Elgar, 1997. Voir S. Harnay & A. Marciano *Richard A. Posner : l'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003.

³⁰⁹ Harvard University Press, 1981.

³¹⁰ Voir notamment C. Atias *Philosophie du droit*, 1999 (Paris, PUF, 2004) & M. Sandel *Ce que l'argent ne saurait acheter : les limites morales du marché*, 2012, trad. fr. Paris, Seuil, 2016.

satisfaction d'une demande, comme l'explique Walter Block (*Défendre les indéfendables*, 1975³¹¹).

L'approche, on le voit, est tout à fait conséquentialiste, tant dans ses arguments que - ce qui est problématique - dans les critiques que ceux-ci peuvent recevoir. Car peut-on estimer que, compte tenu de leurs conséquences pour les prostituées, les demandes de prostitutions sont légitimes ? Il faut répondre : à condition que les conditions de formation de l'offre en réponse soient acceptables. Ce qui renvoie évidemment à des critères de justice et moraux. Il faut donc encore une fois faire appel à l'idée de justice, de sorte que les apports de l'analyse économique du droit - en l'occurrence mais l'exemple peut facilement être généralisé - paraissent un peu courts si celle-ci prétend fonder le droit.

Son intérêt est plutôt d'inviter à considérer le droit comme - à la limite - une réalité non juridique. Comme si le droit n'avait pas à fixer des normes mais seulement à permettre des arrangements entre intérêts distincts. Sous cette perspective, c'est non pas en elle-même mais seulement de par la fonction sociale qu'elle remplit et qu'exercent ceux qui l'édicte et l'appliquent qu'une réglementation se distingue des autres règles de conduite sociale³¹². La société est vue comme un grand marché et le droit se limite pratiquement à celui des contrats, conclus entre individus supposés égaux. Autant dire que le droit doit être un service de régulation sociale et non une instance de domination, y compris celle que peut exercer une majorité sur des minorités. C'est pourquoi l'approche économique du droit peut prétendre - ce qui est une réclamation proprement libérale - être la seule manière de ne pas faire du droit un instrument de pouvoir entre les mains d'un ou de quelques-uns sur tous les autres. Or c'est là de nos jours un point de vue de plus en plus partagé.

En ce sens, il serait dommage de ne voir dans l'analyse économique du droit que l'expression d'un courant politique libéral ou même libertarien - d'autant que fonder l'ordre social sur la libre association correspond aussi bien aux visions d'une gauche proudhonienne de plus en plus répandue.

En fait, ces analyses suivent logiquement l'identification des droits naturels à ceux des individus qui, nous l'avons vu, a marqué le jusnaturalisme moderne. Si tout part des individus, leurs intérêts sont forcément premiers et les droits fondamentaux ne peuvent manquer de s'aligner sur les comportements les plus souhaités ou courants - comme cela se

³¹¹ trad. fr. Paris, Les Belles Lettres, 1993

³¹² Voir P. Amselek *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, A. Colin, 2012.

voit déjà clairement chez Locke : vivre librement, fonder une famille, jouir de ses biens et des échanges sont les droits fondamentaux de son *Traité de gouvernement civil* (1690). Mieux même, le droit ne peut avoir d'autre objet que de permettre l'affirmation et les choix des droits individuels. De sorte qu'une autre conclusion ne peut manquer de suivre, qui caractérise assez bien notre époque : nous n'acceptons plus que le droit soit l'expression d'une volonté, d'un pouvoir qui nous échappent. Ce qui conduit à voir le droit autrement que comme l'expression même du pouvoir souverain, y compris démocratique.

*

On peut d'abord admettre que le droit puisse puiser à plusieurs sources pour se former et plaider ainsi pour un « pluralisme ordonné » dans la constitution d'un espace juridique permettant l'harmonisation progressive des valeurs au plan national et mondial³¹³. Solution suggestive mais qui passe totalement à côté de la question juridique essentielle : qu'est-ce qui est à même de rendre les normes – qu'importe d'où elles puissent être tirées - légitimes ? Peut-on espérer pourtant une harmonisation des normes sans entente sur leur bien-fondé ?

On peut également admettre que le droit puisse intégrer des éléments flous et donc des mécanismes de réglage, de co-création – les formules de démocratie participative recueillent aujourd'hui beaucoup d'intérêt à ce titre. Tout cela invite à penser le système juridique non plus selon la métaphore d'une pyramide (la hiérarchie des normes) mais selon celle des ramifications d'un réseau (difficile d'échapper à cette métaphore de nos jours). Ce qui pousse à considérer comment, dans les faits, le droit se constitue selon des rapports complexes, hétérogènes. Comment il est davantage négocié que purement imposé³¹⁴.

Cela a d'abord fait parler d'un « déclin du droit », avec le constat de l'impossibilité de maintenir un système juridique rendant clair des règles générales, permanentes et universelles³¹⁵. Mais, faisant l'apologie d'un droit beaucoup plus « flexible », épousant l'autorégulation des sociétés, certains estimeront que l'on peut justement s'en passer. Laurent Cohen-Tanugi a pu ainsi défendre *Le droit sans l'Etat* (1985³¹⁶).

³¹³ Voir notamment M. Delmas-Marty *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné & III. La refondation du pouvoir*, Paris, Seuil, 2006 & 2007.

³¹⁴ Voir F. Ost & M. de Van de Kerchove *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2010.

³¹⁵ Voir G. Ripert *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.

³¹⁶ Paris, PUF, 1985.

Selon l'auteur, en France, le principe juridique premier veut que tout ce qui n'est pas expressément permis ou prévu par la loi est présumé interdit. Cela fait de la loi, abstraite et générale, la source première du droit et non la jurisprudence et c'est, estime l'auteur, le principe d'un Etat estimant avoir à conduire une société immature. A ceci, est opposé le modèle américain où tout ce qui n'est pas expressément prohibé par la loi est permis. Certes, cela ouvre la voie à un juridisme exacerbé, caractéristique des Etats-Unis³¹⁷, que l'auteur assimile cependant à une vitalité sociale, marquant le passage à un véritable Etat de droit. En quoi il rejoint une vision devenue assez commune. Mais laquelle au juste ?

L'Etat de droit.

De nos jours, l'invocation de l'Etat de droit est devenue très courante. La formule est synonyme d'Etat démocratique, par opposition à tout Etat autoritaire ou totalitaire. Mais qu'entend-on exactement désigner ainsi ? Le respect des lois ? Le respect des décisions judiciaires ? Le respect de normes posées au-dessus des lois ? Il y a deux grandes conceptions nettement différentes de l'Etat de droit³¹⁸. Et la distinction entre les deux, de la part de ceux qui invoquent cette notion, n'est pas toujours claire.

La conception prussienne.

Formée par Robert von Mohl (*Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1833³¹⁹), la première grande conception de l'Etat de droit est prussienne. Partant du constat que les Etats autoritaires ont des lois et des tribunaux, qui ne suffisent donc pas à garantir les libertés individuelles, von Mohl (qui rejette lui-même le suffrage universel et l'idée d'un Etat républicain) s'efforce de montrer qu'à cet effet il importe surtout que l'Etat soit contraint par les lois, qu'il les respecte et respecte celles qu'il établit, ainsi que les décisions prises par les tribunaux en conséquence. Il s'agit donc de garantir les libertés contre l'arbitraire du pouvoir, par ce qui n'est rien d'autre que le principe de légalité des délits et des peines de Beccaria (voir la section précédente). Toutefois, ce principe lui-même, pour être fondé et assuré, doit reposer sur des normes supérieures aux lois, telles que la non-rétroactivité de ces dernières. Il faut donc, au-dessus des lois, placer une Constitution ou un ensemble de textes jurisprudentiels, dont il faudra veiller en permanence que les dispositions des lois la respectent. Notamment à travers un contrôle de constitutionnalité.

³¹⁷ Dans *You can't eat peanuts in church and other little-known laws* (Doubleday, 1975), Barbara Seuling s'est amusée à répertorier toutes sortes de lois locales et souvent hilarantes aux Etats-Unis : dans le Wyoming, il est interdit de prendre un lapin en photo de janvier à mai à moins d'avoir un permis spécial ; à Quitman, en Géorgie, un poulet n'a pas le droit de traverser la rue, etc.

³¹⁸ Voir J. Chevallier *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1992.

³¹⁹ Tübingen, H. Laupp, 1834-1844.

Cette idée s'imposa particulièrement après la Seconde guerre mondiale, face au constat que les Nazis étaient arrivés au pouvoir par le simple jeu démocratique – un constat déterminant, nous y reviendrons. Bien entendu, il peut paraître tout à fait naïf de croire qu'un pouvoir résolu à s'affranchir des lois puisse être en quoi que ce soit arrêté par une constitution mais on voulut désormais organiser l'ordre juridique sur une stricte hiérarchie des normes, chapeauté par une Constitution, dont il doit être possible de s'assurer du respect. Ce modèle s'imposa un peu partout. En France, ainsi, un contrôle de constitutionnalité fut introduit. Et le point d'aboutissement fut de considérer qu'un Etat cesse d'être légitime et donc pleinement souverain lorsqu'il menace directement la vie et la liberté de ses ressortissants. D'autres Etats disposent alors, admettra-t-on, d'un « droit d'ingérence » directe dans les affaires de cet Etat pour protéger ses citoyens (voir ci-après). Ceci se justifiait juridiquement par la ratification par les Etats, notamment dans le cadre de l'ONU, de Déclarations des droits individuels ou par l'intégration directe de telles Déclaration dans les textes constitutionnels des Etats.

Derrière ce modèle, l'influence de Kelsen fut patente, nous l'avons vu ci-dessus. Nous avons cependant souligné la différence entre toute constitution et la norme fondamentale que pose Kelsen au fondement de sa hiérarchie des normes. Néanmoins, il y avait chez Kelsen l'idée que l'Etat est lui-même sujet de droit et non la source de tout droit. Habilité à poser certaines normes, il est constitué par des normes supérieures à lui.

Ce point fut très disputé. Si l'Etat est l'instrument de la volonté générale, dont les lois sont l'expression, comment et au nom de quelles normes transcendantes admettre que la volonté générale puisse être limitée ? Le pouvoir souverain n'a pas en droit de limites, rappelait ainsi Carl Schmitt (*Théorie de la constitution*, 1928³²⁰). Au mieux, l'Etat ne peut qu'autolimiter son propre pouvoir, comme le soutenait Raymond Carré de Malberg. Car l'Etat est sujet de droit sans qu'aucune norme supérieure ou extérieure à lui puisse limiter sa souveraineté (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920³²¹). En France, avant la Seconde guerre mondiale, rares étaient les auteurs qui, comme Léon Duguit, ne voyaient en l'Etat qu'une forme de pouvoir particulière, dépendant de la volonté générale et non l'incarnation intangible et quasi métaphysique du Souverain. De sorte que Duguit – que l'on qualifia « d'anarchiste » - refusait de reconnaître à l'Etat une personnalité morale, tout en plaidant toutefois pour l'extension de l'interventionnisme étatique (*Traité de droit constitutionnel I*, 1921³²²).

Au total, la thématique de l'Etat de droit n'était guère d'actualité. Elle ne s'imposa qu'avec le bilan du nazisme, à travers une défiance face aux dérives totalitaires que peuvent sinon produire (car l'idée s'est généralement installée que le nazisme fut ardemment souhaité par la population allemande dans son ensemble, ce qui est pourtant discutable, voir 4. 2. 21.) au moins permettre les majorités politiques. En quoi, l'idée d'Etat de droit a retrouvé les vieilles idées de la réaction aristocratique face à des Révolutions démocratiques qui menaçaient les privilèges des ordres et des

³²⁰ trad. fr. Paris, PUF, 2013.

³²¹ 2 vol, Paris, CNRS Ed., 1962.

³²² 5 volumes Paris, De Boccard, 1927-1930.

castes. Ce sont ces idées que développait von Mohl (en quoi il était assez peu original, par rapport à un Benjamin Constant par exemple) et qui n'ont pas tout à fait disparu de nombre de plaidoyers actuels pour l'Etat de droit ; lesquels – notamment lorsqu'ils affichent leur répugnance face aux « populismes » - affichent, plus ou moins consciemment, de forts relents antidémocratiques. Aussi, une autre conception de l'Etat de droit peut-elle être invoquée.

*

La conception anglo-saxonne.

Dans la tradition anglaise, on ne parle pas « d'Etat de droit » mais de règne du droit (*Rule of law*) ; lequel repose sur l'existence même du système judiciaire. On admet que celui-ci est à même de protéger les libertés individuelles de l'arbitraire du pouvoir si les différentes composantes de ce dernier sont indépendantes les unes par rapport aux autres. Le règne du droit est garanti par la balance, c'est-à-dire par l'indépendance les uns par rapport aux autres des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Dans ce cadre, les procédures de mise en œuvre des actes judiciaires prennent une grande importance. Il s'agit d'assurer que chacun soit soumis à un *due process of law*, une procédure équitable qui ne distingue personne et s'impose à tous, y compris à l'administration (à l'inverse donc de ce que connaît la France avec son droit administratif).

D'un tel système, on a tendance à retenir qu'il repose pour l'essentiel sur l'indépendance des juges. Celle-ci est ainsi vue désormais comme une bonne chose a priori, alors qu'elle n'assure en rien un jugement équitable de chacun et pose des problèmes démocratiques dès lors que les juges peuvent ainsi décider seuls du droit, de son interprétation et de son application, sans être légitimement mandatés pour le faire et tout en étant à même de faire prévaloir leurs propres partis-pris idéologiques.

Le règne du droit repose plus exactement sur un droit commun (*common law*), c'est-à-dire sur l'égalité de tous – y compris l'Etat – face à la justice. Il ne s'agit pas de donner un pouvoir propre aux juges mais de reconnaître l'appareil judiciaire comme l'ultime instance devant laquelle tous les conflits doivent trouver leur issue. Cette conception s'est maintenue dans le droit des Etats-Unis et surtout dans la culture américaine et il faut souligner à cet égard l'importance du passage en justice dans d'innombrables films américains, le tribunal étant par excellence le lieu où éclate la vérité, au verdict de laquelle se plient les parties. *C'est ce rôle qui confère une importance particulière à la jurisprudence dans le droit britannique ; souvent dit pour cela « coutumier », alors qu'il est plus exactement bâti autour du respect de la fonction judiciaire.*

En revanche, dans un tel système, il n'est pas besoin de limiter l'Etat au respect d'une Constitution, qui n'existe pas au Royaume-Uni (à la différence des Etats-Unis où elle s'imposa pour plier différents *Etats* à une même loi fédérale) et qui, si elle devait être, estimait le juriste

Albert Venn Dicey, reposerait avant tout sur la totale souveraineté du Parlement dans la définition des lois (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, 1885³²³).

*

Produit, aux XVII^e et XVIII^e siècles, par une société anglaise foncièrement oligarchique et bien qu'il soit éloigné des conceptions continentales de l'Etat de droit, le *Rule of law* a souvent été repris sous cette thématique, sans doute parce qu'il correspond assez à la défiance vis-à-vis de la démocratie populaire, majoritaire, qui l'inspire. On voudrait ainsi que la démocratie ne soit plus le règne des majorités mais du droit, légitimé lui-même par le respect des procédures. Qu'elle assure ainsi la protection de toutes les libertés et surtout des minorités³²⁴.

Tout ceci pose d'évidentes questions : quant à la possibilité effective de l'appareil judiciaire de s'opposer au pouvoir politique ; quant à la possibilité que, devenu purement formel et procédural, le droit puisse très bien servir les menées confiscatoires d'un pouvoir autoritaire ; et surtout quant à la définition même du droit, dès lors qu'on entend le rendre opposable au pouvoir politique majoritaire.

Dès lors qu'il ne se fonde plus sur la loi mais sur des normes auxquelles les lois doivent se plier, on ne peut manquer de souligner que l'invocation de l'Etat de droit, de nos jours, n'est ni plus ni moins qu'un rejet de la démocratie qui n'ose pas dire son nom ! En 2011, la Cour de cassation française a ainsi reconnu que les Etats adhérents à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation pour en tenir compte. Cependant, qui décide et contrôle l'interprétation de juges à la source de telles décisions ? Faut-il croire que le droit naturel seul les inspire ? Voilà ce que l'on conçoit désormais en fait « d'Etat de droit ».

On ne peut donc manquer de souligner que l'invocation de l'Etat de droit aura accompagné, dans un pays comme la France, ce que l'on a pu caractériser comme un déclin du droit.

4. 3. 37.

Le déclin du droit.

Quand le doyen Georges Ripert parlait de « déclin du droit » en 1949 (*op. cit.*), il voulait surtout dire que la loi était de moins en moins l'expression du droit pour devenir un simple instrument politique de gouvernement. La critique fut mal reçue. On n'y entendit qu'un plaidoyer libéral. Mais l'ouvrage annonçait seulement ce qui allait arriver : une mainmise de l'exécutif sur le législatif.

³²³ trad. fr. Paris, V. Giard & E. Brière, 1902. C'est A. V. Dicey qui a popularisé l'expression « *Rule of law* » (qui était néanmoins employée depuis le XVII^e siècle).

³²⁴ Voir par exemple A. Touraine *Pourrons-nous vivre ensemble ?*, Paris, Fayard, 1997.

La Constitution de 1958 a particulièrement favorisé cette évolution, en limitant le champ d'intervention du législatif (art. 34), en élargissant les pouvoirs réglementaires (art. 37) et en permettant l'implication renforcée de l'exécutif dans l'élaboration des lois (at. 40, 41, 44, 47, 48 & 49). Et surtout en conférant au Président de la République à travers son élection directe (1962) la même légitimité démocratique qu'aux représentants de la Nation.

Aujourd'hui, en France – mais la plupart des démocraties occidentales ont connu une évolution similaire – le gouvernement, c'est-à-dire l'administration, est la source quasi unique du droit. Le Parlement n'a plus qu'une fonction de validation, d'amendement et d'enregistrement. Et, à concurrence des lois, d'autres textes administratifs (décrets, arrêtés, instructions, réponses ministérielles, etc.) sont utilisés pour fixer et préciser les normes. Cette évolution – qui marque une nette rupture avec l'Etat de droit puisque, contre toute balance des pouvoirs, l'exécutif absorbe en quelque sorte le législatif ; une rupture dont, paradoxalement, ceux qui plaident pour l'Etat de droit ne parlent quasiment jamais – a été juridiquement caractérisée comme une « décodification ».

Aujourd'hui, en effet, il est devenu rare qu'une nouvelle norme efface celles qui l'ont précédée. Toutes se superposent plutôt. Et l'on voit voter aussi bien des lois spéciales que des « lois balais » portant toutes sortes de dispositions. L'effort de codification³²⁵, apparu dès le Moyen-Age et particulièrement développé par la Révolution, porté par un souci de clarté, de synthèse, de cohérence et d'intelligibilité – Robert Louis Stevenson se délectait du français du Code civil – vu comme relevant de l'intérêt général, cet effort semble loin aujourd'hui. Les hommes de la Révolution voyaient dans l'abondance des lois la marque d'une société corrompue. Nous vivons dans un panjurisme, marqué par une inflation juridique, une démultiplication des normes dont plus personne ne peut appréhender l'ensemble, créant comme un état de réforme juridique permanent³²⁶.

D'un côté, instrument de *social engineering*, le droit est devenu de plus en plus envahissant : pas un drame ne survient qui n'appelle sa loi pour qu'il ne se reproduise plus. La loi régleme ainsi de plus en plus les comportements. Jusqu'aux propos mêmes. Et, dans le même temps, le droit est de plus en plus flou et l'on n'hésite pas à s'arranger des lois, comme aux Etats-Unis dans la procédure dite du « plaider coupable » à travers laquelle un prévenu reconnaît une infraction moindre que celle pour laquelle il est poursuivi - il est donc

³²⁵ Voir M. Bastit *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990.

³²⁶ Voir J. Bichot "France : l'inflation juridique et réglementaire" *Futuribles* mai 2007 n° 330, pp. 5-23

facilement condamné et la procédure en est d'autant plus facilitée et accélérée, tandis que les sanctions sont également moindres. Des procès et des condamnations quasi inévitables, de même, sont évités par de véritables transactions financières et le versement préalable de dédommagements.

Pour éviter un procès, l'entreprise fait alors mener une enquête à ses frais puis se voit imposer la surveillance d'un *monitor*, nommé par le Department of Justice. Les faits reconnus ne correspondent pas forcément à la réalité. Ils justifient surtout les sanctions qui seront prises en cas de rupture du *deal of justice*. L'entreprise doit donc prendre l'engagement de ne pas les contredire publiquement. Elle devra présenter ses excuses si elle s'écarte de la version officiellement retenue et négociée avec le procureur. Pourtant, comme les accusations sont publiées, elles font jurisprudence³²⁸.

Pas de procès et pas de publication de négociations conservées secrètes. Pas de contrôle exercé par un juge. On peut voir dans ces arrangements une sorte de toute-puissance de l'Etat. Mais on n'a pas manqué également de souligner l'aubaine que cette procédure pouvait représenter notamment pour de grandes entreprises (qui l'auraient pratiquement imposée aux Etats-Unis, selon certains commentateurs³²⁹).

On en arrive à un droit de compromis, privilégiant des négociations directes avec l'administration. Ainsi dans le domaine fiscal en France ou avec les procédures de clémence (réduction de peine) pour dénonciation (*whistleblowing*), depuis longtemps pratiqué aux Etats-Unis mais qui y a été systématisé (notamment avec le Dodd-Frank Act), ainsi que dans d'autres pays.

A une justice sans procès correspond un droit laissé aux mains d'une technocratie en rapport direct avec les intérêts privés les plus puissants (et qui peut même déléguer la rédaction des lois à des cabinets privés), plutôt qu'au contrôle d'élus, auxquels des opportunités de clientélisme politique sont néanmoins largement laissées avec le jeu des amendements aux lois sur lequel se concentre désormais le travail parlementaire. A l'extrême, les lois défendant des intérêts particuliers, on assiste à une quasi-privatisation du droit. Plus couramment, on voit les lois devenir des outils de gouvernance et remplir de quasi-fonctions de police, contraignant tout le monde pour prévenir des risques que quelques-uns seulement

³²⁸ Voir particulièrement A. Garapon & P. Servan-Schreiber *Deals de justice*, 2013 (Paris, PUF, 2020).

³²⁹ Voir B. L. Garrett *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2014.

sont susceptibles de faire courir à la société. Ce qui a fait parler de « démocratie totalitaire³³⁰. »

Ainsi, plusieurs décennies d'invocation de l'Etat de droit, n'ont vu dans un pays comme la France ni l'administration renoncer à ses prérogatives traditionnelles (caractère non suspensif des recours contentieux à son encontre, impossibilité pour un juge de prononcer une injonction contre la puissance publique, ...), ni l'accès de tous à la justice être particulièrement facilité.

Ainsi l'intérêt pour les *class actions*, à travers lesquelles des individus ayant subi un même préjudice peuvent se grouper pour aller en justice, en mutualisant les coûts de procédure et en évitant les risques de jugements contradictoires, est vite retombée, personne ne voulant vraiment en entendre parler. Ni les grandes entreprises, susceptibles d'être ainsi accusées par un nombre important de leurs clients. Ni les associations de défense, soucieuses de conserver le monopole des recours collectifs.

Des textes peu clairs, redondants – certains parlent d'un véritable délitement de la culture et de la technique juridiques³³¹ – dont on ne sait trop, finalement et c'est sans doute le plus grave, de la volonté de qui ils émanent. Qu'est-ce qui détermine ainsi l'alignement du droit français sur le droit anglo-saxon depuis des décennies ?

Intégration de la fiducie (pour certains, elle facilite l'évasion fiscale), équivalence des créances civiles et privées (en cas de cession, on se passe désormais pour les créances civiles du consentement du débiteur cédé), notion de « propriété économique » en droit international public (mettant au même niveau l'Etat et les personnes morales de droit privé), ...

En somme, l'invocation constante de l'Etat de droit aura dispensé de se demander si la France mérite toujours d'être nommée un Etat de droit ! Dès lors que le pouvoir législatif n'a plus guère d'initiative et tandis que le pouvoir judiciaire s'autonomise et s'idéologise. Tandis que dans un contexte juridique de plus en plus flou et immaitrisable, rendant fort difficile de prévoir l'issue d'un procès, la confiance populaire en l'appareil judiciaire semble largement perdue. On invoque régulièrement à cet égard un manque de moyens. Cependant si la France compte plus de deux fois moins de magistrats par habitant que l'Allemagne, elle en compte plus de deux fois plus que l'Autriche.

³³⁰ Voir M. Baumier *La démocratie totalitaire*, Paris, Presses de la Renaissance, 2007.

³³¹ Voir C. André *Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2015)*, Paris, Dalloz, 2016.

Mais le plus important est que ce déclin du droit est en fait à peine remarqué. Une autre tendance le recouvre en effet : une demande de justice qui met en cause la légitimité du droit et de la politique sous un angle moral qui, en lui-même, exprime un véritable refus du droit. Le droit est hétéronome en effet. Nul ne peut être juge et partie face au droit, qui est l'expression même du regard des autres et des intérêts divergents de tous. En morale, en revanche, chacun est son seul juge.

Comme le résume très bien Otfried Höffe, alors que depuis Platon la question de la justice portait sur la légitimité du droit, qui était vu comme un instrument de domination – c'est en effet toute la thématique de la *République* de Platon, nous y reviendrons – on ne veut plus de domination. Et l'on a identifié la justice à cette suppression. C'est là le point de fuite vers lequel converge l'évolution de la société (*La justice politique*, 1991, voir particulièrement pp. 150-151³³²).

On veut limiter le droit à garantir l'autonomie individuelle. C'est le sens de l'invocation de l'Etat de droit. Et cela suscite ce que l'on nomme une « quérulence » : la tendance quasi pathologique à se plaindre d'injustices dont on se croit victime. Ainsi que des revendications politiques qui voudraient, comme le note Höffe, le royaume des cieux ici tout de suite. Une coexistence pacifique et harmonieuse, un partage des richesses entre tous les individus d'où qu'ils viennent et quoi qu'ils soient, sans autre droit que celui faisant respecter les intérêts de chacun. Ainsi le droit positif est-il être délégitimé et même rejeté au nom d'une revendication morale. De sorte qu'il nous faut à présent voir comment le moralisme a pris le pas sur le juridique. Jusqu'à nier la réalité des droits.

*

B) Le moralisme et la fin des droits

4. 3. 38.

Rawls. La Théorie de la justice.

Dans sa *Théorie de la justice* (1971³³³), John Rawls imagine une situation originaire dans laquelle des individus s'interrogeraient sur ce qui est juste dans la société au sein de laquelle ils sont amenés à vivre ensemble. Ils ignoreraient alors tout ce qui les différencie les

³³² trad. fr. Paris, PUF, 1991.

³³³ trad. fr. Paris, Seuil, 1987 & 1997.

uns par rapport aux autres en termes de famille, de fortune, de talents, d'aptitudes, etc. Ils seraient placés sous « un voile d'ignorance ». Or, selon Rawls, voulant que leur société soit juste, de tels individus s'accorderaient naturellement sur deux principes :

1/ *un principe de liberté*. Chacun doit pouvoir réaliser ce que bon lui semble pour réaliser les fins qu'il se propose. La liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté, c'est-à-dire dans la mesure où sa limitation permet une plus grande liberté de tous, au lieu que celle d'un seul ou de quelques-uns brime celle des autres.

Toutefois, dans un tel cadre, des inégalités vont se manifester, tenant aux différences de talents, de sort, de force entre les individus. Comme, dans le cadre de la situation originaire et du fait du « voile d'ignorance », personne n'est à même de prévoir si ces inégalités le favoriseront ou s'il en sera victime et, comme personne ne sait qui va gagner, tous ont intérêt à ce que les défavorisés, dont ils pourraient faire partie, soient bien traités³³⁴. Ce n'est pas ici question de mérite mais de dotation. Dans la situation originaire, estime Rawls, il n'y aurait pas de consensus pour dire que la vertu doit être particulièrement récompensée. Ne sachant pas quelle sera sa place dans la société, ni donc exactement son comportement, personne ne voudrait mettre en valeur la vertu ou le mérite, au risque d'être renvoyé à sa propre nullité. Pour qu'une société juste soit vivable, il faut mettre le mérite hors circuit. Et un second principe s'impose ainsi.

2/ *Un principe de différence*. Les inégalités sociales et économiques doivent être : a) aménagées pour le plus grand profit des plus défavorisés & b) liées à des postes accessibles à tous dans des conditions d'égalité équitable des chances ; ceci sans renier les libertés fondamentales, le premier principe primant le second.

Voilà sur quels grands principes reposerait une société juste, estime Rawls, selon l'accord auquel parviendraient des individus libres et rationnels (c'est-à-dire capables d'employer les moyens les plus efficaces pour atteindre des fins données), désireux de favoriser leurs propres intérêts et placés dans une situation préalable d'égalité.

Face à une infraction grave de ces deux principes, un droit de résistance pourrait être exercé par les individus. Mais l'injustice d'une seule loi ne représenterait pas une raison suffisante de ne pas lui obéir si les structures de base de la société étaient suffisamment justes. Néanmoins, chaque citoyen, selon Rawls, est responsable de son interprétation des deux principes de justice et de sa conduite en conséquence.

³³⁴ Cette situation est reprise de John Harsanyi « Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking » *Journal of Political Economy* 1953 vol. 61, no 5, pp. 434-435 & « Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparison of Utilities » *Journal of Political Economy* 1955 vol. 63, no 4, pp. 309-321.

Nous avons donc trois grandes orientations à travers deux principes : chacun est libre de faire ce qu'il veut tant qu'il n'empêche pas les autres d'en faire autant. Personne ne peut devenir riche sans oublier les autres. Les mêmes chances de réussite doivent être offertes à tous de manière équitable. Ces orientations n'ont rien de prescriptions morales et c'est leur aspect le plus intéressant. Elles correspondent à ce que chacun peut vouloir, pour se protéger au cas où il ne serait pas parmi les gagnants, les puissants. De sorte que personne ne peut, de bonne foi, reprocher à quiconque de défendre ces orientations.

Rawls reformule ainsi de manière brillante l'idée d'un contrat social. Mais de manière également toute différente. Car chez lui, les individus ne sont pas dotés de droits originels, qu'ils défendraient et matérialiseraient à travers un contrat. Ce qui inspire les trois orientations sont plutôt la peur et l'envie !

On trouve une classique description de l'envie dans le *Roman de la Rose* de Guillaume de Lorris (vers 1240³³⁵) : rien ne réjouit l'envie sinon quelques grands dommages. Ce qui la blesse le plus est la réussite de quelqu'un grâce à ses mérites. Il n'est pas de proches dont l'envie ne soit l'ennemie. Elle ne voudrait pas qu'un bien échût même à son père. Mais, comme l'avait souligné Ovide, l'envie souffre. Son cœur la déchire. C'est là son supplice (235).

Comme nous l'avons précédemment vu pour les théories du pacte social, il ne servirait à rien d'objecter à Rawls qu'il raisonne dans un cadre fictif et abstrait, très éloigné de la réalité. En se référant à une situation originaire irréaliste, nous cherchons des principes susceptibles d'éclairer la réalité. Rien de plus. Cependant, encore une fois, si Rawls raisonne dans le même cadre que les théoriciens du contrat social, l'élément juridique fondateur d'un *contrat* passé entre les individus n'apparaît pas chez lui (pas plus qu'il n'apparaissait chez Locke). Or il s'agit de bien saisir pourquoi.

Les théoriciens du pacte social essayaient de poser des droits individuels élémentaires. Quelle que soit la situation réelle de chacun, quels intérêts essentiels, définissant autant de droits premiers, est-il légitimement fondé à défendre ? Et sur la base de ces droits, un contrat social peut-il être imaginé que chacun voudra signer parce qu'il représente la meilleure façon de défendre et de faire valoir ses propres droits ? Si oui, alors la société doit être bâtie sur le fondement d'un tel contrat. Un contrat éminemment politique, parce qu'il légitime toute organisation sociale de manière consensuelle, c'est-à-dire – point qui est en général

³³⁵ Paris, Flammarion, 1999.

totale­ment négligé – *dans un rapport de force*. Parce que chacun, en effet, ne contracte et ne consent qu'en fonction de ses intérêts propres, susceptibles de s'opposer à ceux des autres. Pour les théoriciens du contrat social, le fondement de toute justice n'est rien d'autre que cet arrangement que chacun passe avec tous les autres et qui doit assurer que, du point de vue de ses intérêts essentiels, chacun soit gagnant. Une fois ce contrat défini, il suffit de le comparer avec la situation existante, pour en valider la légitimité ou pour appeler à tout refonder de zéro.

Or il n'est rien de tel chez Rawls. Chez lui, la société est donnée. Les individus ne la fondent pas. Ils doivent s'en arranger. Leur premier souhait est d'être libres de faire ce qu'ils veulent et, ne sachant pas ce que peuvent faire les autres, chacun estime qu'il serait injuste que d'autres aient quelque chose tandis que lui-même n'aurait rien ou presque rien – pour un auteur, l'évaluation de l'injustice correspond au logarithme du rapport entre la quantité d'un bien dont on dispose et celle qu'on estimerait juste³³⁶. Cela ne signifie pas grand-chose mais cela sonne bien.

La psychologie sociale montre qu'on estime sa situation injuste surtout par rapport à ses pairs, dont on supporte mal qu'ils aient plus, plutôt que par rapport à de grandes fortunes, bien plus lointaines et qui sont donc mieux acceptées³³⁷. Il s'agit peut-être moins ainsi d'un sentiment d'injustice que d'une récrimination envieuse, inspirée par une situation de frustration³³⁸. Une récrimination dont le pendant est un dénigrement : nous justifions ce que nous possédons, y compris par pure chance, en dénigrant ceux qui n'ont pas l'équivalent. La fortune sourit aux audacieux, dira-t-on ainsi, ce qui signifie que ceux qui n'ont pas de chance sont en fait timorés, tandis que ceux qui en bénéficient le méritent bien – les malchanceux s'approprient d'ailleurs facilement un tel dénigrement contre eux-mêmes, pour moins souffrir de leur situation³³⁹. Et finalement, on décrètera commodément qu'il n'est pas de justice égalitaire mais d'inévitables différences³⁴⁰.

³³⁶ Voir G. Jasso "A new Theory of distributive justice" *American Sociological Review* vol. 45 n°1, 1993, pp. 3-32.

³³⁷ Voir G. Homans *Social behavior: its elementary forms*, New York, Harcourt, 1974, chap. 1 *Distributive justice*. J-S. Adams *Inequity in social exchange* in L. Berkovitz (ed) *Advances in experimental psychology 1*, New York, Academic Press, 1965. En français, voir J. Kellerhals, M. Modak & D. Perrenoud *Le sentiment de justice dans les relations sociales*, Paris QSJ PUF, 1997.

³³⁸ Voir M-J. Lerner "The justice motive: some hypothesis as to its origins and forms" *Journal of personality* vol. 45 n°1, 1977, pp. 1-52.

³³⁹ Voir E. Walster, G. W. Walster & E. Borscheid *Equity*, Boston, Bacon, 1978.

³⁴⁰ Voir T. Sommers *Relative justice. Cultural diversity, free will & moral responsibility*, Princeton University Press, 2012.

La justice, chez Rawls, se fonde sur cette récrimination immédiate. Et cela, Rawls le justifie de manière assez sommaire. En tant que membres d'une communauté politique et sociale, écrit-il, nous possédons tous un sens de la justice, ou plutôt de ce qui immédiatement nous paraît juste ou non. Cette appréciation varie selon les sociétés mais elle nous permet d'évaluer d'une manière que nous pensons objective des décisions, des jugements, des lois, des institutions et des régimes politiques. Et seul ce système d'appréciation personnel et immédiat, estime-t-il, est à même de fournir des principes qui soient autre chose que des généralités creuses et contradictoires entre elles, ou de simples justifications de nos intérêts. Pourquoi donc ? Il semble difficile de ne pas répondre : parce que Rawls réduit la justice à une simple émotion, une récrimination individuelle. Laquelle peut également être nommée « envie ».

Rawls s'en rend compte et il est obligé d'avoir recours à une pirouette pour postuler que l'envie n'entre pas dans les choix des individus placés dans la situation originaria qu'il imagine car ces individus sont rationnels. Or, par hypothèse, écrit-il, un être rationnel ne souffre pas d'envie. Il ne considère pas qu'une perte n'est acceptable pour lui-même qu'à la condition que les autres perdent aussi. Il n'est pas découragé à l'idée que les autres bénéficient d'un plus large indice de biens sociaux premiers (I, 3, p. 175). Toutefois, un tel commode tour de passe-passe suffit-il à fonder les conclusions que Rawls prête à ces individus ?

On ne peut se contenter de dire que nos jugements sont affaire de préférences subjectives, il s'agit d'en sonder la validité et l'objectivité, écrit Rawls, qui définit la justice comme équité (*fairness*) : la société est juste parce qu'elle assure à tous le même accès de droit aux différents postes et fonctions et parce qu'elle permet que les désavantages que certains peuvent subir du fait que d'autres réussissent mieux qu'eux soient compensés. A contrario, la justice sociale ne se définit donc pas par l'égalité (les inégalités sont admises), ni par l'utilité commune, laquelle ne se formaliserait pas des profits de quelques-uns s'ils contribuent à l'enrichissement général. L'équité et donc la justice, pour Rawls, consistent à rendre les inégalités acceptables.

L'équité désigne traditionnellement le fait qu'entre la dureté de la loi et les exigences morales, le juge puisse adapter la norme au cas et à la personne jugée afin que sa sentence soit humainement et socialement acceptable. Au Moyen-Age, l'équité, qui est ainsi une sorte d'intuition concrète du juste, passait souvent pour être la vraie justice.

Finalement, comme fondement essentiel d'une société juste, *Rawls retient, bien plus que la liberté, la crainte d'être dépassé par d'autres que chacun est à même de ressentir*. En quoi il aboutit à un jugement très banal et commun : les riches peuvent bien s'enrichir, à conditions que les autres ne s'appauvrissent pas. C'est finalement la justification de nos sociétés à la fois inégalitaires – et de plus en plus fortement inégalitaires – mais redistributives. Cela explique l'impact considérable qu'aura eu la *Théorie de la justice*. Car c'est là en effet aujourd'hui le dernier mot de nos démocraties sociales. Ce qui est problématique car le schéma rawlsien ne peut plus être véritablement démocratique – les droits individuels ne peuvent que tendre à y être effacés, nous y reviendrons.

Rawls légitime en fait une organisation sociale oligarchique, ploutocratique, fondée sur le fait que la plupart des gens sont à même d'accepter de fortes inégalités – ils ne seraient pas du tout contre en profiter pour leur propre compte – à condition que les riches leur doivent le minimum pour vivre et un peu plus. Rome ne fonctionnait pas autrement !³⁴¹

Et Rawls y parvient parce qu'il raisonne d'un point de vue qui est celui de la société dans son ensemble, d'un point de vue utilitariste.

En ceci, Rawls s'inscrit dans une tradition d'analyse anglo-saxonne, représentée notamment par Henry Sidgwick (*The method of Ethics*, 1874³⁴² ; *Practical Ethics*, 1898³⁴³).

L'utilitarisme et la justice.

De Bentham à John Stuart Mill.

D'un point de vue utilitariste, la justice doit contribuer à maximiser le bien-être collectif lequel – c'est le point décisif – n'abolit pas du tout la liberté individuelle au contraire mais prime sur elle au sens où il est susceptible d'en limiter l'exercice. Est juste ce qui est utile au plus grand nombre et est utile ce qui augmente le bien-être individuel d'un maximum de membres d'une société. Le bien-être correspond à ce qui est à même de préserver de quelque mal ou de procurer quelque bien. Le mal correspond à la douleur et le bien au plaisir.

A partir de principes aussi simples, morale et justice deviennent de simples affaires d'arithmétique. Tout se ramène à un calcul d'intérêts, estime ainsi Jeremy Bentham (*Déontologie ou science de la morale*, posthume 1834³⁴⁴). D'un point de vue utilitariste, le propre de la vertu est de rendre heureux, puisque tel est le but ultime de toutes les actions humaines. Aucun devoir ne nous impose de sacrifier nos intérêts. Cela ne contribuerait en rien au bonheur du plus grand

³⁴¹ Voir particulièrement P. Veyne *Le pain et le cirque*, Paris, Seuil, 1976.

³⁴² Cambridge, Hackett cop., 1981.

³⁴³ New York, Oxford University Press, 1998.

³⁴⁴ trad. fr. en 2 volumes, Paris, Charpentier, 1834.

nombre. Tout acte immoral tient à un faux calcul quant à nos intérêts réels ; il revient à se tromper quant à la poursuite du bonheur – Bentham en tirera toute une théorie pénale (voir 4. 3. 20.).

Bien entendu, chacun est à même de se faire sa propre idée du bonheur mais cela n'est pas une objection pour l'utilitarisme ; lequel admet parfaitement le caractère totalement subjectif de la recherche du bonheur, au point d'étendre ses principes aux animaux (voir 3. 2. 25.). L'utilitarisme l'admet mais ne peut rien en faire car il ne peut se satisfaire d'une société où chacun pourrait optimiser la réalisation de son propre bonheur, quelle que soit la manière dont il le conçoit. C'est que tous les bonheurs, alors, ne pourraient s'additionner. Ou bien, s'il ne fallait ne pas permettre qu'une satisfaction puisse être obtenue à travers l'acquisition d'une chose ou l'obtention d'une situation retirées aux autres, une telle société serait extrêmement liberticide. L'utilitarisme doit donc en arriver à définir le bonheur, auquel tous veulent aboutir, d'une manière bien spéciale, en le distinguant notamment de la simple satisfaction. Ainsi, quant au plus grand bonheur possible de tous, John Stuart Mill le distingue de la satisfaction, tout comme il distingue l'utile de l'expédient (*L'utilitarisme*, 1861³⁴⁵). Le bonheur devient alors un idéal. La socialisation, le développement de la culture sont des éléments essentiels à sa poursuite. Et sous ce jour, l'utilitarisme pourra aller jusqu'à prendre une dimension religieuse : Dieu veut le bonheur de toutes ses créatures et la vraie vertu consiste donc à travailler au bien de l'humanité.

Pour l'utilitarisme, le point de vue du tout est premier et c'est à travers lui que les comportements individuels doivent être considérés, non en eux-mêmes mais quant à leurs impacts sur l'ensemble. A cet égard, très loin de se limiter à un courant philosophique particulier, l'utilitarisme est devenu un cadre de jugement largement partagé. Dans la section précédente, nous avons vu combien la prise en compte de l'intérêt de la société dans son ensemble a été déterminante dans la manière de rendre la justice. Jusqu'à en nier le principe même à l'échelle individuelle. Car, aussi commun soit-il et aussi évident puisse-t-il paraître, le point de vue utilitariste repose sur une insurmontable contradiction.

*

Contradictions de l'utilitarisme.

Pour John Stuart Mill, il ne s'agit pas d'avoir son propre bonheur égoïste comme fin mais de se proposer un but plus élevé³⁴⁷. On a vu là une influence du romantisme mais c'est une conclusion logique de tout utilitarisme puisque le point de vue du tout prime. Ce qui revient à dire que c'est l'intérêt de la société dans son ensemble qui doit en dernier ressort déterminer les conduites individuelles. Cela signifie que la plus grande somme de bonheur pour tous qui doit être recherchée ne consiste pas en la simple addition des intérêts égoïstes mais à leur harmonisation. Ce qui signifie encore que nous devons tendre à produire un bonheur commun qui pourra ne pas être le nôtre, au sens où il exigera un sacrifice de nos intérêts personnels. Mais alors la recherche du

³⁴⁵ trad. fr. Paris, GF Flammarion, 1968.

³⁴⁷ Voir H. Höffding *Histoire de la philosophie moderne II*, trad. fr. Paris, Alcan, 1906.

bonheur peut avoir lieu malgré nous et même contre nous, contre nos propres intérêts et tout le schéma utilitariste s'effondre, puisqu'il repose, nous venons de le voir, sur la conviction qu'il n'y a pas d'ordre moral indépendant des sujets, de leurs intérêts ! Sur la conviction que les concepts moraux, comme celui de justice, sont dérivés d'autres, non moraux et se rapportant à nos intérêts immédiats.

Alors l'utilitarisme apparaît comme une vision holistique qui est la matrice de tous les totalitarismes : rendre les hommes heureux, malgré eux s'il le faut ! Les hommes et non pas tel homme, lequel pourra être contraint, sacrifié ou liquidé au besoin, au nom de l'harmonie globale. Au nom d'une Justice à laquelle les droits individuels ne sont pas opposables. Bien entendu, parler de totalitarisme à propos de l'utilitarisme paraît outrancier. Ayant eu des promoteurs essentiellement anglo-saxons, l'utilitarisme est par là-même rangé traditionnellement du côté du libéralisme. Mais ce n'est là qu'une illusion.

*

Soit on affirme que la justice consiste à rendre possible le bonheur personnel du plus grand nombre d'individus, c'est-à-dire la satisfaction de leurs intérêts personnels et nous ne sommes guère avancés ! Comment organiser socialement cette coexistence d'intérêts ? Comment cette organisation serait-elle possible sans de forts renoncements à nos intérêts les plus immédiats ? Il faudrait que ces intérêts ne puissent s'opposer les uns aux autres. John Stuart Mill le reconnaît dans *De la liberté* : le principe de concurrence rend possible de tirer profit de l'échec des autres. Ne faut-il pas l'interdire si le plus grand bonheur est recherché ? Comme le note Rawls, l'utilitarisme n'est ainsi nullement synonyme de libéralisme et de tolérance (*Théorie de la justice*, p. 490). Si une majorité rejette certaines pratiques sexuelles ou religieuses, qui suscitent chez elle colère et haine, mieux vaudra les interdire pour le plus grand bonheur de tous. Mais alors la thèse posée s'annule d'elle-même : la justice ne peut consister à rendre possible le bonheur *individuel*.

Soit, seconde possibilité, le bonheur que la justice consiste à assurer au plus grand nombre est une sorte d'idéal, au-delà des intérêts individuels, c'est-à-dire finalement indépendants d'eux ou de certains d'entre eux. Mais alors le bonheur peut absurdement s'imposer à nous sans nous concerner ! Et l'on devrait trouver juste une tyrannie qui l'assurerait ou nous le découvrirait plutôt. Le bonheur consistant alors à se plier à l'ordre qu'elle impose.

L'utilitarisme est une philosophie qui veut partir du bon sens – elle est sans doute spontanément la philosophie morale et politique de beaucoup de gens – et qui aboutit à des difficultés assez grossières. C'est une philosophie qui ne peut finalement aller que dans le sens du plus grand conformisme social ; totalement à rebours des intentions d'un John Stuart Mill cependant !

Comme le notaient Arnauld et Nicole, il y a une certaine excellence dans le bonheur et comme on l'attribue à ceux qui ont des biens, on méprise les pauvres qui sont malheureux. Ce fantôme composé de tous les admirateurs des riches et des grands fait l'idole des ambitieux (*La logique ou*

l'art de penser, 1680, chap. X³⁴⁸). C'est pourquoi l'utilitarisme est aussi l'idéologie spontanée des régimes non-démocratiques. Non seulement parce qu'il permet de justifier facilement n'importe quelle situation de fait – extrêmement vague, l'idée que le plus grand nombre est heureux ou satisfait souffre toutes les approximations – mais surtout parce qu'il définit la meilleure stratégie pour que les plus riches conservent leurs richesses et les puissants leur pouvoir, en en redistribuant un peu (l'histoire montrant d'ailleurs, dans le cas des riches, qu'ils s'arrangent le plus souvent pour que la charge de cette redistribution, l'impôt, soit surtout supportée par ceux qui ont moins qu'eux !).

Pourtant, l'utilitarisme marque à sa façon un moment essentiel dans l'histoire des idées politiques : reconnaissant que l'organisation politique ne peut avoir d'autre fondement que l'intérêt personnel et que ce qui qualifie chacun à y prendre part n'est pas le montant de sa fortune ou la qualité de son jugement mais la simple poursuite de ce qui lui paraît être son bonheur. Mais l'utilitarisme entend aller plus loin : par bon sens, il pose que le but de toute organisation politique est d'assurer le plus grand bonheur possible au plus grand nombre. Et c'est là où il s'égare. En s'inspirant de Rousseau, Kant l'exprimera avant même que l'utilitarisme ne se dégage clairement comme doctrine.

*

Kant. La politique ne peut avoir le bonheur pour fin.

L'organisation politique, les lois, souligne Kant, n'ont pas pour fin le bonheur mais la liberté. Et Kant d'ajouter, après Rousseau, qu'une loi publique qui détermine pour tous ce qui doit leur être juridiquement permis ou défendu est l'acte d'une volonté publique qui ne peut commettre d'injustice puisqu'il n'y a qu'envers soi-même que personne ne peut commettre d'injustice (*Sur le lieu commun : il se peut que cela soit juste en théorie mais, en pratique, cela ne vaut point*, 1793³⁴⁹).

En somme, on pourrait dire que l'intérêt individuel doit être premier comme volonté et non comme réussite. L'ordre politique peut se fonder sur des revendications individuelles et libres au bonheur mais non sur la réalisation effective de ce dernier, qui le dépasse et est à même de gauchir son principe. Cela signifie qu'il n'est d'autre volonté publique possible que celle du peuple, souligne Kant ; qui refuse cependant de l'admettre ! Ne doivent pouvoir voter selon lui que ceux qui sont leur propre maître, qui peuvent vivre par leurs propres moyens. Employés, domestiques, journaliers ne peuvent donc être citoyens, estime Kant. Enfin, reconnaît-il, la condition de citoyen est un peu difficile à déterminer précisément.

En tous cas, selon Kant, le malheur du peuple n'est pas un motif légitime de rébellion. Les lois, en effet, n'ont pas le bonheur pour but mais de garantir l'existence d'un état juridique contre les ennemis extérieurs du peuple. Le peuple n'est cependant pas en droit de conserver le jugement de

³⁴⁸ Paris, Champs Flammarion, 1970.

³⁴⁹ *Œuvres philosophiques III*, trad. fr. Paris, Pléiade Gallimard, 1986.

déterminer comment la constitution civile doit être administrée, sinon qui tranchera entre le peuple et l'Etat ? Croire comme Rousseau que le peuple peut être souverain, estime Kant, repose sur l'illusion courante qui consiste à faire entrer dans les principes du droit celui du bonheur et croire que le contrat social peut être quelque chose de réel – en quoi Kant s'inspire autant de Rousseau qu'il le critique. Mais, parce qu'il ne fait aucunement entrer le principe du bonheur dans le droit public, Kant aboutit lui-aussi à une absurdité : si l'Etat l'opprime, nie ses droits et le plonge dans le malheur, le peuple ne peut que gémir au nom du droit qui le protège ! Seule la liberté d'écrire est à sa disposition pour toucher le souverain, estime Kant.

En quoi dans les deux cas des utilitaristes et de Kant, le point difficile est de considérer la société comme un tout se suffisant à lui-même. Il y a une semblable difficulté à reconnaître que la société est avant tout un rapport de forces. Un rapport de droits. Sans doute parce qu'on imagine alors qu'un tel rapport produirait la guerre de tous contre tous. Alors que s'il peut effectivement générer de la violence, il produit aussi bien et plus fréquemment des échanges, des collaborations et de la cohésion.

L'inertie du corps politique, tenant à ce que beaucoup de citoyens se contentent de faibles ambitions, n'hésitant pas à défendre, y compris avec orgueil, les intérêts d'autres qui les écrasent, cette inertie représentait pour Rousseau l'un des dangers permanents de détournement de la volonté générale mais ce phénomène a pourtant rarement été reconnu pour tel à l'époque moderne. La vision hobbesienne d'une contagion mimétique exacerbée et potentiellement mortifère du désir et de l'envie – qui trouve de nos jours son pendant dans les théories d'un René Girard (voir Index) – est demeurée assez générale (et peut bien entendu compter sur les pouvoirs en place dont c'est une vieille et inusable ficelle que d'agiter le spectre du chaos pour justifier leur action).

Henry de Montherlant s'étonnait de la patience des « inférieurs ». Comment se fait-il qu'ils n'haïssent pas davantage ? La paix sociale n'a pourtant rien de naturel, estimait-il. C'est le jour des révoltes que la vie rentre dans l'ordre. On sort enfin du miracle (*Les jeunes filles*, 1930, pp. 269-270³⁵⁰). En regard, l'une des originalités de Rawls tient au fait que, dans son système, les individus acceptent les inégalités. A suivre Rawls, une société inégalitaire peut être paisible et peut même être trouvée juste par ses membres quelle que soit leur situation. Il n'est plus nécessaire qu'un pouvoir arrête la lutte de tous contre tous, comme pour Hobbes. Il n'est pas nécessaire « d'obliger à être libres » ceux qui manqueraient à défendre leurs propres intérêts, comme chez Rousseau. Mais il faut des institutions capables d'aménager une redistribution sociale, ce que n'avait pas vu Locke, par exemple. En quoi l'idéal n'en reste pas moins celui d'une servitude volontaire et heureuse dont la redistribution des richesses fixe le prix.

*

³⁵⁰ Paris, Grasset, 1926.

Justice et redistribution.

Avec Rawls, l'organisation politique paraît un art de la coexistence entre individus à travers des consensus par regroupement (*overlapping consensus*), comme il l'estime dans des textes ultérieurs à sa *Théorie (La priorité du juste et les conceptions du bien, 1987³⁵¹)*. Rawls défend un modèle de société individualiste qu'il rattache et que l'on rattache volontiers au libéralisme³⁵². Toutefois, loin de poursuivre leurs intérêts malgré tous et malgré tout, les individus, chez Rawls, comptent plutôt sur une redistribution générale qui leur assure de ne pas être totalement déclassés par rapport à d'autres. Nous sommes bien plus proches de la social-démocratie que du libéralisme classique.

La justice, selon Rawls, réclame que les institutions sociales assurent un rôle de garantie des droits et de redistribution des avantages, pour réaliser un équilibre adéquat entre des revendications concurrentes. La situation d'une « inégalité au plus grand profit de tous » ne semble en effet pouvoir être atteinte qu'à travers une redistribution sociale. L'inégalité ouvre comme un droit à compensation. Elle n'est justifiable que si elle permet également l'amélioration du sort des plus défavorisés. Dès lors, le succès que rencontra Rawls, particulièrement en Europe, tint à ce que sa théorie justifie la social-démocratie. Des partis de gauche ayant perdu toute ambition de refonder radicalement l'ordre social – surtout par la violence, la révolution – ont pu trouver avec Rawls une théorie qui semblait démontrer la nécessité d'une redistribution – dont Rawls précise pourtant très peu la forme – et d'un interventionnisme social accru.

En France, Rawls a d'abord été revendiqué par des courants politiques (il fut d'abord considéré comme un libertarien, ce qui représente une incompréhension totale, puis fut favorablement reçu à gauche³⁵³) avant de faire son entrée dans le champ académique, avec des ouvrages comme celui de Bertrand Guillaume (*Rawls et l'égalité démocratique, 1999³⁵⁴*).

Rawls a ainsi servi de caution à une vision très générale qui veut concilier efficacité économique et justice sociale. Qui accepte donc les inégalités si elles récompensent l'effort et l'innovation mais qui entend les encadrer tout en assurant à tous l'égalité des chances. A moins qu'il ne s'agisse de cautionner le développement d'inégalités de plus en plus fortes, en

³⁵¹ in *Justice et démocratie*, 1993, trad. fr. Paris, Seuil, 1993.

³⁵² Voir M. Sandel *Le libéralisme et les limites de la justice*, 1982, trad. fr. Paris, Seuil, 1999.

³⁵³ Voir M. Hauchecorne *La gauche américaine en France. La réception de John Rawls et des théories de la justice*, Paris, CNRS Ed, 2019.

³⁵⁴ Paris, PUF, 1999.

mobilisant l'idée d'une égalité des chances qui, bien qu'elle ne fasse guère débat, est tout à fait problématique. En fait, l'idée est largement contradictoire et l'expression même « d'égalité des chances » n'est pas loin d'être un oxymore. Car entre l'égalité et les chances, il faut choisir !

*

4. 3. 39.

L'égalité des chances.

Dans une curieuse lettre, Rousseau recommande de tirer la danse de sa froide uniformité. Il suggère de réformer les bals pour que toutes les jeunes filles, même les laides, puissent y briller. La variété, écrit-il, permettrait de contenter tout le monde et de prévenir la jalousie en augmentant l'émulation ; « toutes nos écolières pourront briller sans se nuire et chacune se consolera d'en voir d'autres exceller dans leur genre en se disant j'excelle aussi dans le mien » (*A. M. Mereau, sous-directeur des plaisirs et maître de danse de SAS M. le duc de Saxe Gotha, le 1^{er} mars 1763*³⁵⁵).

La beauté physique est socialement avantageuse. Dès lors, on peut estimer injuste de ne pas être beau ou plutôt de ne pas bénéficier des avantages sociaux et individuels qu'offre la beauté³⁵⁶. On dit en ce sens que, parvenus au pouvoir en URSS, les bolcheviques voulurent que les jeunes femmes soient punies de se refuser aux prolétaires sincères qui leur feraient la cour. Nous ne savons pas si cela a la moindre véracité mais l'idée est en elle-même très significative. Elle répond à un sentiment d'injustice vécue et d'envie et elle illustre très bien les contradictions de l'idée d'égalité des chances.

Si l'on veut l'égalité de situation entre tous les individus, il faut annuler ou interdire tout critère différenciant entre les individus, afin que la chance, justement, ne favorise pas les uns au détriment des autres. L'égalité ne peut être alors atteinte que par le nivellement (empêcher que certains paraissent plus beaux que d'autres) ou par la négation (le laid vaut le beau). La chance ne joue plus dès lors et pas davantage l'égalité puisque le critère lui-même disparaît et ne peut plus être partagé. C'est là l'expression la plus radicale du ressentiment et

³⁵⁵ *Correspondance générale*, 20 volumes, Paris, Dufour-Plan, 1924-1936.

³⁵⁶ Voir D. S. Hamermesh *Beauty pays. Why attractive people are more successful*, Princeton University Press, 2011. Bon marketeur, l'auteur ne manque pas d'avancer des chiffres frappants, susceptibles d'être reproduits par la presse ; de ces chiffres qu'on trouve partout désormais, aussi impressionnants qu'invérifiables et assez absurdes : selon l'ouvrage, les Américains les plus beaux (?) gagnent 17% de plus que les moins beaux (!), qui sur l'ensemble de leur carrière gagnent 140 000 \$ de moins que ceux situés esthétiquement dans la moyenne...

de l'envie et ce que Marx lui-même dénonçait comme un communisme grossier (*Manuscrit de 1844*, p. 56³⁵⁷).

On peut au contraire accepter la chance que certains individus ont d'être beaux. Mais comment parler alors d'égalité, c'est-à-dire de partage commun, d'un discriminant qui n'a de sens qu'à distinguer certains individus d'autres ?

En somme, *si par « égalité des chances » on entend signifier que seuls les mérites ou les efforts doivent justifier les différences de situation entre les individus, on dit n'importe quoi !* Puisque par « chances » on désigne des différences de situation et de parcours qui ne semblent justement pas reposer sur un mérite ou un effort seulement mais qui semblent au moins en partie reçues. En soulignant que le plus injuste, dans les inégalités, est qu'elles forment un système cumulatif de privilèges comme de handicaps³⁵⁸.

Amartya Sen et les capacités.

Et puis, comment mesurer exactement les « mérites » ? Ceux-ci ne sont-ils pas non plus au moins en partie reçus ou favorisés par toutes sortes de chances ? Ne compter que les mérites ne revient-il pas alors à exiger beaucoup plus, de manière inégalitaire, de ceux que la chance ne favorise pas ?³⁵⁹

Les principes de Rawls ne sont pas du tout méritocratiques – Michael Sandel en tire même que la méritocratie est anti-démocratique (*La tyrannie du mérite*, 2020³⁶⁰) - et plaident moins pour une égalité que pour une *compensation* des chances.

Comment organiser cette dernière ? Cela conduit à ne pas considérer les mérites mais la « capacité » dont disposent les individus à réaliser les « fonctionnements » (*functionings*) qu'ils ont raison de valoriser. Jouir d'une bonne santé est un « fonctionnement », soit un état ou une action correspondant à la réalisation d'une ou de plusieurs capacités, c'est-à-dire des libertés substantielles créées par la combinaison de capacités propres et d'un environnement politique, économique et social qui permet de les mobiliser. Les capacités sont les possibilités de choisir et d'agir dont nous disposons dans un environnement donné.

Quant à la justice sociale, il faut ainsi viser l'égalité non pas des chances mais des capacités, pour Amartya Sen (*Repenser l'inégalité*, 1992³⁶¹). Ce sont les opportunités de

³⁵⁷ trad. fr. Paris, Ed. sociales, 1972.

³⁵⁸ Voir A. Bihl & R. Pfefferkorn *Le système des inégalités*, Paris, La Découverte, 2008.

³⁵⁹ Voir A. Atkinson *Inégalités*, 2015, trad. fr. Paris, Seuil, 2016.

³⁶⁰ trad. fr. Paris, A. Michel, 2021.

réalisation, dont chacun est à même de bénéficier, qui comptent. Sen a pu également parler « d'agentivité » (*agency freedom*), désignant le pouvoir de choisir, pour l'opposer à la liberté du simple bien-être (*well-being freedom*).

Comme Kant, nous l'avons vu, Sen considère que la question des inégalités ne doit pas être politiquement envisagée en termes de bonheur ou de satisfaction individuelle car l'on manquerait alors de tout critère objectif. Le politique ne doit pas viser à combler les citoyens, à leur donner une vie saine mais plutôt à leur fournir des possibilités de choix pour construire leur vie selon les valeurs qu'ils retiennent (*Well-being, Agency and Freedom*, 1985³⁶²). Et Sen de rattacher sa démarche à la réflexion morale kantienne : le concept de capabilité invite à considérer chaque personne comme une fin. Pour Martha Nussbaum, le concept est ainsi inséparable de celui de dignité humaine (*Capabilités*, 2011³⁶³).

Le concept de capabilité a été assez largement repris par les institutions et organisations internationales et inclus dans celui de « développement humain », pour tenter de cerner ce que les individus peuvent effectivement faire et être plutôt que de juger du développement sur des indicateurs économiques trop vagues comme le PIB³⁶⁴. L'économiste James Heckman a par ailleurs rapproché le concept de capabilité de celui de capital humain, étudiant ce dernier notamment aux stades de l'enfance (*Skill formation and the economics of investing in disadvantaged children*, 2006³⁶⁵).

Cependant, le concept de capabilité nous installe dans une assez grande passivité. En quoi, il est pratiquement opposé au mérite. Si mon environnement est favorable, mes choix de vie, mes opportunités de réalisation – mes capabilités - vont être multipliés. Tandis qu'il y a du mérite à surmonter un environnement indifférent ou défavorable. Compte tenu de mes capabilités, on me doit une certaine réussite et si je ne réussis pas à faire ce que je voudrais, ce sera la faute de la société et bientôt de certains en son sein. On retrouve la même idée de justice comme récrimination que chez Rawls : ceux qui réussissent mieux que moi me doivent compensation !

Tout cela revient à dire qu'il faut créer un environnement qui donne sa chance à tout le monde selon ses capacités. Il faut multiplier les chances. Comme Rousseau voulait multiplier

³⁶¹ trad. fr. Paris, Seuil, 2000.

³⁶² *Journal of Philosophy*, 1985, vol. 82, pp. 169-221.

³⁶³ trad. fr. Paris, Flammarion, 2012.

³⁶⁴ Voir J. Wolff & A. De-Shalit *Disadvantage*, New York, Oxford University Press, 2007 ; avec une liste de 10 capabilités centrales.

³⁶⁵ *Science* 30 juin 2006, vol. 312, pp. 1900-1902.

les façons de danser pour que chacun ait une chance d'y briller. Un magnifique programme qui, encore une fois, malheureusement, ne veut à peu près rien dire !

Un programme qui nous renvoie à une utopique ingénierie sociale qui saurait rendre communs des traits discriminants ou qui saurait rendre accessible à tous une réussite qui par définition distingue seulement certains par rapport aux autres ! Encore une fois, l'issue d'une telle justice est inévitablement soit d'abolir toutes les situations différenciantes soit de les répartir de manière autoritaire.

Soit l'on privilégie l'égalité et il faut faire en sorte que les chances ne jouent plus. Soit on essaye de mieux répartir les chances et alors on est obligé de le faire sans considération des mérites, qui participent trop des chances que reçoivent certains par rapport à d'autres. C'est l'inévitable issue d'une justice se voulant distributive, voulant récompenser les mérites ou compenser les défaveurs, que de se rabattre sur une justice simplement correctrice, sur une arithmétique qui va s'efforcer de mieux répartir *quantitativement* les valeurs au sein d'un groupe.

Pour cela, différentes solutions sont possibles, la plus courante étant d'utiliser la redistribution sociale (aides directes, subventions, équipements) ou salariales. La discrimination positive peut également être utilisée.

Sachant qu'Aristote définit la justice comme l'égal dans les actions qui acceptent le plus et le moins (c'est pourquoi on peut parler d'un « juste » milieu), la justice peut, face à une inégalité, être commutative ou correctrice : elle donne à chacun la même part (selon des proportions arithmétiques). Elle peut également être distributive, c'est-à-dire être proportionnée selon différents critères, comme l'inégalité de moyens. On donnera plus ainsi à ceux qui ont moins, selon une proportion géométrique (*Ethique à Nicomaque*, V, 7³⁷³). Dans ce second cas de figure, qui est plutôt celui de nos sociétés, la redistribution tend, selon une inspiration souvent caractérisée comme chrétienne (voir notamment *Luc* 10 29-37), à être proportionnée aux besoins, particulièrement pour ceux qui ne peuvent se secourir eux-mêmes. On tente alors d'égaliser non pas les chances mais les places et les avantages. C'est finalement l'issue la plus logique et la plus courte – non plus l'égalité des chances mais des résultats - d'une justice redistributive³⁷⁴.

Lancée dans les années 60 aux Etats-Unis, la politique d'*Affirmative Action* visait à affirmer l'égalité des mêmes droits pour tous au-delà des appartenances raciales. Mais cette politique en vint rapidement à une

³⁷³ trad. fr. Paris, Vrin, 1983.

³⁷⁴ Voir D. Dworking *Une question de principe*, 1985, trad. fr. Paris, PUF, 1996, V° Partie.

discrimination positive non plus des droits mais des résultats en favorisant l'accès à des fonctions ou à des diplômes privilégiant l'appartenance à des communautés avant la compétence individuelle – ce qui fut rapidement dénoncé par des intellectuels issus de ces communautés comme Walter Williams ou Dinesh D'Souza. A partir de 2003, la Cour suprême a cessé de cautionner ces dispositions, notamment pour l'entrée dans les universités. Mais de nouvelles mesures de discrimination positive y ont été à nouveau appliquées par la suite.

Sen recommande de ne pas penser en termes de réussite, d'avantages ou de chances, ce qui importe n'étant pas la possession de ce que Rawls nomme des « biens sociaux premiers » (fortune, revenu, ...) mais la possibilité de réaliser ses capacités. Une remarque indispensable pour plaire aux visées consensuelles des Organisations internationales mais une demande étrangement naïve qui voudrait que les individus ne comparent pas entre eux ce qu'ils parviennent à réaliser – en quoi l'on retrouve toujours la même incapacité à penser la société comme un rapport *général* de forces et d'intérêts. Et, bien entendu, si les réalisations des uns et des autres se jugent en termes de réussites, d'avantages ou de chances, la justice récriminative, telle que défendue par Rawls ou Sen, réclamera des mesures de redistribution qui fassent fi des mérites et efforts personnels réels pour correspondre à une égalité arithmétique. Et finalement, conformément au point de vue utilitariste, ce n'est pas au nom de l'égalité individuelle que l'on aidera les personnes défavorisées mais au nom d'une priorité sociale, d'une justice qui ne vaut que pour la société dans son ensemble, donc pour le bien commun³⁷⁵.

Pourtant, on n'aura fait que reconduire, ce faisant, la même organisation sociale qui produit des inégalités individuelles de situation. C'est pourquoi l'égalité des chances peut être ardemment défendue au sein de sociétés largement inégalitaires, confisquant au profit de quelques-uns les richesses et les places. La redistribution (et particulièrement la discrimination positive) devient alors un instrument de pouvoir, de clientélisme³⁷⁶. Tandis que les privilégiés voient leur situation justifiée par leurs mérites. En quoi le tour de magie repose sur le fait qu'on ignore que les mérites – comme les capacités de Sen – n'existent que vis-à-vis d'un système qui en fait autant de chances.

On retrouve bien ici la difficulté à envisager la société comme un rapport de forces, où chacun cherche à profiter de ses propres avantages, tout en craignant les autres, de sorte que

³⁷⁵ Voir D. Parfit « Egalité ou priorité ? » *Revue française de science politique*, n° 2 1996, pp. 280-320.

³⁷⁶ Voir F. Dubet *Les places et les chances*, Paris, Seuil, 2010.

cette situation, loin de se traduire par une compétition ou un affrontement généralisés, suscite des concessions et notamment l'entente autour de valeurs départageant les destins – dont les « mérites », qu'on voudrait opposer aux « chances », alors qu'ils n'en sont qu'une expression.

Si l'on veut discuter de la répartition inégale des places et des avantages, il faut justement discuter les mérites qui les justifient. Mais l'on fait tout le contraire et l'on reconduit les inégalités en imaginant qu'elles se fondent sur des valeurs en soi ou bien on nie ces valeurs et l'on égalise les destins dans le vague tout en consacrant les « réussites ». La gestion des diplômes dans nos sociétés est assez représentative de cette manière de voir. Tandis que l'on accepte de moins en moins de juger de la qualité de quelqu'un à occuper tel ou tel poste ou à réaliser telle ou telle chose en dehors des diplômes qu'il possède, en effet, on ne s'attache jamais à vérifier, ni que l'attribution de diplôme valide réellement, exactement les qualités personnelles qu'il est censé attester, ni en quoi le diplôme en lui-même est effectivement nécessaire et suffisant pour exercer telle ou telle fonction.

Dans sa dernière nouvelle, Kafka a exploré cette problématique. Joséphine est une cantatrice adulée. Pourtant, la plupart de ceux qui l'adulent seraient incapables de reconnaître sa voix parmi d'autres. Comme tous les artistes, Joséphine pense qu'elle subjugué son public alors que c'est plutôt ce dernier qui lui permet d'exister comme artiste. Le peuple se soucie de Joséphine, écrit Kafka, comme un père se charge d'un enfant tendant vers lui sa petite main, sans savoir si c'est pour quémander ou exiger. Le peuple ne se réunit pas pour décider d'aduler Joséphine. Et le peuple n'est pas manipulé. Le peuple existe justement dans l'adulation de Joséphine, de sorte qu'il n'a pas conscience que c'est lui-même qui la produit et Joséphine peut bien croire à ses propres mérites d'artiste et le peuple les lui confirmer (*Joséphine la cantatrice*, 1924³⁷⁷). Le propre d'une société est de faire reconnaître des valeurs.

*

La justice récriminative.

On reconduit une société inégalitaire en imaginant qu'elle se fonde sur de vraies valeurs, de vraies épreuves parce qu'on veut qu'une société ne soit pas un compromis mais une harmonie qui surmonte les intérêts divergents – cela est particulièrement flagrant chez Sen, pour qui la société doit fournir à chacun son épanouissement personnel, comme si elle se

³⁷⁷ trad. fr. Paris, Payot & Rivages, 2019.

recomposait pour chacun de ses membres, selon un idéal tout familial. Une volonté d'affranchissement, d'affrontement – à la faveur desquels seules les capacités apparaissent et les chances se redistribuent - sont ce qui manque particulièrement aux capacités de Sen. Mais il est vrai qu'introduisant une telle variable de potentielle discordance sociale, Sen n'aurait sans doute pas rencontré le même succès institutionnel international !

Qu'est-ce finalement que la justice pour Rawls ? Une vertu des activités humaines et non un concept abstrait, explique-t-il. Une vertu à laquelle il confère une dimension moins morale qu'utile. La justice doit produire des satisfactions immédiates. Elle contribue ainsi au bien-être de tous. De sorte que les institutions doivent fonctionner de manière juste.

La platitude pour ne pas dire l'incroyable médiocrité d'une telle justification utilitariste de la justice ne peut surprendre dès lors que celle-ci est ramenée à un sentiment concret, une intuition. *Ramenée à une simple récrimination envieuse, la justice veut simplement au moins un peu de ce que l'autre a. En ce sens, elle peut et ne peut qu'être une revendication perpétuelle, qui peut être indéfiniment poursuivie et étendue.* Par exemple à l'échelle internationale³⁷⁸.

Une justice à l'échelle du monde.

Consacrant un ouvrage à ces développements (*Un monde juste est-il possible ?*, 2013³⁷⁹), Alain Renaut part d'un scandale : aujourd'hui, dans le monde, un nombre infime de personnes possèdent une richesse équivalente au reste de l'humanité. Un constat-choc qui dispense de toute réflexion, de sorte que si l'auteur peut se livrer à une revue critique des thèses qui, souvent en reprenant la théorie de Rawls, plaident pour l'instauration planétaire de règles permettant de rendre le monde plus juste, aucune réflexion n'est menée sur l'origine de ces gigantesques déséquilibres de richesse – en l'occurrence essentiellement boursière – qui sont des phénomènes d'accumulation d'autant plus exacerbés que le monde fonctionne davantage en réseaux (la *Winner takes all Society*³⁸⁰).

Des phénomènes qui mériteraient pourtant quelques minutes d'attention car, en l'occurrence, si Elon Musk est devenu l'homme le plus riche du monde début 2021, personne n'a obligé de très nombreux individus à acheter des actions Tesla. Mais, sûr de son effet de

³⁷⁸ Voir notamment C. Beitz *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, 1979 & T. Pogge *World Poverty and Human Rights*, 2002 (Cambridge, Polity, 2008). En français, voir notamment S. Chauvier *Justice et droits à l'échelle globale*, Paris, Vrin, 2006.

³⁷⁹ Paris, Stock, 2013.

³⁸⁰ Voir R. H. Frank & P.-J. Cook *The Winner-takes-all Society*, New York, Free Press, 1995.

scandale, Alain Renaut ne réfléchit pas beaucoup plus loin que son constat-choc : une telle disproportion de richesse n'est pas normale. Ce n'est pas bien. Ce n'est pas juste. Mais quoi alors ? Faudrait-il que tous aient la même chose ? Nous ne le saurons pas. Encore une fois, la réflexion ici paraît bloquée. De tels déséquilibres doivent être corrigés. On s'en tiendra à ce constat tout à fait conforme aux récriminations rawlsiennes de justice qui réclament non pas l'égalité mais une demande indéfinie et permanente d'égalisation.

Et pour tenir compte des capacités de Sen, on dira également que la justice voudrait que tous les individus de compétences et de motivations égales aient les mêmes opportunités d'emploi et de réussite quelle que soit la société à laquelle ils appartiennent. Ce qui paraît très juste mais n'a malheureusement aucun sens ! Existe-t-il des compétences en soi ? Comment peuvent-elles être révélées si on ne les emploie pas, si on ne les réclame pas ? Les compétences ne sont-elles pas déterminées différemment par chaque société, en nombre comme en qualité ? Sen interroge justement les sociétés sur les manières dont elles sont à même de faire naître des capacités, ce qui signifie qu'il ne s'agit pas de discriminer les individus en fonction de leur possession de compétences que fixent certaines sociétés plutôt que d'autres mais de se demander comment chaque société peut rendre ses membres utiles. Bref, les compétences des individus et leur reconnaissance sont un phénomène éminemment social et l'on retrouve, à travers les perspectives d'une justice globale, mondiale, le refus de reconnaître que la société est un arrangement entre des intérêts divergents, exclusifs, ce qui est à même de produire de forts déséquilibres, créés par la violence et l'accaparement aussi bien que par la séduction et la coopération.

Toutefois, comme on en reste au constat de ces déséquilibres, ressentis comme injustes, on imagine plutôt une société où ils n'existeraient pas. L'envie invente alors une société redistributive, où tout appartiendrait à tous. Non pour pousser à sa réalisation mais pour justifier que l'on prenne à ceux qui ont plus ! La redistribution devient un impératif moral ainsi. Que l'on pourra critiquer au nom d'une compensation tout aussi imaginaire. Si le marché était vraiment libre, diront ainsi les libertariens, il n'y aurait pas besoin de redistribution puisque chacun verrait son utilité maximisée³⁸¹. Dans les deux cas, un idéal de fiction permet de compenser ce qui est ressenti comme injuste, tandis que son irréalité même pousse – en attendant sa très hypothétique réalisation – à reconduire indéfiniment le monde comme il va avec quelques atténuations et corrections.

³⁸¹ Voir S. Audier *Néolibéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012.

D'un côté, on affirmera que tout est à tout le monde. Que chaque individu dispose d'un droit inaliénable à bénéficier d'un partage équitable des ressources mondiales ou d'une compensation équivalente (sur la base d'un impôt mondial). D'un autre côté, on voudra convaincre de la faisabilité de tels principes en assurant que les privilégiés peuvent améliorer le sort des plus démunis sans devenir pauvres pour autant. En quoi on n'aura fait que reproduire la *doxa* traditionnelle des sociétés profondément inégalitaires. Avec succès sans doute, tant nos sociétés deviennent de plus en plus inégalitaires et ne peuvent donc qu'applaudir ce genre de discours ! Un discours de catéchisme, propre aux institutions religieuses qui d'une main condamnent la richesse et de l'autre organisent la charité... en en profitant au passage. Aujourd'hui, combien de clercs, parmi lesquels nombre de philosophes, vivent (souvent très bien), de plaider pour plus de justice globale ? Sachant que l'on ne peut négliger pour autant la sincérité de nombreuses personnes convaincues qui, comme les enfants, sont persuadées que si l'on crie suffisamment longtemps, nos souhaits finissent par se réaliser.

Il y a quelque chose de dégradant et qui convient proprement aux esclaves de répéter avec obstination qu'il faut qu'une chose soit parce qu'elle serait juste, écrivait Maurice Barrès (*Les Amitiés françaises*, 1903, pp. 3-4³⁸²).

On parle d'un partage équitable des ressources mondiales. Mais sur quoi se fonde cette équité ? Rien d'autre, faute d'analyses quant à la réalité de la création de richesses, que sur une simple logique de rentier. *D'actionnaire !* Qui fonde le droit de profiter du travail des autres sans travail. Au gré d'une logique envieuse qui condamne la propriété comme vol mais qui veut qu'on lui en redistribue les fruits, *le droit cesse d'être la matérialisation d'un intérêt opposable à d'autres pour devenir une sorte de créance sur ce qu'ont les autres.*

Or tout ceci est sans doute dans l'air du temps. Dans des sociétés de plus en plus inégalitaires, la redistribution en faveur des plus défavorisés sera sans doute considérée comme de plus en plus importante. Et elle prendra sans doute la forme d'une discrimination positive. Cela fera oublier que la formation des inégalités ruine, entre riches et pauvres, des classes moyennes qui, elles, bloquent la formation de phénomènes de création de richesse coupés du travail et de plus en plus liés à l'accès direct à la liquidité monétaire. Mais on convaincra ces classes moyennes qu'elles doivent payer car elles sont privilégiées – c'est

³⁸² Paris, Plon, 1924.

toujours ainsi que les riches trouvent le moyen de reporter sur elles la charge des impôts, nous le verrons plus loin. Apparaît ainsi sous nos yeux la possibilité d'un néo-féodalisme multipliant les droits-créances en même temps que rendant de plus en plus difficile de faire valoir ses droits personnels, dès lors qu'ils ne correspondent pas à une compensation. Ce qui est le propre d'une conception de la justice commandée par ce qu'Alasdair MacIntyre nomme « l'émotivisme » (*Après la vertu*, 1981 & 1984³⁸³).

*

4. 3. 40.

MacIntyre et l'émotivisme.

Le sens de la justice est devenu essentiellement moral. Parait juste ce qui est bien, c'est-à-dire, nous l'avons vu avec Rawls, utile. Est juste ce qui est bon. Ce qui soulage et fait du bien. Voilà le niveau de réflexion qu'ont finalement atteint des sociétés les plus massivement éduquées de l'histoire !

En ce sens, souligne MacIntyre, la morale n'est plus pour nous qu'un simulacre. Nous utilisons toujours ses principales expressions comme la « justice » mais, comme de véritables tabous, nous n'en avons plus la compréhension théorique et pratique. Nous avons basculé dans l'émotivisme. Tout jugement de valeur n'est plus que l'expression d'une préférence, d'une attitude ou d'un sentiment – d'une émotion ressentie face à une situation. Réciproquement, tout jugement de valeur exprimé par autrui est reçu comme émotif, comme une expression de sa situation, de sa position ou de sa personnalité, plutôt que considéré comme susceptible d'être justifié en lui-même, indépendamment de celui qui l'exprime. Ainsi, notre manière critique d'envisager l'égalité des chances ci-dessus sera sans doute regardée comme l'expression d'un point de vue de privilégié, de dominant, etc. Ne valant dès lors même pas la peine qu'on en examine les arguments.

Nos jugements de valeurs finissent par être inséparables de notre façon d'être en société. Ils se rattachent à notre groupe d'appartenance. Aux valeurs que défend notre tribu. De sorte que nous choisissons nos valeurs pour leur utilité. Parce qu'elles nous disent que faire et que penser pour nous assimiler à ceux auxquels nous voulons ressembler. Et s'il n'y a là rien de nouveau, la novation tient à ce qu'on ne peut désormais plus rien leur opposer ! Menées depuis l'époque romantique, les professions de foi contre la raison ont fini par être

³⁸³ trad. fr. Paris, PUF, 1997.

communément partagées, note MacIntyre. Chacun en a retenu qu'il n'y a pas à chercher une justification rationnelle aux valeurs qu'il défend et pas davantage à celles que défendent les autres. Voilà une complexe et lourde charge de moins ! L'émotivisme n'est finalement que la généralisation des critiques lancées par de nombreux philosophes. Nietzsche expliquant que les normes morales ne cachent que notre volonté de puissance. Sartre dénonçant la mauvaise foi de ceux qui ne peuvent admettre que leurs seuls choix individuels sont la source de leurs jugements moraux, etc. Au bout de ces critiques, devenues une *doxa* commune depuis des décennies, tout se ramène finalement à moi. Le monde n'est plus que ce que j'en perçois et il est comme je le juge. Mais il en va de même pour les autres, de sorte que je n'existe pas plus pleinement pour eux qu'ils ne le font pour moi. Et dans un monde où le poids des autres s'efface, sinon comme gêne et contrainte, nous n'avons plus de soi, selon MacIntyre. Il ne nous reste que des émotions pour partager quelque chose avec d'autres – et poursuivre d'une haine féroce ceux qui ne les partagent pas. Qui nous paraissent inhumains. A la mesure de notre monde déshumanisé.

Ce partage émotif de valeurs est très souple sans doute et il est assez simple ainsi de changer d'identité sociale au gré de nos passions. Mais notre vie est sans fins. Nous vivons soumis à des organisations qui n'ont d'autres fins qu'elles-mêmes et dont les buts ne peuvent être soumis à examen. Pour leur échapper, nous n'avons que le rêve, la révolution velléitaire ou rêvée, le fanatisme ou le nihilisme (voir 1. 7.).

Voilà, estime MacIntyre, le prix qu'il nous a fallu payer pour ce qui parut à nos parents un affranchissement plein de promesses : se débarrasser de l'autorité externe de la morale et de la société, avec quoi nous avons perdu tout contenu faisant autorité, c'est-à-dire capable d'être partagé comme vérité hors d'une émotion immédiate. A quoi, nous l'avons vu, l'utilitarisme voudrait apporter une réponse mais ne le peut. Additionner des utilités, c'est-à-dire des expériences de plaisir et de bonheur totalement hétérogènes ne peut avoir aucun sens clair.

Au total, nous nous voulons autonomes mais il ne nous reste que la véhémence affirmative – d'autant plus violente que les causes perdues d'avance sont les plus incritiquables et donc les plus sûres de se faire entendre. Pourtant les protestataires n'ont souvent qu'eux-mêmes pour interlocuteur. Ce n'est plus le pouvoir qui est susceptible de nous opprimer mais l'impuissance, dans un monde de plus en plus dénué de tout critère sûr de réussite. Où le succès arrive comme la pluie que l'on invoque et s'efface aussi vite qu'elle.

Où la compétence cède devant la capacité à jouer un rôle attendu. Où nos vies ont de moins en moins de sens à être racontées, dès lors que l'intelligence ne s'investit plus dans la vertu.

Finalement, note MacIntyre, dans notre monde l'insulte a pris une importance considérable : elle fuse au moindre prétexte et les mots les plus forts sont rapidement employés. L'autre nous ignore. Il s'agit de le déshonorer pour lui en refuser le droit. C'est la seule manière d'exister encore vraiment à ses yeux ! Cela n'a rien à voir avec ce qu'il est vraiment. Nous ne sommes plus liés à une quelconque vérité attendant une validation commune.

Puisque l'émotion fonde tout et seule ne ment pas, tout se vaut sauf ce que je ressens. Dès lors, pourquoi discuter avec qui ne partage pas ma perception ? On ne discutera pas avec Socrate. On se moquera de sa laideur. Si, à force d'arguments, il imposait son point de vue, contre le mien, cela voudrait dire que je ne suis rien. A chacun de ses arguments, je ne manquerai donc pas d'opposer les miens. N'importe lesquels. Plus ils seront idiots et hors de propos, moins il saura répondre. Ainsi ne gagnera-t-il pas. Beaucoup estimeront même qu'il a été mouché. J'en tirerais une secrète satisfaction. De n'avoir pas cédé tout en évitant d'avoir à réfléchir. Cela même - une abdication satisfaite devant des tâches qui ne nous conviennent pas - que Robert Musil désignait comme une bêtise supérieure, prétentieuse (*De la bêtise*, 1937³⁸⁴). Un terme qui caractérise très bien un émotivisme général pour lequel il n'est pas de justice, pas de vérité sinon ce que je ressens en dernier ressort. Une bêtise qui est ainsi incapable de reconnaître des droits.

L'émotivisme moralise la vie publique en effet et se fonde sur la dénonciation de scandales, créateurs d'émotions fortes, irrépressibles. Dès lors, l'émotivisme 1/ ne saurait être contenu par la rationalité ; 2/ ne peut tolérer qu'on puisse s'opposer à lui, qui est légitime à la hauteur du scandale qu'il dénonce ; 3/ ne peut reconnaître que des droits puissent limiter son emprise. Ces trois dimensions sont devenues déterminantes pour comprendre comment évoluent nos sociétés et la justice en leur sein.

Le droit n'est pas opposable à l'émotivisme.

Un jour, une femme tue froidement son mari qui, des années plus tôt, la battait. Ses avocates invoquent alors une « légitime défense différée ». Un concept quelque peu problématique, évidemment, puisqu'il donne comme un permis de tuer, exerçable à son gré

³⁸⁴ trad. fr. Paris, Allia, 1993, p. 45.

pendant un temps indéfini, à quiconque a subi une violence lui ayant fait craindre pour sa propre vie. Mais, selon la logique émotiviste, une telle réserve de bon sens est irrecevable devant le scandale des femmes battues. On passera donc outre et on mobilisera l'opinion féministe pour que tous ceux qui ne reçoivent pas l'argument sachent bien qu'ils sont contre les femmes.

Pour justifier une réparation monétaire de l'esclavage et ne faire porter à ce titre une responsabilité collective qu'aux seules sociétés occidentales, on entend dire des choses assez effarantes : comme parler d'une responsabilité « prospective » et « politique » plutôt que rétrospective et légale³⁸⁵ ou comme ramener l'esclavage historique au seul colonialisme occidental³⁸⁶. Sachez néanmoins que toute objection ou remarque vous désignera comme défenseur de l'esclavage.

Ainsi assiste-t-on depuis plusieurs années, au nom d'une justice « réparatrice » notamment, au retour d'idées et de pratiques ayant dans le passé justifié les pires exactions : responsabilité collective, voire raciale, inextinguible ; poursuite en responsabilité a priori ; chantage à l'émotion, ... A ce compte, Beccaria pourrait bien devenir assez vite un auteur interdit ! Mais tout cela passe pour des idées avancées, défendues par des personnes parlant au nom de victimes, de minorités opprimées. Les grands inquisiteurs – les *Social Justice Warriors* – se présentent en effet de nos jours comme agressés, menacés. Incarnations de scandales face auxquels la raison ne compte pas. De toute façon, la *doxa* intellectuelle n'appelle-t-elle pas de ses vœux la reconnaissance d'une pluralité irréconciliable de conceptions du bien et du juste ? Nous assistons ainsi au développement d'une culture de l'offense qui devient vite allergique à tout ce qui s'oppose à elle. A une censure qui se donne des airs militants et résistants.

Le grand retour de la censure à la fin des droits.

Le scandale qui enflamme l'émotion est irréfragable : on ne peut lui opposer de preuve contraire. La raison, la vérité des faits passés ne sauraient compter face à l'émotion créée, qui exige de supprimer une fois pour toutes le scandale. Il s'agit donc de ne pas laisser parler ou de ne pas parler de ce qui pourrait tempérer l'émotion. La nouveauté est que l'Etat n'a plus

³⁸⁵ Voir I. Young *Responsability for justice*, Oxford University Press, 2011.

³⁸⁶ Voir M. Bessone *Faire justice de l'irréparable : esclavage colonial et responsabilités contemporaines*, Paris, Vrin, 2019.

alors tellement à se mêler d'exercer la censure. Par peur de toute dissonance qui pourrait se retourner contre eux, les médias s'en chargeront à sa place.

Certaines démocraties modernes ont pu poser qu'aucune loi ne saurait restreindre la liberté d'expression et d'opinion. C'est le cas de la Constitution américaine de 1796 (1^{er} amendement). D'autres ont pu reconnaître, par exemple en France avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 11), que la loi peut déterminer des abus en matière de liberté d'expression et les réprimer. Ceci pour des considérations d'ordre public (voir 1. 14. 6.), comme l'incitation à commettre des crimes et délits, ou de diffamation (rapporter des éléments désobligeants sur une personne sans en fournir de preuves). Les lois mémorielles représentent ainsi une application récente de ces principes, qu'en France, toutefois, la Loi du 29 juillet 1881 encadre : contrôle a posteriori et par un juge (pas de censure a priori par voie administrative, comme lorsque la poste contrôle le courrier qu'elle achemine en temps de guerre). Prescription rapide (3 mois) et sanctions allégées (essentiellement financières, les peines de prison étant extrêmement rares).

Mais tout ceci paraîtra sans doute assez vite inacceptable. L'émotivisme nous fait revenir à un système de censure a priori où personne ne peut être neutre. Tout le monde doit donc collaborer par autocensure et plus encore : ceux qui sont dans le bon camp n'écouteront pas ce qui va à l'encontre de ce qu'ils doivent croire et le traiteront par le mépris jusqu'à le faire taire.

Se met alors en place un système de culpabilité par accusation³⁸⁷. Un système où l'accusation publique, notamment via les réseaux sociaux ou la presse, vaut jugement, la charge de la preuve étant laissée à l'accusé dans le cadre d'un procès éventuel qui aura lieu bien après que le mal ait été fait et où il aura peu de chances de convaincre dès lors que l'accusation portée par une victime ou se présentant comme telle se sera largement répandue à travers les médias.

Un tel système représente un retour à la justice populaire des sociétés traditionnelles, dont l'une des dernières et plus sinistres expressions fut le lynchage. Mais cela se fait au nom « de la libération de la parole » et l'émotivisme s'en accommode en estimant que les scandales ainsi dénoncés sont trop graves pour être minimisés en quelque façon – ils sont irréfragables. La seule limite à un tel système d'accusation est qu'il ne peut frapper des personnes considérées comme victimes a priori. Le procédé anglo-saxon de dénonciation

³⁸⁷ Voir C. Lu *Justice and reconciliation in World Politics*, Cambridge University Press, 2017.

publique *to name and shame* a pu se maintenir tant qu'il dénonçait des entreprises mais il fut vite arrêté lorsqu'on voulut l'utiliser contre les voleurs dans les magasins.

*

Si l'on reconnaît que la société est un arrangement entre des personnes ayant des intérêts possiblement divergents, des opinions différentes mais des droits équivalents, on ne peut empêcher a priori que certains expriment des idées que d'autres réprouvent. Si les individus sont porteurs de droits et sont également responsables de ce qu'ils font, cependant, on peut admettre que leur droit d'expression trouve la limite du tort ou du mal direct que ces personnes peuvent faire à autrui mais le contrôle doit s'en faire a posteriori et sur la base d'une évaluation objective des dommages. Ce qui est largement impossible !

La simple énonciation de certaines opinions peut créer un tort à autrui. Par exemple en le stigmatisant aux yeux des autres. C'est incontestable et on peut bien entendu vouloir l'éviter. Toutefois, cela conduit quasi inévitablement à une censure a priori. Car comment fixer la limite ? Toute critique n'est-elle pas susceptible de faire du tort à autrui, parfois de façon importante ? Faut-il interdire toute critique ? Ou se lancer dans une inextricable casuistique, comme un auteur, favorable à l'interdiction de certains propos « stigmatisants », distingue de manière fragile propos « haineux » et propos « offensants » ?³⁸⁸

La question est essentielle car, comme pour tout ce qui regarde le droit, donc l'affrontement d'intérêts divergents, elle ne trouve pas de réponse simple. Si l'on défend une société de droits, il faut inévitablement tolérer certains abus et excès possibles. Mais c'est une considération que notre époque admet de moins en moins, qui raisonne en termes utilitaristes, c'est-à-dire du point de vue de la société dans son ensemble. Et dans ce cadre, comme finit par le dire le même auteur, la société ne peut pas courir le risque de mettre ses valeurs fondamentales en débat, en permettant à certains d'en défendre d'autres. Comme si les premières n'étaient qu'une option.

En très peu d'années, de tels propos sont devenus courants et, passant pour « éclairés », sont plutôt bien reçus. Il est très difficile de savoir combien de personnes réalisent qu'il s'agit de propos particulièrement caractéristiques des régimes religieux et politiques liberticides.

³⁸⁸ Voir J. Waldron *The Harm of Hate Speech*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2012. Dans *Sauver la liberté d'expression* (Paris, A. Michel, 2021), Monique Canto-Sperber veut également distinguer entre les opinions et « les discours de haine travestis en opinions » (sans proposer de bannir tout à fait ces derniers mais plutôt de les neutraliser).

Du point de vue de la société, prise comme un tout, il est légitime d'interdire a priori à certains de s'exprimer. Il est légitime de les condamner a priori au silence. Car *du point de vue de la société prise comme un tout, les individus ne sont plus vraiment porteurs de droits*. Les déviants doivent être sanctionnés sans procès, comme dans les hôpitaux britanniques il est désormais possible aux personnels soignants de refuser de traiter des patients qu'ils jugent racistes, sexistes ou homophobes. Et, en l'occurrence, ce qui peut précisément être jugé « raciste », « sexiste » ou « homophobes » n'est pas clairement défini et ne peut l'être – ce serait reconnaître que l'on peut l'être dans une certaine mesure !

Dans la logique émotiviste, aucun droit de défense ne peut être opposé à l'accusation. Cela reviendrait à relativiser le scandale dénoncé. Ainsi ne reconnaîtra-t-on aucune présomption d'innocence en accusant à travers les réseaux sociaux. Ni aucun bénéfice du doute. Le principe même d'une défense sera difficilement supporté. On voudra que la charge de la preuve incombe à l'accusé (cela a été particulièrement proposé en cas de harcèlement, dont la notion est cependant si peu claire que prouver son innocence en un tel domaine peut être extrêmement difficile). On voudra de même supprimer toute prescription.

Cela a été proposé en matière d'infractions sexuelles, dans la mesure où l'accusation admet les phénomènes d'amnésie traumatique, pourtant largement sujets à caution d'un point de vue scientifique, c'est-à-dire des accusations fondées sur des souvenirs revenant des décennies après les faits supposés, après avoir été « traumatiquement refoulés ».

Pour l'émotivisme, la peine n'efface rien. Un coupable doit le demeurer à vie. Ainsi assiste-t-on à une remise en cause de plus en plus violente des droits les plus fondamentaux face aux vindictes populaires. Ce qui évoque les pires barbaries de l'histoire mais ce qui ne choque personne – ou ce à quoi personne n'ose trop s'opposer – car, à chaque fois, ces remises en cause sont portées par des scandales intolérables, face auxquels la raison doit se taire. Ainsi, *au nom du Bien, toute une nouvelle conception moraliste de la justice se met peu à peu en place. Non plus une récrimination envieuse comme précédemment mais émotive – et pouvant comme telle servir toutes sortes d'intérêts*. Le droit d'ingérence en représente une très bonne illustration.

Le droit d'ingérence.

C'est un concept que la France a poussé au sein du Conseil de Sécurité de l'ONU face aux crises humanitaires. Un concept qui défend le principe d'un libre accès aux victimes dans des territoires où la survie de populations est gravement menacée pour leur porter secours ou faciliter l'action d'organisations humanitaires³⁸⁹. En août 1995, la force de réaction rapide de l'OTAN a ainsi ouvert un passage aux convois humanitaires à Sarajevo. Toutefois, plutôt que le droit d'ingérence conçu par la France, l'ONU a adopté en 2005 une norme d'origine canadienne : la responsabilité de protéger. Elle pose que les Etats ont la responsabilité juridique de protéger leur population contre les génocides, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. En cas de défaillance, la Communauté internationale y pallie par tous moyens (normalement pacifiques).

On rattache souvent ce droit d'ingérence à des dispositions antérieures. Au XIX^e siècle, on parlait « d'interventions d'humanité ». Pour Bodin, déjà, l'autorité de souverain était limitée par le droit naturel et, en ce sens, le principe de non-ingérence, face à la souveraineté absolue des Etats, fut mis en question dans le cadre de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. René Cassin appelait la création d'un Parquet général des Nations Unies pour traiter les questions mettant en cause les droits de l'homme et opposant des individus à leur gouvernement. Ce Parquet aurait agi comme l'agent d'une Société universelle, permettant elle-même l'apparition d'un statut de sujet universel pour tous les humains.

En 1970 (alors que la Guerre du Biafra et la famine qu'elle enclencha avaient particulièrement frappé les opinions publiques et suscité la création d'ONG comme Médecins sans frontières), l'ONU, par sa Résolution 1503, s'est reconnue compétente pour examiner les plaintes émanant de particuliers et interroger leurs Etats à ce titre – lesquels Etats doivent périodiquement rendre compte du respect des droits humains sur leur territoire (l'ONU s'étant donnée en 1984 la possibilité de diligenter des missions pour le vérifier).

Ces développements ont suscité la résistance de certains pays, notamment ceux d'Asie du Sud-Est, arguant que leur développement économique exige un pouvoir fort, seul capable d'engager des réformes radicales et de lutter réellement contre la corruption. Toutefois, ces réserves ne rejettent ni l'idée de limites posées aux formes de pouvoir autoritaire, y compris « légitimes » (comme cela pouvait être le cas pour la dictature de salut public à Rome quand la cité était menacée ou comme avec l'article 16 de la Constitution française), ni le principe de droits de l'homme. Lesquels permettent ainsi la création d'une société internationale de droits, marquée par la création d'instances judiciaires de portée internationale, comme les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme. En Belgique, une loi du 16 juin 1993 dite « de compétence universelle » a permis l'ouverture d'une instruction judiciaire contre l'ancien dictateur Augusto Pinochet en novembre 1998 (mais la loi fut abrogée en 2003, après le dépôt de plaintes contre George Bush Sr et les généraux américains Colin Powell et Tommy Franks ; les USA refusent que leurs ressortissants soient exposés à une compétence pénale étrangère).

³⁸⁹ Voir particulièrement M. Bettati *Le droit d'ingérence*, Paris, O. Jacob, 1996.

Toutefois, le droit d'ingérence ne s'inscrit pas dans ce cadre. Il n'intervient pas pour défendre des droits mais pour sauver des vies. Il est un droit d'intervention directe que s'arrogent un ou des Etats pour faire plier un autre. Un droit d'exception qui n'a d'autre légitimité que le constat d'un scandale, ce qui le rend peu critiquable. Encore une fois, la justification est émotionnelle : le cœur commande de répondre dans l'urgence à une urgence qui met des vies en jeu. Toutefois, comme le principe de guerre juste (voir 4. 2. 25.), dont le droit d'ingérence ne semble finalement être qu'une version moderne, une telle justification peut trouver des prétextes tout à fait fallacieux et l'on n'a pas manqué de souligner que le droit d'ingérence n'était que le masque d'un néo-colonialisme. Le fait est qu'historiquement nombre d'interventions coloniales furent justifiées au nom du droit.

Dès lors qu'au nom de la justice, face à des scandales révoltants, la morale fait plier les droits, des dérives inquiétantes apparaissent rapidement. Des dérives caractéristiques des Etats religieux et totalitaires qui réapparaissent sous nos yeux. Au nom du Bien !

On assiste d'abord à une généralisation de la bêtise. Celle de foules hérissées, vindicatives et d'intellectuels médiatiques hystériques, imperméables à toute contradiction et ramenant tout à un schéma explicatif sommaire. Un aveuglement qui devient vite général, car peu oseront s'opposer à des réclamations de justice diabolisant d'emblée ceux qui ne crient pas à l'unisson.

On assiste ensuite à des mises en accusation publiques, c'est-à-dire hors de tout cadre juridique et pouvant finir par s'en passer pour faire directement justice par la violence. Des accusations qui, certaines de leur légitimité, exigeront de faire taire les accusés en leur retirant la possibilité de se défendre, pour exiger plutôt excuses et aveux. Cette attitude pouvant d'ailleurs susciter nombre de complicités chez les accusés eux-mêmes tant, comme le notait Romain Gary dans le contexte des mouvements de contestation des années 1960 aux Etats-Unis, se reconnaître coupable peut passer pour une marque de standing moral et social chez les privilégiés (*Chien blanc*, 1970³⁹⁰). Une occasion de *virtue signaling*, disait Tom Wolfe, en décrivant une soirée organisée par Leonard Bernstein dans son luxueux duplex new-yorkais pour collecter des fonds en faveur des Black Panthers (*Radical Chic*, 1970³⁹¹). C'est effectivement ainsi que toute une culture victimaire et intolérante dite « *woke* » s'est développée dans nombre d'universités américaines.

Finalement, on pourra se passer de droits et même de morale – l'universel fait peur de nos jours – remplacée par des codes de déontologie. Des codes de conduite invitant à un

³⁹⁰ Paris, Gallimard, 1970.

³⁹¹ in T. Wolfe *Le gauchisme de Park Avenue*, trad. fr. Paris, Gallimard, 1972.

autocontrôle et fondant une légitimité procédurale (tout est bien dès lors que les règles ont été respectées), que l'on confond avec l'Etat de droit³⁹².

Or tout ceci est parfaitement à même de profiter aux pouvoirs établis. Jeter les individus les uns contre les autres, en leur faisant percevoir leur situation comme un scandale, largement imputables à d'autres. Focaliser les haines contre un groupe victimaire expiatoire – une minorité étrangère mais également un groupe dont on convoite les places et les privilèges. Puis faire cesser le chaos et restaurer l'ordre en imposant une surveillance autoritaire – pour le bien de tous ! Un pays, la Chine, a particulièrement vécu cela avec la Révolution culturelle maoïste (voir 1. 7. 8.). Mais, sans aller jusqu'à de telles extrémités, il convient de souligner quels dangers menacent les libertés individuelles quand deux conceptions proprement politiques de la justice en viennent à s'affronter – ce qui semble bien être actuellement le cas dans nos sociétés.

*

L'affrontement actuel de deux conceptions fondamentalement différentes de la justice.

Fondée sur la défense de droits individuels, la justice doit-elle avant tout assurer notre liberté ? Nos démocraties se sont bâties sur ce principe, selon différents modèles dont, au plan judiciaire, Beccaria a donné l'un des plus célèbres et influents, nous l'avons vu dans la section précédente. Selon cette conception mes droits m'autorisent à ne pas me plier à ce que veulent les autres ; à ne pas être d'accord avec beaucoup d'entre eux sans avoir à m'en repentir ou à me justifier. De sorte que rien ne peut normalement se faire sans l'expression formelle de mon accord. Tandis que, réciproquement, la démocratie repose sur une citoyenneté partagée, c'est-à-dire sur un respect mutuel entre ses membres qui permet le compromis entre partis opposés et l'alternance au pouvoir sans sécession.

Ou bien la justice doit-elle viser la concrétisation d'un Bien collectif ? Selon cette seconde conception, la justice doit avant tout réparer des injustices, c'est-à-dire des scandales, dénoncés avec émotion, à travers lesquels se révèle que certains ont plus que les autres. Le problème est alors que l'idéal collectif visé ne soit pas partagé par tous. Car, pour le réaliser, il faudra faire plier les droits individuels à une sorte de droit naturel qui a ceci de particulier qu'il peut être tout à fait individuel, tiré de mes émotions (cela est

³⁹² Voir C. Girard (Dir) *La démocratie délibérative*, Paris, Hermann, 2010.

d'ailleurs passé dans le langage courant : « j'ai bien le droit de... » disent volontiers adultes et enfants pour justifier ce qu'il leur plait). Quitte à restreindre les libertés et à faire taire, comme de véritables ennemies, les voix discordantes dans la perspective du progrès de *la* société. En dénonçant celles-ci comme autant d'expressions de bêtise ou de mauvaise foi.

Moraliste, la réclamation de justice génère alors ce qu'on a nommé « une envie du pénal ». Les récriminations multiplient les prétextes, les « micro-agressions » pour s'installer dans une position de victime, qui en appelle à une autorité supérieure pour faire reconnaître le préjudice qu'elle subit, en obtenir réparation (le plus souvent financière) et obtenir la condamnation de ses « agresseurs ». On en arrive à un monde de simulacres, comme le pointait Gilles Deleuze, où les droits de l'homme font fonction de valeurs éternelles mais où toute pensée est stoppée ; où l'on assiste à la répétition vertigineuse de différences qui ne marquent pas de véritables oppositions (*Différence et répétition*, 1968³⁹³ & *Les intercesseurs*, 1985, p. 166³⁹⁴).

On a dit qu'une telle attitude allait à l'encontre de la dignité ; laquelle conduit normalement à ne pas s'offenser pour des vétilles et à régler ses désaccords par le truchement de la justice dans les seuls cas où ils le méritent. Qu'importe ! Il faut que l'autre soit puni ! Et que l'on obtienne quelque chose au passage. Les tribunaux sont surchargés. Et le travail des juges ne peut consister simplement à appliquer la loi. Ils doivent se soucier des conséquences sociales, générales, morales de leurs décisions – jusqu'à cette stupéfiante déclaration d'injustice « réparatrice » qui a pu être prononcée par le Syndicat de la magistrature en France (voir 4. 3. 23.). Juger, c'est faire et refaire la société³⁹⁵. Le corps judiciaire devient concurrent du pouvoir politique, qui doit lui-même travailler à corriger les comportements individuels, dès lors que l'utilité commune subordonne les droits. Nous avons souligné ailleurs combien l'application du principe de précaution a fini comme de lui-même par nourrir de telles visées (voir 2. 5. 31.)

Or, au nom de l'intérêt de la société, on peut finalement tout interdire et traiter les individus comme d'éternels enfants. Ce qui se marque par des prescriptions diverses, frappant jusqu'à la parole - comme à l'école (certains propos exposant à des poursuites y

³⁹³ Paris, PUF, 1968.

³⁹⁴ in *Pourparlers*, Paris, Minuit, 1990.

³⁹⁵ Voir G. Lavau *Le juge et le pouvoir politique* in (collectif) *La Justice* Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, Paris, PUF, 1961.

compris lorsqu'ils sont tenus dans un cadre familial et privé, comme en Ecosse). Et jusqu'à la consommation (au Japon, depuis 2008, les 40/74 ans s'exposent à des sanctions si leur tour de ceinture dépasse 85 cm pour les hommes et 90 cm pour les femmes). S'installe ainsi un pouvoir politique pastoral, qui est une sorte de maternalisme vertueux, propre à soulager les émotions ressenties face aux scandales ou aux risques. Dont on corrigera les abus sans forcément – c'est le cas le plus général – s'attaquer aux causes, comme nous l'avons vu ci-dessus avec la dénonciation des inégalités de richesse au plan mondial.

C'est ainsi qu'*autour de nous des discours radicaux de dénonciation des injustices sont très répandus tout en ayant peu d'effets*. Comme si leur principale fonction, dès lors qu'ils en appellent souvent à un idéal de justice très vague et peu réalisable, était surtout de soulager ceux qui les tiennent à travers une sorte de revanche verbale – comme l'était la condamnation des péchés des riches et des puissants par l'Eglise au cours des siècles précédents.

Or ceux qui bénéficient de privilèges, comme ceux qui exercent le pouvoir, pourront facilement tirer parti de telles rancœurs contestatrices. L'histoire de l'impôt l'illustre particulièrement. En même temps qu'elle fournit sans doute le meilleur exemple d'actions politiques légalement conduites qui trouvent facilement l'émotivisme pour ressort, sous la perspective d'une justice globale. L'ensemble conduisant inévitablement à sacrifier les droits individuels. C'est là cependant une manière peu fréquente d'envisager l'impôt et qui ne sera pas facilement acceptée sans doute tant, à notre époque, l'impôt fait l'objet d'un consentement ou d'une dénonciation tout émotivistes !

*

4. 3. 41.

L'impôt et les droits individuels.

Pourquoi paie-t-on des impôts ? De nos jours, cette question paraîtra bien naïve. En fait, elle ne peut être posée sans qu'une autocensure ne joue immédiatement – ce qui représente une très bonne illustration de l'émotivisme qui stérilise désormais beaucoup de réflexions. Donc, attention ! Demander pourquoi l'on paie des impôts sera reçu comme le début d'une critique. Or, si vous critiquez les impôts, vous êtes suspect ! Répétez-donc plutôt : les impôts sont utiles, ils sont le fondement de toute société juste et les riches n'en

paient pas assez, alors qu'ils ne sont riches que d'avoir profité de l'argent public. Or tout cela est assez juste sans doute ! Mais en partie. Et cela ne saurait certainement pas clore tout débat sur l'impôt.

Ainsi, parmi les (très rares) philosophes contemporains qui se sont penchés sur l'impôt, Peter Sloterdijk s'en est particulièrement pris à la manière tout à fait tautologique avec laquelle on justifie l'impôt de nos jours : l'impôt est nécessaire parce qu'il est nécessaire ! (*Repenser l'impôt*, 2010³⁹⁶). Evacuant toute réflexion, l'impôt s'impose de manière absolue dans nos sociétés, exactement comme dans celles qui les ont précédées, souligne Sloterdijk. Au point de se demander si le féodalisme, l'absolutisme et la démocratie marquent vraiment des ruptures historiques aussi profondes qu'on l'admet ! Dans les trois cas, une main prend et tolère peu de critique. Il n'y a que les justifications qui changent. De nos jours, ainsi, l'impôt est vu comme une contre-expropriation. On a communément appris du marxisme, en effet, que toute richesse se fonde sur l'exploitation. Donc l'impôt est bien car il redistribue. De là, on ne discute pas d'avantage ses principes et son emploi effectif. L'impôt ainsi reste un devoir et n'est pas un droit, de sorte que nous ne sommes pas sortis du Moyen-Age, estime Sloterdijk. Le peuple n'a aucune implication réelle dans le processus de collecte et de dépenses. Il paie et ne demande pas trop de comptes à ses maîtres. Il est d'ailleurs persuadé qu'il n'en a pas !

La conclusion qu'en tire Sloterdijk peut paraître décevante : selon lui, le don libre est la seule forme d'allocation à l'Etat qui peut convenir à une société civile se prenant au sérieux. Il n'envisage visiblement pas – ou plus, ce qui est un signe des temps – que l'Etat puisse être une chose publique (*res publica*). Pour autant, Sloterdijk souligne de manière très suggestive que, du point de vue de l'impôt, l'histoire peut paraître sensiblement différente de la manière dont on l'envisage le plus communément.

Il suffit donc peut-être de déplacer le regard en retraçant brièvement quelques récurrences frappantes dans l'histoire de l'impôt, ce que nous allons tenter de faire ci-après, en nous limitant pratiquement au cas de la France. Sans prétendre envelopper plus que d'un simple coup d'œil une histoire particulièrement complexe et foisonnante mais en nous attachant à souligner certaines répétitions qui, effectivement, comme le souligne Sloterdijk, amènent à relativiser la nouveauté radicale que l'on prête à ses grands moments. Ce qu'on lira ci-après n'est donc qu'une tentative d'appréhender l'histoire des

³⁹⁶ trad. fr. Paris, Libella, 2012.

impôts en France en privilégiant une certaine continuité. Ce qui obligera d'abord à rappeler quelques réalités du paysage fiscal français.

*

Des discours sur l'impôt largement coupés des réalités fiscales.

Selon la vision la plus commune, qui explique la faveur dont bénéficie en général de nos jours l'impôt auprès des esprits qui se veulent « éclairés », l'impôt = l'Etat = l'intérêt général. Même si l'Etat n'est pas démocratique, il est capable de faire plier les intérêts particuliers. C'est pourquoi les historiens notent avec faveur l'instauration progressive d'un impôt permanent tout au long de l'histoire de France, avec l'affirmation de la monarchie.

Et dès lors que l'Etat est républicain, on admet qu'il est ou devrait être à même de faire valoir l'intérêt du plus grand nombre et des défavorisés. On en tire que l'impôt est nécessaire de manière générale, même si l'on n'est pas très certain de ses résultats réels. Le problème est qu'on finit ainsi par valider un état de choses qui ne correspond pourtant guère à la réalité.

Bienvenue en France ! Un pays où les prélèvements obligatoires sont parmi les plus élevés au monde mais au profit d'un Etat fortement redistributif, nous explique-t-on, depuis l'instauration de l'impôt *progressif* sur le revenu au début du XX^e siècle. Un pays où les principales ressources de l'Etat viennent pourtant d'impôts *proportionnels* (TVA, CSG) et non progressifs ! Un pays où l'impôt sur le revenu représente 3% du PIB, contre 5,5% aux Etats-Unis, pays jugé généralement peu redistributif !

Un pays où la ponction fiscale est lourde certes mais, nous explique-t-on, concerne tout le monde et assure une bonne égalité devant l'impôt. Quoique sur un total de recette des impôts d'Etat de 334,8 milliards € en 2017 (hors impôts des administrations publiques locales donc et hors cotisations sociales), la fraude fiscale pouvait être estimée entre 60 et 80 milliards € par an³⁹⁷. Tandis que, dans le cadre de l'Union européenne, l'évasion fiscale entre pays membres est parfaitement légale et bénéficie surtout aux plus aisés à travers holdings familiales et enregistrement d'entreprises (quelques-unes des plus grandes entreprises françaises, dans lesquelles la présence de l'Etat au capital est importante, sont

³⁹⁷ Voir A. Spire & K. Weidenfeld *L'impunité fiscale*, Paris, La Découverte, 2015.

ainsi domiciliées aux Pays-Bas ou ailleurs pour bénéficier d'une fiscalité plus avantageuse...). Enfin, ce pays qui est censé assurer une assez bonne égalité de tous devant l'impôt est également l'un de ceux qui collectionne le plus les niches fiscales ; le plus souvent attribuées par pur clientélisme (celles-ci ayant toujours été l'un des moyens privilégiés des politiques pour acheter leur élection).

Compte tenu de ce qui est ponctionné au titre des impôts et taxes sur leurs revenus, tout se passe comme si les Français travaillaient uniquement pour l'Etat jusqu'au 27 juillet de chaque année, le jour de leur « libération fiscale » (le 16 avril aux USA). Pourtant, le 12 novembre, l'Etat français n'a plus d'argent ! Il ne se finance que par l'emprunt pour ses dépenses courantes jusqu'à la fin de l'année. Mais tout ceci, dit-on, est l'inévitable contrepartie de services publics très bien gérés et d'une qualité que le monde entier nous envie – la crise sanitaire de 2020 l'a particulièrement démontré pour les services de santé !

Pour donner un ordre d'idée, rappelons que, selon la Loi de Finance 2019, l'Etat français a encaissé 233,3 milliards € (pour l'essentiel des recettes fiscales) et a dépensé 330,3 milliards € (hors protection sociale : 787,1 milliards € en 2018), la différence entre dépenses et recettes étant financée par l'emprunt. La dette publique française atteignait 2 449 milliards €, pour un actif estimé (d'une manière qui peut sérieusement être discutée) à 1 079 milliards €. Par ailleurs, l'Etat avait donné sa garantie à hauteur de 3 205 milliards €. Par comparaison, l'Etat français est à peu près dans la situation d'une famille qui gagnerait 2 000 € et dépenserait 3 000 €, tout en devant rembourser un crédit de 250 000 € ayant servi à acquérir une maison qui en vaut 100 000 et tout en s'étant portée caution à hauteur de 320 000 €. Et avec tout ceci, le poids des impôts et des charges sociales est, en France, l'un des plus élevés au monde !

Malgré tout, en France, si l'on constate de nombreuses situations qui, entre gabegie et captation, voir détournement des rentes publiques, ne permettent pas de parler d'une démocratie saine, c'est le plus souvent pour demander en conséquence... encore plus d'impôt !³⁹⁸ Il ne sert donc à rien d'ajouter d'autres constats. Comme de parler d'une réglementation fiscale quasi délirante et totalement opaque dans sa prolifération et qui, faute de pouvoir être maîtrisée, place chaque contribuable dans la situation d'un délinquant potentiel - de fait, en cas de contrôle fiscal, l'administration trouve toujours quelque chose ! En revanche, dans ces conditions, reconvertis en conseillers fiscaux une fois leur carrière de fonctionnaire terminée, les agents des impôts trouvent à monnayer leurs compétences auprès des entreprises et des particuliers capables de les acheter.

³⁹⁸ Voir par exemple T. Piketty *Pour une révolution fiscale*, Paris, Seuil, 2011.

Le plus important est que ce tableau, largement su ou au moins soupçonné par la population, perdure tranquillement tandis que, de nos jours, toute critique sera suspecte et sera considérée comme l'expression d'un suppôt du Grand Capital. Lequel n'a pourtant guère de raison de se plaindre ! Ce qui explique peut-être qu'une presse, dont les principaux titres sont entre les mains de quelques milliardaires, soit peu vindicative face aux impôts. En France, quel que soit le régime – féodal, monarchique ou républicain – l'essentiel de l'impôt a toujours frappé pour l'essentiel les classes moyennes. La seule novation de nos jours est que ces dernières ne se plaignent pratiquement plus !

*

Tant que l'on en reste à une vision conséquentialiste, qui prend la société comme un Tout, l'impôt est évidemment nécessaire. Sa collecte et son emploi peuvent bien entendu être améliorés mais son principe est inattaquable. Le problème, cependant, est qu'une telle vision conduit à minimiser les dérives et à nier ce qu'elles indiquent de la réalité de l'impôt.

Une autre piste de réflexion consiste alors à regarder la société comme un arrangement en perpétuel remaniement au gré duquel les intérêts individuels ne sont pas également puissants et, comme tels, défendus. Dès lors, l'impôt apparaît utile bien sûr mais l'intérêt de chacun est de le faire payer par l'autre !

On l'a nommé « l'oublié » (*the Forgotten man*). A observe quelque chose qui ne va pas et dont souffre X. A en parle à B et tous deux sont d'accord pour porter remède à X à travers une loi, qui obligera A, B et C à faire quelque chose pour X. Mais, la plupart du temps, A et B trouveront à s'en dispenser et feront porter la charge entièrement sur C, l'oublié – l'éternelle victime des réformateurs et des philanthropes, selon William Graham Sumner (*Des devoirs respectifs des classes de la société*, 1883³⁹⁹).

Par ailleurs, l'impôt représente également une richesse qu'il est tentant d'accaparer. L'impôt est même la source de richesse la plus appréciable – celle des tyrans ! – qui peut s'obtenir sans travail et dont on n'a pas à justifier l'emploi.

Ce qui nous empêche de voir tout ceci tient à notre conception de l'Etat, comme une administration au service du bien commun, avec des fonctionnaires recrutés sur leurs

³⁹⁹ 2 volumes Paris, Guillaumin & Cie, 1884. Voir A. Shlaes *The Forgotten Man: a new history of the Great Depression*, Harper, 2007.

compétences et des agents élus, qui ne sont en rien propriétaires de leur fonction et qui ne peuvent, sauf à commettre un délit, en accaparer les ressources. Cependant, si l'on veut comprendre son fonctionnement réel, l'Etat ne se limite pas à l'administration. Il faudrait avoir un mot pour désigner ce qui autour de lui, à travers rentes, bénéfices, alliances et offices publics, constitue ce que l'on nommait la Cour sous l'Ancien Régime, qui était une véritable institution⁴⁰⁰ et qui est loin d'avoir disparue. Peut-être faudrait-il toujours parler de « Cour », en fait, car en France ainsi, aujourd'hui comme il y a mille ans, un grand nombre des principales fortunes individuelles sont nées d'avoir pu bénéficier directement, à un titre ou un autre, des ressources publiques ou au moins d'un coup de pouce décisif de l'Etat.

Au total, si l'on retient ces différents aspects, l'histoire de l'impôt se comprend tout à fait autrement.

*

Brève histoire de l'impôt.

En Occident, l'histoire de l'impôt est le plus souvent celle de la lente installation d'impôts directs permanents. A Rome ainsi, longtemps, ceux-ci n'existent pas. Pour ses dépenses courantes, l'Etat devait utiliser les revenus du domaine public. Pour les services communs, des taxes pouvaient être prélevées, qui correspondaient alors pour les citoyens à l'achat d'une prestation précise confiée à des agents publics. Mais les citoyens ne pouvaient être directement imposés sur leurs ressources qu'à titre exceptionnel. Quand la Cité, notamment, était en danger. Car prendre sur la richesse des individus et ne pas respecter ainsi leur propriété en décrétant qu'une partie de cette richesse n'était pas à eux, était vu comme une marque de servitude. Tout homme libre avait le droit fondamental de défendre ses biens et c'est ce droit qui sera au fondement des démocraties modernes.

Mais il sera vite oublié ! Comme il le sera aussi bien à Rome, où l'impôt direct finira par être généralisé, frappant d'abord ceux qui n'étaient pas pleinement citoyens ou qui l'étaient de fraîche date comme les affranchis.

L'histoire de l'impôt en France est pratiquement la même jusqu'à la fin de l'Ancien Régime⁴⁰¹. Bodin rappelle encore que de toutes les ressources de l'Etat, l'impôt

⁴⁰⁰ Voir J-F. Solnon *La Cour de France*, Paris, Fayard, 1987.

⁴⁰¹ Voir G. Ardant *Histoire de l'impôt*, Paris, Fayard, 1972 & A. Neurisse *Histoire de la fiscalité en France*, Paris, Economica, 1996.

existe uniquement en cas de nécessité et aussi longtemps qu'elle. Le roi de France était censé « vivre du sien ».

Cette situation va cependant être lentement modifiée, avec le développement du royaume, de l'appareil d'Etat et sous le poids des guerres, comme il est généralement expliqué. Mais également, ce qui est moins souligné, parce que la dépense publique va devenir l'une des principales – sinon la principale – sources d'enrichissement.

Dès le XII^e siècle, le roi, pour financer ses guerres, doit négocier des contributions extraordinaires avec les Etats provinciaux ou généraux, ainsi qu'avec le clergé. Cela ne suffit pas, de sorte que banquiers et financiers font leur apparition. Philippe le Bel s'endettera auprès des banquiers italiens, tout en accroissant les impôts et en suscitant ainsi des révoltes fiscales et tout en s'efforçant de faire main basse sur les trésors des Templiers. La conjoncture militaire n'explique pas ces visées cependant. L'Etat monarchique a enclenché sa propre croissance autonome. Après la guerre menée par Charles VIII en Italie à la fin du XV^e siècle, l'impôt direct, quoiqu'exceptionnel, devient la principale ressource de la monarchie. Pour le plus grand profit des banquiers italiens installés à Paris qui avancent les fonds le temps que les impôts rentrent. Tandis que la noblesse et le clergé en sont exemptés. François Ier se sert néanmoins sur les revenus de l'Eglise et impose un emprunt à la ville de Paris en 1522. L'Etat s'endette. Toujours plus. Jusqu'à nos jours, cela va devenir l'une des principales caractéristiques économiques de la France. Dettes et impôts ne cessent de croître, en contrepartie du poids considérable de l'Etat dans l'économie. L'Etat capte la majorité de l'épargne financière des particuliers (c'est toujours le cas aujourd'hui, notamment avec l'assurance-vie, principalement placée en bons du Trésor).

Il s'agit ainsi de financer l'investissement public – l'idée est clairement énoncée à la fin du XVIII^e siècle, par exemple avec Joachim Faiguet de Villeneuve, qui veut à ce titre rendre l'épargne obligatoire (*L'économie politique*, 1763⁴⁰²). Mais le système peut se suffire à lui-même. Pour certains il est la source de grands profits. Et au XIX^e siècle, toute une bourgeoisie rentière - en bons du Trésor au rendement fixe et garanti - pourra ainsi ne pas travailler et se méfier de la bourse, comme du monde des affaires plus généralement ; le plus souvent présenté sous un jour défavorable dans la littérature et une large partie de la presse - ce qui n'a pratiquement pas changé. La rente (et la subvention désormais) a fait

⁴⁰² Paris, Moreau, 1763.

la France moderne, bien plus que l'industrie. Car la rente est noble et signe de noblesse. La France sera durablement marquée par le mépris de l'argent gagné, surtout par le commerce. Un mépris du bourgeois qui sera intériorisé et radicalisé par les classes bourgeoises éclairées. Molière, moquant les bourgeois enrichis pour un public de noble, reste l'auteur classique le plus enseigné par l'Education nationale.

La première véritable politique industrielle et commerciale est lancée par Henri IV. Très vite, elle doit être financée quasi intégralement par l'Etat et un circuit monétaire bien spécifique s'installe qui sera d'une incroyable longévité. En fait, sous certains aspects, il a moins changé de nos jours qu'il ne s'est considérablement élargi.

L'investissement est d'abord le fait du prince. Ainsi des routes au XVIII^e (construites sur le fondement de la corvée). La France aura le meilleur réseau routier d'Europe (il faut 10 jours pour gagner Paris depuis Bordeaux en 1650 et seulement de 5 à 6 jours en 1789). Mais, les étrangers le constatent, si les routes sont belles, elles sont peu fréquentées. Par l'impôt, l'Etat accapare les liquidités des provinces et les réalloue à travers la redistribution et les emplois publics – de nos jours, toujours, plus d'une trentaine de départements n'ont plus de PIB marchand positif et ne vivent que des emplois administratifs et de la redistribution (dont les retraites). Rien ne peut se faire sans l'Etat et tout le monde aspire à avoir un statut, c'est-à-dire des privilèges. Dès le XIII^e siècle, les métiers (les futures « corporations ») se dotent de statuts. Aujourd'hui encore, l'une des spécificités françaises est le nombre de conventions collectives nationales, qui encadrent l'exercice de la plupart des métiers, rendant l'action syndicale assez peu développée en France (les syndicats y défendent surtout les avantages acquis de la fonction publique). Enfin, issue de la terre, la rente foncière est essentiellement perçue par les urbains, qui ne la réinvestissent pas dans l'agriculture et encore moins dans l'industrie mais avant tout dans l'immobilier et bientôt dans la dette publique. Aujourd'hui encore, la pierre et les bons du Trésor (à travers l'assurance vie) collectent l'essentiel de l'épargne longue des Français.

Enfin, en France, on s'enrichit d'abord, d'une manière ou d'une autre, à travers l'Etat. D'autant que celui-ci a toujours œuvré à remplacer l'aristocratie – une administration royale se distingue dès le XIII^e siècle⁴⁰³. Deux siècles plus tard, la maison de Jacques Cœur à Bourges (premier exemple en France d'une grande demeure non fortifiée) se compare aux plus beaux palais et églises. Il vend et prête aux nobles et au roi, dont il finance l'artillerie et il est alors le seul Français qui compte face aux grandes familles marchandes italiennes, qui vont s'imposer à Paris. Pourtant, non noble, il demeure un serviteur que l'on peut chasser. Sa disgrâce le fait condamner en 1451. C'est à peu près la seule différence avec les plus grandes fortunes françaises aujourd'hui, qui tiennent bien plus solidement l'Etat et le personnel politique⁴⁰⁴.

Pour les historiens, la Guerre de Trente ans marque un tournant. Avec la nécessité d'entretenir une armée permanente et de développer l'économie nationale pour tenir son

⁴⁰³ Voir F. Burdeau *Histoire de l'administration française*, Paris, Montchrestien, 1994.

⁴⁰⁴ Voir C. Morin *Les inamovibles de la République*, Paris, L'Aube/Fondation J. Jaurès, 2020.

rang face à la concurrence des pays voisins, l'Etat va devenir, de loin, le premier acheteur du Royaume. Pour être riche, il faudra donc vendre à l'Etat. Et on pourra l'être doublement si on replace l'argent que l'on tire ainsi de lui en le lui prêtant pour qu'il achète toujours plus.

Au départ, alors que les ressources d'emprunts étaient toujours présentées comme « exceptionnelles », il fallait, pour pleinement profiter de ce système, conquérir l'administration. Sans grande difficulté car, toujours à court d'argent et sans cesse poussé à l'être davantage par ceux qui y avaient intérêt, l'Etat vendait les charges publiques. Tandis que ses grands commis ne pensaient eux-mêmes qu'à s'enrichir personnellement. Richelieu⁴⁰⁵, Fouquet, Colbert et bien d'autres se payaient sur chaque impôt, amassant des fortunes personnelles considérables – Necker, Bonaparte ou Talleyrand feront de même. Quoique pratiquement ruiné par la Fronde, Mazarin se « refit » rapidement ensuite, pour laisser à sa mort 35 millions de livres. Plus que l'encaisse de la Banque d'Amsterdam !⁴⁰⁶

Tout un système de colonisation de l'Etat par les classes aisées, surtout bourgeoises, va ainsi se mettre en place qui écartera la vieille noblesse (laquelle tentera vainement avec la Fronde de reprendre la main) puis la bourgeoisie ennoblie, la noblesse de robe des Parlements - qui dans la défense intransigeante des privilèges qui lui restait créera le blocage institutionnel qui provoquera la Révolution. Tout un système qui, jusqu'à nos jours, très loin de disparaître, ne cessera de se complexifier (grandes écoles, lobbying, participations capitalistiques de l'Etat, ...), tout en empruntant toujours des formules très classiques (alliances familiales, financement des hommes politiques, « pantouflage » des hauts fonctionnaires, ...).

Toutefois, la vraie novation verra la montée en force de l'impôt permanent. Parce que l'Etat voudra être moins dépendant de ses créanciers. Et parce que cela représentera une nouvelle source d'enrichissement pour ces derniers et bien d'autres. Dès lors qu'on deviendra surtout riche des rentes d'Etat, on s'inquiétera de la très mauvaise gestion des finances publiques. Hyppolite Taine l'a bien montré : au XVIII^e siècle, nobles et bourgeois, les créanciers de l'Etat, se politisent. Ce ne sont plus Monsieur Jourdain ou George Dandin, dont se moquait Molière. On dispute désormais de la conduite des affaires

⁴⁰⁵ Voir le travail de l'historien irlandais J. Bergin *Pouvoir et fortune de Richelieu* (1985, trad. fr. Paris, Laffont, 1987).

⁴⁰⁶ Voir C. Dulong *La fortune de Mazarin*, Paris, Perrin, 1990, ainsi que J. Villain *La fortune de Colbert*, Paris, Imprimerie nationale, 1994.

publiques et les craintes d'une banqueroute vont peser beaucoup dans le déclenchement de la Révolution (*Les origines de la France contemporaine*, 1875-1893⁴⁰⁷).

Ce faisant, *on découvrira que l'impôt permet de piloter et de tenir la société*. Richelieu justifiera ainsi que l'impôt prenne leur superflu aux gens du commun car, s'ils sont trop à l'aise, il devient impossible de les contenir dans les règles de leur devoir ! L'idée n'avait rien de nouveau. C'était ce que l'on disait des serfs au Moyen-Age et on lit dans *Le Courtisan* (1528⁴⁰⁸) de Baldassar Castiglione que le peuple ne doit être ni trop riche ni trop pauvre ; qu'il convient de le maintenir généralement dans la médiocrité (IV, XXXIII). Désormais, l'on saura effectivement comment faire, en comptant que la docilité du peuple peut facilement être acquise par l'envie. Car les pauvres sont les premiers à vouloir qu'on taxe les riches bien sûr mais surtout ceux qui sont un peu plus riches et chanceux qu'eux. Et les classes moyennes ne raisonnent pas autrement. Cela tombe bien ! Elles représentent les moutons idéaux à tondre.

Car, bien qu'il marche toujours facilement pour mobiliser les foules, le slogan « faire payer les riches » est pratiquement inepte. S'ils sont puissants, les riches trouveront à s'exempter des nouveaux impôts ou, mieux encore, ils en répercuteront le coût dans leurs prix ou le rendement de leurs rentes. De sorte que c'est le peuple qui paiera en fait l'argent qu'il leur réclame ! Les classes moyennes seront appauvries des impôts qu'elles ont souhaités, dont la charge retombera sur elles, si elles ne parviennent pas à négocier quelque privilège clientéliste ou niche fiscale pour s'en exempter au moins en partie.

Cela est parfait pour les plus aisés, qui profiteront d'autant mieux de leur situation et seront moins menacés de la perdre qu'ils seront moins nombreux à en profiter et que l'impôt, rendant l'enrichissement difficile, surtout par le travail (impôt progressif), jouera le rôle d'une barrière à l'entrée.

Servir de régulateur social, qui stabilise les conditions et donc la société, tout en préservant les vrais riches et, pour quelques intrigants, des opportunités d'enrichissement : au fond, l'impôt en France n'a jamais eu d'autre objet ! Car la fiscalité moderne est née à ce moment-là. Après 1614, les Etats généraux ne seront plus convoqués (jusqu'en 1789).

⁴⁰⁷ Paris, Bouquins, 2021.

⁴⁰⁸ trad. fr. Paris, GF Flammarion, 1991.

L'Etat imposera sans consulter les Parlements. Ce sera le grand « tour de vis fiscal » de 1632-1641. Il suscitera des révoltes (les croquants, les nu-pieds, ...). Impitoyablement réprimées⁴⁰⁹. Mais l'on habillera les nouveaux impôts de la promesse de faire payer les riches.

Pour autant, les emprunts de l'Etat ne cessèrent pas, au contraire. C'est que les impôts rentraient mal. Les Provinces invoquaient sans cesse les calamités naturelles et la misère pour implorer des abattements ou expliquer qu'elles ne pouvaient payer. En temps de guerre, le roi aurait pu réduire son train de vie et envoyer à la Monnaie sa vaisselle et son orfèvrerie (traditionnellement, la vaisselle précieuse était une réserve de trésorerie pour les jours difficiles) mais ce n'était guère dans l'esprit de Louis XIV et cela aurait sans doute été loin de suffire. Ainsi les banquiers, comme Crozat, comme Bernard, furent sollicités comme jamais.

Simple marchand de drap, enrichi d'abord dans la piraterie et la traite, Samuel Bernard (1651-1739) deviendra le principal banquier du royaume et Louis XIV devra s'abaisser (compte tenu de son intransigeance en matière d'étiquette) jusqu'à lui faire visiter lui-même les jardins de Marly. Bernard était certainement un habile financier mais il savait surtout avancer de l'argent à une foule de gens importants.

En 1695, Vauban suggère à Louis XIV l'idée d'une capitation. Boisguilbert vient de montrer que la taille frappe surtout et injustement les revenus moyens plutôt que ceux des riches, qui bénéficient de nombreuses exemptions (*Détail de la France*, 1695⁴¹⁰). La capitation, propose Vauban, ne frappera pas les moins aisés (ceux qui payent moins de 40 sols de taille) mais elle n'exemptera aucun des autres et ce nouvel impôt sera progressif selon 22 classes de revenus, taxées de 1 à 2 000 livres.

Pour améliorer le revenu de la taille, Colbert voulait déjà la répartir selon les propriétés foncières, comme cela se faisait dans certaines provinces. Mais cela nécessitait l'établissement d'un cadastre, œuvre de longue haleine...

On s'empressa donc de mettre en place cet impôt - « exceptionnel » bien entendu - et qu'allaient payer surtout les riches. De là, on le rendit rapidement permanent (dès 1701) et on en exempta les riches ou on le rendit pour eux indolore, toute la charge retombant sur l'ensemble du peuple et particulièrement sur les revenus moyens. Vauban, toujours naïf écrira, contre les « fripons » qui ont détourné son idée, le *Projet d'une dixme royale* (1707⁴¹¹), qu'il publiera clandestinement et qui, irritant fort Louis XIV, sera censuré. Mais,

⁴⁰⁹ Voir F. Hincker *Les Français devant l'impôt sous l'Ancien Régime*, Paris, Flammarion, 1971.

⁴¹⁰ Cologne, P. Marteau, 1696.

⁴¹¹ Paris, Alcan, 1933.

en 1710, on créera le *dixième*, un nouvel impôt sur les revenus...

Les historiens soulignent volontiers la nouveauté et l'intérêt de ces projets de Vauban, qui annoncent avec plus de deux siècles d'avance l'impôt progressif sur le revenu. C'est que, candides, les historiens voient d'un œil favorable l'affirmation de l'Etat, instrument de l'intérêt général et de la justice sociale, de sorte qu'ils décrivent les résistances des nobles et des Parlements, campés sur leurs rentes et privilèges. Mais qui ne faisaient en l'occurrence que s'opposer à d'autres prédateurs, plus habiles qu'eux à accaparer l'Etat ! Cependant on ne dispose pas, en France, d'une histoire claire des pouvoirs financiers et d'influence qui ont pesé sur le gouvernement du pays, pas plus que d'une vision précise de ceux qui pèsent sur sa conduite aujourd'hui. On ne dispose notamment pas d'une vision synthétique et surtout coordonnée de ces fortunes d'Etat que la Révolution renouvellera mais ne fera nullement disparaître et qui mèneront la danse sous le Premier Empire. Ces financiers que Bonaparte déclarera avoir vaincus, en fêtant sa victoire à Austerlitz.

On a souvent dit que Bonaparte se méfiait des hommes de la finance, comme ce Julien Ouvrard (1770-1846), auquel la Révolution (il sera notamment lié à Mme Tallien et à Barras) puis l'Empire permettront d'amasser une gigantesque fortune. Cependant, en 1802, à l'initiative des banquiers Perregaux et Le Coulteux de Cantelen, qui l'ont soutenu, Bonaparte crée la Banque de France, dont lui-même, sa famille et plusieurs de ses généraux prennent immédiatement des actions. Dès 1805, la Banque de France prêtera à l'Etat, dans un contexte financier très difficile, qu'Austerlitz permettra de surmonter (d'où le cri de victoire que nous venons de rapporter). En 1806, Bonaparte nommera un gouverneur à sa tête. Bonne illustration de la manière dont l'Etat en France, assoit son pouvoir apparemment sans partage mais en bonne intelligence avec ceux qui profitent de lui (parmi lesquels on trouvera souvent ses propres serviteurs).

Quoiqu'il en soit, à la fin de l'Ancien régime, l'impôt personnel permanent était établi. Sa collecte toutefois – si elle permettait un enrichissement direct à certains, puisque les impôts d'Etat étaient affermés auprès de Fermiers généraux, d'une avidité et d'une corruption légendaires – suscitait de nombreuses fraudes, tout en étant lente et de faible rendement. Et l'Etat n'était toujours pas le seul percepteur – l'Eglise (la dime) et les nobles prélevaient leurs propres impôts. Il faudra donc faire beaucoup mieux ! Et, pour cela, les idées étaient toutes prêtes, énoncées dès Philippe le Bel : l'impôt est le bras de l'Etat, pour la défense du royaume et la gestion du bien général.

Pas question ainsi d'obtenir le consentement de sujets de droits, face auxquels, comme le suggère Montesquieu, tout impôt nouveau devrait être la contrepartie de libertés

supplémentaires, selon une vision profondément démocratique pour laquelle l'impôt devrait marquer la reconnaissance d'individus autonomes (on ne peut donc prendre leurs biens sans de sérieuses justifications) et responsables (personne ne peut donc se défilier face aux charges communes).

Les Cahiers de doléances rédigés pour les Etats généraux de 1789, il est vrai, ne le réclamaient pas. Ils s'inscrivaient encore dans une logique toute monarchique, exprimant leurs (nombreuses) plaintes (contre les privilèges, pour l'égalité de tous devant l'impôt, contre les taxes indirectes, pour la suppression des Fermiers généraux, ...) à un monarque chargé de faire régner la justice au nom de tous ses sujets. Avec la Révolution, l'Etat s'installera dans ce rôle. Il obtiendra le monopole de l'impôt. Lequel, plus qu'auparavant, pourra devenir *cet outil de régulation sociale qui prend aux revenus moyens pour donner un minimum aux pauvres et de larges profits aux riches à travers la dépense publique, tout en stabilisant les fortunes acquises au gré d'exemptions et d'arrangements divers.*

De la Révolution jusqu'à la Première guerre mondiale, le système d'Ancien Régime ne sera donc pas fondamentalement remis en cause. Certes, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen posera que l'impôt doit être également réparti entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés (art. 13) et – ce qui est beaucoup moins connu – que tous les citoyens ont le droit de constater *par eux-mêmes* ou par leurs représentants la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, le recouvrement et la durée (art. 14).

L'impôt, pendant de l'approbation du budget de l'Etat par le Parlement, sera désormais voté par les représentants du peuple. C'était indispensable. Jusqu'ici, les dettes royales n'étaient pas forcément reconnues. Couverts par le secret des finances royales, les emprunts d'Etat faisaient le jeu des initiés. Tandis qu'avec un budget soumis au Parlement, donc public, le Gouvernement britannique, via la Bank of England, empruntait bien plus facilement : à 3% ou 4% d'intérêts, contre de 5% à 10% pour l'Etat français. Pour plus de transparence, on posera également pour principe l'annualité budgétaire : les impôts ne sont votés que pour un an et doivent donc être revotés et donc réexaminés chaque année.

En fait, il n'en est rien. Seules les mesures nouvelles sont examinées lors du vote annuel des lois de finance, le reste – l'essentiel – étant quasi automatiquement reconduit. Un système qui pousse mécaniquement l'impôt perpétuellement à la hausse et qui témoigne qu'en matière d'impôt les grands principes sont tout relatifs.

Au XIX^e siècle, la fiscalité directe, jugée plus juste, sera mise en avant. Frappant la propriété, elle sera jusqu'en 1848 la condition même pour pouvoir être électeur (suffrage dit « censitaire »). Proportionnelle et indiciaire, elle ne concernera pas les revenus néanmoins mais les indices extérieurs de richesse. Ce seront « les quatre vieilles » : contributions foncière et mobilière, patente et contribution sur les portes et fenêtres. Et les impôts indirects, les taxes reviendront vite. Si, en 1830, la fiscalité directe représentait 30% des revenus de l'Etat, elle ne dépassait pas 10% en 1913. La Révolution avait été particulièrement sévère avec les Fermiers généraux. On verra réapparaître néanmoins des Receveurs généraux et, en 1865, des Trésoriers-payeurs, responsabilisés sur les sommes qu'ils étaient censés recouvrer et qui seront souvent en même temps banquiers. Enfin, de nouvelles révoltes fiscales éclateront, comme en 1830.

On imagine que la France est de tradition un pays de petits propriétaires, marquée par un fort esprit égalitaire. Cela, cependant, souligne Thomas Piketty, la fiscalité française ne le valide pas du tout ! A travers elle et tout au long du XIX^e siècle, ainsi, la propriété ne cesse de se concentrer entre quelques mains : les 1% les plus riches tiennent 45% des propriétés en 1810. Ce sera 55% en 1910 (*Capital et idéologie*, 2019, p. 174 et sq.⁴¹²).

Cette vision d'une France foncièrement égalitariste est née notamment en 1804 avec le principe d'un partage égalitaire des successions, qui fut alors vivement dénoncé pour favoriser l'émiettement des propriétés et la perte d'autorité des pères de famille. Autre mythe bien installé, parmi de nombreux autres : l'égalitarisme scandinave, ancré dans les origines vikings. Pourtant, jusqu'en 1920, la Suède est le pays le plus censitaire d'Europe ! (Piketty, p. 226 et sq.).

Finalement, l'une des novations les plus importantes qu'introduira la Révolution sera peut-être la formalisation du principe d'universalité budgétaire : tous les impôts de l'Etat tombent de manière égale dans son budget. Aucune recette n'est spécialement affectée à une dépense particulière. Cela soulignait que l'impôt sert l'intérêt commun et qu'il est collecté à ce titre. Il n'est pas le paiement d'un service particulier, d'une contrepartie déterminée, pour les contribuables. *Ce principe est fort important car il signifie que, s'il n'a pas pour contrepartie des engagements précis de l'Etat mais un budget plus ou moins détaillé dont on ne vérifie pas l'exécution, l'impôt ne se négocie et*

⁴¹² Paris, Seuil, 2019.

ne se contrôle au fond pas véritablement. Si la démocratie est née du consentement éclairé à l'impôt, comme on le répète généralement, alors il faut souligner que, dès les débuts de l'histoire démocratique française, ce principe a été foulé aux pieds.

Cependant, la situation fiscale de la France devait évoluer. En Allemagne (1871 et 1891) et en Grande-Bretagne (1875) des impôts progressifs sur le revenu étaient apparus. Aux Etats-Unis également, beaucoup voulaient ainsi éviter de voir se reproduire les inégalités de la vieille Europe, vue comme oligarchique (mais les écarts de richesse seront sans doute bien plus grands aux USA qu'en Europe). En Angleterre, on voulait tourner le dos au passé aristocratique. En 1901, en France, la progressivité sur les successions fut retenue. En 1907, Joseph Caillaux présentait devant l'Assemblée nationale un projet d'impôt sur le revenu, qui sera finalement voté en juillet 1914, après de houleuses polémiques⁴¹³.

Frappant l'ensemble de ses revenus, l'impôt supposait que chaque contribuable déclare tous les ans ses revenus. Les libéraux y verront un système inquisitorial. Pourtant, la grande nouveauté fut surtout que cela soit exigé de tous.

Nous l'avons vu, l'idée d'un impôt progressif sur le revenu n'avait rien de nouveau. Défendue avant la Révolution⁴¹⁴, elle sera portée par les Jacobins qui tenteront de l'appliquer en 1793. Et finalement, il se passera avec l'impôt progressif sur le revenu la même chose qu'avec les impôts directs précédents. Conçu au départ pour prendre aux riches (au Royaume-Uni, il frappa d'abord moins de 10% des contribuables), il pèsera finalement surtout sur les classes moyennes. Particulièrement celles qui s'élèvent socialement par la rémunération de leur travail – ce qui fera parler de « l'impôt de jalousie ». Une taxe prélevée sur les plus capables⁴¹⁵ ! De nombreux aménagements, liés notamment au fait qu'à la différence de la plupart des autres pays, l'impôt sur le revenu est calculé en France par foyer fiscal et non par individu, permettront d'en exonérer pratiquement les bas salaires. Tandis qu'il touchera si mal les revenus de la richesse acquise – les revenus non gagnés (bourse, immobilier, placements, ...) reposant sur des purs effets d'aubaine et de rente, comme le souligne Maurice Allais (*L'impôt sur le*

⁴¹³ Voir N. Delalande & A. Spire *Histoire sociale de l'impôt*, Paris, La Découverte, 2010.

⁴¹⁴ Voir notamment J-J-L. Graslin *Essai analytique sur la richesse et sur l'impôt*, 1767 (Paris, L'Harmattan, 2008).

⁴¹⁵ Voir B. Maury *J'accuse l'IR*, Paris, Calmann-Lévy, 1996.

capital, 1966⁴¹⁶) – que la Gauche instaurera finalement un Impôt sur la fortune.

Quelles étaient les justifications d'un impôt progressif, en effet ? La principale plaidait pour un rééquilibrage, par l'impôt, des conditions. Avec cette idée, défendue notamment par Condorcet, qu'il est normal que les riches paient davantage d'impôt car ils profitent plus des dépenses faites pour l'utilité générale. Une idée toujours courante de nos jours⁴¹⁷ et qui est devenue quasiment un dogme, ce qui l'immunise contre toute critique, alors même qu'elle paraît plutôt fragile !

D'abord parce qu'elle ne justifie pas la progressivité mais peut être satisfaite par la proportionnalité de l'impôt par rapport aux revenus. Ensuite parce qu'on serait bien en peine de dire exactement en quoi les riches tirent davantage des dépenses faites pour l'utilité générale. Ce serait vrai dans un système où tous les contribuables, quel que soit le niveau de leur revenu, paieraient le même montant d'impôt ou de taxe (ce qui est, soit dit en passant, le cas de la plupart des taxes ainsi que des services publics et assimilés – les autoroutes ou l'essence ne sont pas moins chères pour les bas revenus, on a seulement une TVA réduite sur des produits de première nécessité). Mais dès lors que, du fait de la proportionnalité ou de la progressivité, on finance d'autant plus les dépenses publiques que ses revenus sont plus élevés, en quoi bénéficie-t-on précisément « plus » des services communs – qu'il s'agisse de la sécurité sociale ou de l'éducation ?

On avance que si l'école est gratuite (ou presque), c'est comme un cadeau fait aux plus riches. Ce qui revient à oublier qu'à travers l'impôt progressif elle leur coûte beaucoup plus chère. On avance encore – ce qui est vrai – que les classes les plus aisées sont surreprésentées dans les filières d'excellence. Mais en quoi cela se rapporte-t-il au financement de l'éducation ? Les enfants de professeurs sont également surreprésentés dans ces filières, sans que leurs parents aient des revenus particulièrement élevés.

En fait, d'un point de vue économique, comme l'enrichissement par le salaire – qui est le revenu d'un travail – se tire d'une création de richesse et que l'utilité générale, financée par l'impôt, sera d'autant mieux servie que davantage de richesses seront créées, la progressivité devrait plutôt être négative et l'impôt frapper d'autant moins les revenus du travail qu'ils sont plus élevés !

Aussi fallut-il développer une justification beaucoup plus radicale. Il fallut admettre que toute richesse est une dette par rapport à la société, au nom de quoi il est

⁴¹⁶ Paris, Hermann, 1989.

⁴¹⁷ Voir par exemple K. Scheve & D. Stasavage *Taxing the Rich: a history of fiscal fairness in the United States and Europe*, Princeton University Press, 2017.

légitime de prendre aux mieux lotis pour financer des dépenses de rééquilibrage social dont ils ne bénéficieront pas. Ce qui revient à dire que les richesses appartiennent à la société, ce qui légitime non seulement la mainmise de l'Etat sur toutes les richesses mais ce qui enjoint surtout à ce dernier de déterminer et de justifier les différences de revenus au sein de la société. L'idée était déjà chez Rousseau, quand il distinguait le nécessaire du superflu des revenus (*Discours sur l'économie politique*, 1758⁴¹⁸).

L'Etat percepteur devra désormais exercer cette distinction. Se prononcer sur l'utilité réelle des revenus et plus (successions, propriétés, épargne, ...). Ainsi, le Conseil constitutionnel, en France en 2012, a-t-il été saisi concernant l'idée d'un « bouclier fiscal » - un pourcentage des revenus au-delà duquel l'Etat ne pourrait plus *légitimement* prendre. Mais sur quel fondement une telle distinction peut-elle être fixée ? Différentes théories peuvent la justifier (comme la décroissance de l'utilité marginale des revenus) et ce nouveau rôle de l'Etat a pu être envisagé de différentes façons.

La décroissance de l'utilité marginale des revenus repose sur l'idée que plus le revenu s'accroît, moins il est utilisé pour consommer et est donc épargné, c'est-à-dire selon une vision assez fréquente de l'épargne, quasiment stérilisé. De ces considérations, on tire que l'impôt progressif ne pénalise donc pas véritablement ceux auxquels il est appliqué. L'économiste Simon Kuznets a statistiquement montré que cette théorie, énoncée notamment par John Maynard Keynes, de la baisse de la propension à consommer avec la hausse des revenus n'était pas valide, notamment pour les revenus moyens. Dans la mesure où cette théorie était avancée pour justifier la redistribution, ce constat a été très discuté. Franco Modigliani a voulu en rendre compte par sa théorie du cycle de vie et Milton Friedman par celle du revenu permanent (la consommation ne suit pas les revenus actuels mais une estimation des revenus futurs, fondée sur les revenus actuels et passés) et pour critiquer les politiques de redistribution. Le débat, ainsi, s'est politisé et s'est depuis enlisé.

En France, ainsi, sous l'influence du Programme d'action de la Résistance (mars 1944), la protection sociale, justifiant l'impôt, a été vue comme un revenu assuré pour tous par l'Etat contre l'arbitraire salarial des patrons. Mais, à travers l'ingénierie administrative des revenus, certains rêveront aussi bien d'une société d'égaux. Et d'autres verront encore dans la progressivité de l'impôt une mesure morale allant contre l'appât du gain. Richelieu ne raisonnait pas autrement ! Et c'est seulement le rôle de l'impôt comme régulateur social qui a ainsi été consacré, plus fortement que jamais.

L'important est que ce rôle de l'Etat, aussi incertain soit-il quant à ses fondements,

⁴¹⁸ *Œuvres complètes* III, Paris, Pléiade Gallimard, 1959.

annule l'idée que l'impôt soit la contrepartie d'un service - comme le concevait encore Proudhon, rappelant que l'Etat ne peut imposer des services qu'on ne lui demande pas (*Théorie de l'impôt*, 1861⁴¹⁹). Il rend les droits individuels inopposables à l'impôt et la liberté inopposable à la solidarité. Sachant que cette solidarité n'est pas formellement définie et qu'elle donne à l'Etat une fonction de décideur quant à savoir ce que chacun doit finalement avoir pour revenu que rien ne fonde légitimement : quand cette fonction a-t-elle été soumise à un vote ? En quoi est-elle inscrite de manière claire dans la Constitution ? A quel contrôle est-elle soumise ?

*

La plupart des contribuables, sans doute, imaginent que les impôts qu'ils paient sont fonction des services que l'Etat leur rend. Et que ces services sont forcément utiles, puisqu'ils sont rendus au nom de l'intérêt général. A ce compte, Sloterdijk a raison : quant à l'impôt, les démocraties modernes ont-elles réellement davantage de légitimité que les royautés d'Ancien Régime !? En fait, notre situation est sans doute pire : on nie les droits de propriété face à l'impôt mais non quant à la constitution des richesses et l'on a à la fois un Etat tutélaire et de fortes inégalités. Mais, de nos jours, l'impôt est justifié par une sorte de méliorisme indéfini à la Rawls qui vise, nous l'avons vu ci-dessus, une sorte d'égalisation permanente qui tolère dans les faits de fortes inégalités, dès lors que les moins aisés en profitent quand même un peu. Au-delà, apparemment, tout le monde s'en moque !

On peut facilement comprendre que les critiques libérales – nommant « servitude » la soumission de la liberté à la solidarité (Friedrich Hayek) et la progressivité une forme adoucie de vol (John Stuart Mill) et passant dès lors pour défendre les privilèges des plus riches – n'aient jamais été largement reçues. Il est plus étonnant, en revanche, que l'on n'ait guère entendu de critiques d'un point de vue marxiste. Car si l'impôt peut taxer la rémunération du travail *sans contrepartie*, en quoi est-ce différent de l'exploitation capitaliste ?

Le marxisme fonde toute l'économie sur la valeur que crée le travail et il entend réorganiser la société sur le principe que personne ne doit s'approprier le travail d'autrui, au sens où il lui volerait une partie de la valeur créée. Dans ces conditions, on peut admettre que l'on taxe la valeur ajoutée, qui représente la plus-value obtenue en rémunérant le travail moins que ce que la vente de ce qu'il produit rapporte et qui n'est pas retournée aux travailleurs. La TVA (une création française) peut ainsi passer pour

⁴¹⁹ Paris, Dentu, 1861.

un impôt d'inspiration marxiste qui, à travers la redistribution, réalloue aux travailleurs une partie de la plus-value. Toutefois, ce principe est pratiquement neutralisé dès lors que la TVA est tout simplement répercutée dans les prix. Toujours selon le schéma récurrent en somme : les travailleurs, à travers leur consommation, paient les sommes qui leur seront redistribuées en partie, tandis que la TVA impacte peu les profits des actionnaires !

En revanche, comment justifier l'impôt sur les revenus du travail d'un point de vue marxiste ? Et surtout leur pénalisation à travers l'impôt progressif ? Si l'on ne veut pas ramener le marxisme à un moralisme de catéchisme, il faut reconnaître que les récriminations face à l'impôt - « les autres gagnent plus que moi, ce n'est pas juste, ils doivent m'en donner quelque chose » ou « au fur et à mesure qu'ils gagnent plus, ils doivent donner plus car il ne serait pas juste qu'ils s'enrichissent plus que moi » - n'ont rien de marxistes.

A partir de là, la pression fiscale ne semble plus avoir d'autre fin que son propre accroissement indéfini. L'Etat se développe avec l'économie : la dépense publique représentait 10% du PIB de la France en 1910, 28% en 1947 et 57% en 2010⁴²⁰. A ce dernier niveau, la dépense publique représente donc la composante principale du PIB (en même temps que l'on accuse couramment la politique économique de céder au néolibéralisme !). Elle n'est plus simplement correctrice ou redistributive. Elle organise véritablement l'économie (alors même que l'Etat a privatisé l'essentiel des activités industrielles qu'il pilotait). Et les principes ne peuvent plus guère être respectés. On défend la progressivité de l'impôt mais la fiscalité indirecte, proportionnelle aux prix de vente, qui présente le meilleur rendement, assure les principales ressources de l'Etat. Les charges de redistribution sont basculées sur les cotisations sociales, c'est-à-dire essentiellement sur les revenus du travail.

Puisqu'à la différence du modèle « beveridgien », le plus généralement suivi, la France a choisi de ne pas financer la solidarité sociale par l'impôt, avant l'apparition de la CSG, puis de la CRDS.

Les impôts s'accumulent (environ 250 impôts différents en France, contre 48 en moyenne dans les pays de l'UE) et l'on a des impôts dont l'assiette inclut des charges déjà payées (CSG). Des taxes dont le calcul inclut des taxes déjà payées (TVA⁴²¹). Comme avec les péages féodaux, on taxe tout, petitement. En même temps, fleurissent les niches

⁴²⁰ Voir R. Delorme & C. André *L'Etat et l'économie* (Paris, Seuil, 1983), qui discutent notamment la loi de A. Wagner voulant qu'il y ait une relation nécessaire entre le développement économique et celui de l'Etat.

⁴²¹ La refacturation de frais directs entre entreprises est en effet soumise à la TVA, laquelle est donc en l'occurrence calculée sur un montant de frais qui l'inclut déjà.

fiscales et les impôts négatifs (avoirs fiscaux, crédits d'impôt) qui redonnent d'une main ce que l'autre a pris, pour séduire les investisseurs (Crédit Impôt Recherche), nourrir le clientélisme (les aides personnelles au logement, grande mesure d'accompagnement social des étudiants pour les aider à se loger qui, intégrées dans les loyers par les propriétaires, reviennent à verser directement des subventions à ces derniers !) et créer des effets d'aubaine pour certains à travers des avantages fiscaux ciblés (centres villes, œuvres d'art, ...). Sans oublier les opportunités d'optimisation fiscale, notamment entre pays de l'UE, pour ceux qui en ont les moyens. En quoi notre situation vérifie toujours le vieil adage qu'il faut être riche pour échapper à l'impôt !

Bien sûr, les politiques ne manquent jamais de promettre de baisser les impôts et de rationaliser, dans le sens d'une plus grande justice, un système fiscal dont la profusion et la complexité défie l'entendement. Mais il est si facile de lever de nouveaux impôts ! Au nom du Bien commun et, dernière trouvaille, pour lutter contre les comportements nuisibles et culpabilisants, comme avec les nouvelles écotaxes.

Dès lors – faut-il vraiment s'en étonner ? – de nouvelles fortunes ont rapidement trouvé à se constituer sur les énergies renouvelables. Les éoliennes représentent ainsi une excellente rente en produisant médiocrement une énergie hors de prix qu'une loi, néanmoins, a opportunément obligé les compagnies d'électricité à acheter, tout en répercutant ce surcoût sur les factures des particuliers. Pour le plus grand profit des acteurs privés qui investissent dans l'éolien. On le voit, à travers l'Etat, il est toujours très facile de détrousser ses concitoyens. Et c'est en plus de manière vertueuse !

*

Il n'y a cependant rien là de nouveau et l'on pourrait multiplier les exemples. Prenons notamment les politiques conduites depuis le début du XX^e siècle en France pour ce qui concerne le logement. Elles ont suivi, avec quelques oscillations, une forte tendance au dirigisme pour maîtriser, dans le sens de l'intérêt général et pour protéger les plus démunis, l'accès au logement. Un dirigisme actif (encadrements des loyers, nationalisation du logement social, création de zones prioritaires, ...) puis davantage normatif (loi SRU en 2000 notamment). Dans ce cadre, les intérêts des propriétaires ont souvent dû plier, notamment dès lors que sous le gouvernement de Vichy, il fut admis que les communes

peuvent classer non constructibles les terrains qui leur sont rattachés sans avoir à dédommager les propriétaires. En 1967, le principe a même été entériné que tous les terrains sont inconstructibles sans permis de construire. En France, les autorités ont ainsi largement mis la main sur l'immobilier, aucune construction ne pouvant avoir lieu sans leur accord.

Or cela, qui fut réalisé au nom de l'intérêt général, n'aura évité ni de graves pénuries de logements – notamment celle après la seconde guerre mondiale, qui fut beaucoup moins rapidement résolue qu'en Allemagne de l'Ouest, pourtant beaucoup plus touchée par les destructions – ni de nombreux scandales et détournements et pour finir, de nos jours, une spéculation effrénée dans les plus grandes agglomérations (bien plus forte en France que dans un pays comme l'Allemagne), qui rend l'accès à la propriété et à la location difficile pour beaucoup de gens. Même au plan des normes, certains constats sont étonnants compte tenu de politiques conduites par la puissance publique : les Français sont devenus plus grands de 7 cm en moyenne au cours des soixante dernières années, tandis que la hauteur sous plafond des logements baissait de 27 cm !

Au total, avec un bilan très mitigé, la mainmise publique sur le logement n'a pas entravé la constitution de fortunes considérables, l'immobilier étant même une manière privilégiée de s'enrichir si l'on considère les principales nouvelles fortunes françaises récentes.

Une question se pose donc : cet enrichissement est-il comme un effet collatéral et providentiel de politiques publiques qui visaient de tout autres objectifs ? Ou bien, dès le départ, le dirigisme public a-t-il favorisé certaines fortunes ? Pour répondre, il faut considérer la fiscalité. L'effet principal des politiques publiques du logement en France a été de rendre rare le foncier constructible. La valeur de ce dernier a donc été d'autant plus augmentée, aux bénéfices des propriétaires. Une fiscalité correctrice a-t-elle donc été mise en place contre ce pur effet d'aubaine ? Non pas mais le contraire : longtemps, les plus-values réalisées lors de la vente de terrain furent totalement exonérées d'impôt si la cession intervenait après une possession des terrains depuis plus de vingt-deux ans ! L'impôt a donc encore une fois ici pleinement joué ce rôle d'enrichissement direct et de barrière à l'entrée que nous lui avons vu jouer dans toute l'histoire de la France moderne. Deux pouvoirs économique et administratif se sont affirmés de concert : les responsabilités et, avec elles, les moyens d'organiser un clientélisme politique efficace

qu'y ont gagné les communes a été payé par un enrichissement des grands propriétaires. Et les classes moyennes à la recherche de meilleurs logements, en payant ceux-ci toujours plus chers et en payant des impôts sur leur transmission, ont financé le tout.

En quoi il ne faudrait surtout pas croire que la France fait figure d'exception. Selon l'*Office for National Statistics* britannique, 10% des ménages du Royaume-Uni tiennent 44% de la richesse et la part des 1% les plus riches est passée de 6% à 14% au cours des trente dernières années. Or l'ONS montre également que pour les 20% des ménages les plus pauvres, les impôts indirects représentent 29,7% de leurs revenus et les impôts directs 12,9%, soit 42,6%, contre respectivement 23,2% et 14,6% pour les 20% des ménages les plus aisés, soit 37,8%... A ceci, il faut encore ajouter une évasion fiscale évaluée à 120 milliards de £ par an. Enfin – mais les données sont à cet égard bien moins faciles à connaître – il semble que 1% de la population possède la moitié des terres du Royaume-Uni et ceci depuis des siècles pour quelques aristocrates comme le Duc de Buccleuch. Des fortunes d'abord foncières entre les mains de quelques milliardaires, tenant la presse et comptant nombre de parlementaires obligés (ce n'est bien sûr pas en France que l'on verrait cela !). Une image au fond toute féodale de la Grande-Bretagne qui n'est pas courante et pourtant...

*

La seule véritable nouveauté à notre époque concerne le consensus que recueille une situation pourtant effarante⁴²². C'est qu'elle a su mobiliser le ressort du snobisme. Critiquer l'impôt fait « peuple », dans un pays où l'élévation générale du niveau scolaire conduit beaucoup de personnes à regarder avec un certain dédain le milieu dont elles viennent et dont elles essayent de s'extraire. Ainsi les dernières révoltes fiscales (celles conduites par Pierre Poujade dans les années 50⁴²³, puis par Gérard Nicoud dans les années 70, celle des Gilets Jaunes à leurs débuts en 2018) ont facilement pu être disqualifiées en les présentant comme propres à une France provinciale à la traîne.

Beaucoup d'ouvrages de référence sur la situation fiscale, comme ceux de Thomas Piketty, montrent assez sur quelles confusions repose ce consensus d'acceptation fiscale. La progressivité y est présentée comme la justice même, de sorte qu'elle parait toujours insuffisante et menacée quoiqu'elle n'ait cessé d'être rognée sur le long terme en France, y compris par des gouvernements de gauche⁴²⁴.

Toute défiscalisation parait a priori un mal, sans qu'on sache finalement trop pourquoi. Parce que les besoins de l'Etat ne seraient pas financés ? Cela peut paraitre

⁴²² Voir P. Némó *Philosophie de l'impôt*, Paris, PUF, 2017.

⁴²³ Voir ce qu'en dit Roland Barthes dans ses *Mythologies* ! (Paris, Seuil, 1957).

⁴²⁴ Voir E. Saez & G. Zucman *Le triomphe de l'injustice*, Paris, Seuil, 2020.

assez étrange alors que l'Etat emprunte à tour de bras. Et pour satisfaire quels objectifs précisément ? Parce que la richesse est en soi un mal ? Elle est souvent présentée ainsi mais alors l'impôt ne suffit pas pour lutter contre elle. Et finalement, souligner l'inégalité face à la charge fiscale dispense de toute réflexion réelle sur la légitimité et la nécessité de l'impôt. Faire payer les riches ! C'est l'éternel argument qui permet de lever de nouveaux impôts... qui pèseront surtout sur les classes moyennes.

*

Beaucoup jugent l'impôt acceptable car ils le croient économiquement neutre : à travers lui l'argent circule, ce qui est économiquement favorable et permet d'introduire un peu plus de justice. Le problème est qu'on pourrait dire la même chose du vol ! A assez bon droit car, dans les deux cas, on biffe complètement la liberté de chacun de disposer de ses propres ressources. Mais celles-ci relèvent de la propriété et la *doxa* dominante, il est vrai, nous a appris à considérer celle-ci avec beaucoup de réserve. Comme si elle était un péché ! Les discours progressistes actuels ont beaucoup à voir avec ce que prêchaient traditionnellement les curés. Avec la même inefficacité ou la même hypocrisie.

Quoi qu'il en soit, ce jugement est doublement fautif. Dans les faits, puisque seule une partie des impôts (environ 40% en France) est proprement redistribuée (tandis que, par manque de moyens, beaucoup de services publics sont à la dérive, comme l'a montré la crise sanitaire de 2020 pour la santé).

Et quant au raisonnement économique puisque c'est surtout le surplus de revenus dégagé, une fois les dépenses courantes acquittées, qui permet l'investissement et le développement économique. Si je gagne 100 et que mes dépenses courantes représentent 60, ce sont les 40 restants qui vont me permettre d'épargner, d'investir ou d'acquérir des biens nouveaux. Dans les trois cas, le développement économique est favorisé. Tandis que les 60 dépensés ne créent de richesse qu'à travers le profit que peuvent dégager mes fournisseurs. Profit qui tient alors beaucoup à la compression des coûts et des salaires qu'ils seront à même de réaliser. De sorte que si, sur 40, l'Etat prend 30, pour les redonner à plusieurs qui gagnent nettement moins de 100, ceux-ci vont mieux assurer leurs dépenses courantes, sans atteindre le confort pour autant et sans perspectives d'améliorer leur situation dans une économie à croissance faible, une croissance de simple

consommation, aux coûts rognés (car si certains secteurs peuvent en profiter, c'est au détriment d'autres), du fait d'un marché peu porteur. Comme le disait Bastiat, si une vitre est brisée, le fait d'appeler le vitrier fait circuler l'argent mais ne crée aucune richesse.

Ce constat n'a rien à voir avec ce que l'on nomme la « théorie du ruissellement », qui voudrait que plus les riches s'enrichissent, plus ils dépensent et plus l'économie en profite, ce qui justifierait la défiscalisation des plus hauts revenus. Pour qu'un marché permette un enrichissement global, c'est-à-dire suscite des investissements et donc des emplois et des revenus en hausse, il faut que le maximum d'individus disposent d'un peu plus d'argent qu'ils n'en ont besoin. Il faut une classe moyenne en extension. *Le secret de tout développement économique tient en un mot – pourtant honni ! – la bourgeoisie.* Et ses valeurs d'effort, de travail, d'éducation et d'épargne. A contrario, l'économie d'Ancien Régime en témoigne aussi bien que nombre de pays en développement dans le monde aujourd'hui, quand seuls les riches deviennent plus riches, ils stérilisent l'argent dans l'inflation de certains actifs, comme l'immobilier, dans des dépenses ostentatoires et le clientélisme, à travers lequel certains profitent des autres tandis que la majorité s'appauvrit.

En France, quand on gagnait le SMIC en 2021, on touchait un peu plus de 71% en net des cotisations sociales (personnelles et versées par l'employeur). Et on ne payait pas d'impôt sur le revenu. Si l'on gagnait 10 000 € par mois, on ne touchait en net que 37% de son salaire. Et l'on payait l'IR. Reste en plus, dans les deux cas, à payer les impôts indirects : TVA (20% sur la plupart de ses dépenses), carburant (les taxes représentent 66% de son prix), électricité (33%), achat immobilier, etc. Quand un employeur donne 100 € à un salarié, l'Etat prend 60 €. Mais peu de Français le réalisent. N'allez donc pas dire que la charge fiscale bloque l'emploi, sinon sur les plus bas salaires. On ne vous croira pas ! Ne demandez pas qu'on limite les impôts pour rendre du pouvoir d'achat. On ne vous comprendra pas ! C'est la redistribution, voyons !, qui redonne du pouvoir d'achat. Et il faut la défendre, contre les visées néo-libérales. L'Etat le premier souligne les inégalités. C'est bien la preuve qu'il faut encore monter les impôts. Et il se montre intraitable sur la fraude fiscale. Enfin, sur quelques cas... Tandis qu'il l'organise légalement au niveau européen.

Dénoncer la fraude fiscale fait l'objet d'un large consensus et l'Etat ne s'en prive donc pas, tout en promettant de la combattre fermement. Toutefois, dans les chiffres avancés, il est souvent difficile de distinguer entre la fraude et l'évasion fiscale, qui elle est légale et que l'Etat organise donc. Par ailleurs, pour

certain, la fraude aux prestations sociales atteindrait des montants bien plus élevés⁴²⁵. Mais elle est bien moins reconnue et combattue. Au total, rançon inévitable d'un pays où impôts et taxes sont massifs et sans cesse croissants au point de perdre toute utilité évidente, les pratiques de fraude sont courantes. Au grès des sondages, un tiers des Français reconnaît avoir eu recours au « travail au noir » ou avoir fraudé dans les transports en commun. Ces pourcentages, déjà élevés, ne traduisent sans doute qu'une partie de la réalité.

La question de la légitimité de l'impôt a été historiquement au fondement des démocraties modernes. Poser cette question aujourd'hui serait cependant une pure perte de temps et l'on aurait la majorité contre soi. Au total, les Français acceptent volontiers un système qui leur prend bien plus de la moitié de ce qu'ils gagnent, sans qu'ils aient la moindre idée claire de ce à quoi cela sert mais tout en constatant la dégradation de nombreux services publics qu'ils doivent, de plus en plus, payer deux fois, comme contribuables et à titre privé (autoroutes, santé, écoles, ...). C'est assez facile de conduire un troupeau !

*

En conclusion, il est intéressant de revenir sur l'épisode historique de la Fronde (1648-1653). Parce qu'il illustre particulièrement ce fait qu'une société n'est qu'un arrangement instable et ne forme pas d'elle-même un tout. De sorte qu'il n'y a pas de Bien commun qui ne s'enracine dans des situations individuelles. Dans le respect de droits particuliers.

De 1630 à 1635, l'impôt triple en France. Dès 1624, les Croquants se sont soulevés dans le Quercy. Malgré une répression féroce, ils le feront encore en 1635 et 1637. En 1639, ce seront le Nu-Pieds en Normandie. Souvent, les petits seigneurs locaux les accompagnent – quand la Taille augmente, leurs propres rentes sont réduites. La logique de l'Etat n'est pas celle du peuple. Mais qu'est-ce que cet Etat en l'occurrence ? Dans bien des cas, la Fronde représentera les derniers soubresauts de ces révoltes fiscales⁴²⁶. Quoiqu'elle les déborde de beaucoup. Le mouvement est d'abord urbain. Et très vite, l'Etat explose avec les hiérarchies sociales sur la reconnaissance desquelles il paraissait se fonder. Quelques-unes des plus importantes familles du Royaume rejoignent le

⁴²⁵ Voir C. Prats *Cartel des fraudes*, Paris, Ring, 2020.

⁴²⁶ Voir F. Bluche *Louis XIV*, Paris, Fayard, 1986, p. 57 et sq.

mouvement. Tandis qu'à travers ses soulèvements fiscaux, le peuple a exprimé la vision qu'il avait réellement de ses dirigeants.

On croit souvent que la personne royale inspirait un respect quasi divin. Voilà pourtant ce que répondaient les paysans rebelles que l'on sommait d'obéir au roi en février 1562 : « Quel roi ? Nous sommes les rois, nous. Estui-là que vous dites est un petit reyot de merde ; nous lui donnerons les verges et nous lui donnerons métier pour lui faire apprendre de gagner sa vie comme les autres⁴²⁷. »

La Fronde est en fait lancée par la robe parisienne, qui entend profiter d'une vacance du pouvoir royal pour mieux s'imposer. Ayant réussie à se hisser jusqu'au niveau de la fraction la plus riche et influente de la noblesse, elle entend – bien entendu au nom du Peuple et du Bien général – lutter contre tout ce qui lui fait de l'ombre : le pouvoir acquis au sein de l'Etat par les intendants et les financiers, la création de nouveaux offices publics, la hausse des contributions, ... Cette révolte est donc d'une hypocrisie totale et, menée au nom des intérêts de classe des privilégiés, n'a strictement rien de démocratique. Pourtant, pour la première fois peut-être en France, apparaît une problématique proprement démocratique au sens moderne : l'Etat se voit opposer des droits et des intérêts qui lui rappellent que son rôle est justement de les prendre en compte. Il n'en sera rien mais, en 1789, les choses se reproduiront au début de manière très comparable, avant de connaître une tout autre issue.

Toutefois, l'histoire de la Révolution française fait aussi bien assister au basculement d'un nouveau régime d'essence démocratique, fondé sur l'affirmation des droits individuels, à un émotivisme qui signifiera rapidement leur confiscation. De 1789 à 1792, on voulait surtout l'égalité des droits et donc la fin de la féodalité – c'est tout le sens de l'abolition des privilèges lors de la nuit du 4 août 1789 (même si elle n'a été qu'une mise en scène pour certains historiens). Mais cette réclamation, Louis XVI ne l'entend pas ou, sans doute, ne peut l'accepter. Une situation de blocage institutionnel en suit, qui va favoriser des réactions émotivistes – y compris au sein de la noblesse, dont on imagine mal, souligne un historien⁴²⁸, à quel point elle a pu s'enticher des idées des philosophes à partir de 1760. Certains par intérêt, comme le duc d'Orléans, le futur Philippe Egalité et d'autres comme le duc de Luynes, sans doute pour paraître d'une exceptionnelle largesse

⁴²⁷ Cité par J-P. Babelon *Henri IV*, Paris, Fayard, 1982, p.97.

⁴²⁸ Voir L. Madelin *Les hommes de la Révolution*, 1928 (Paris, Perrin, 1979).

d'esprit, soulignant ainsi leur position supérieure⁴²⁹. La Fayette était grand lecteur du *Contrat social*. Comme Joséphine, vicomtesse de Beauharnais, qui ajoutera bientôt après sa signature « sans-culotte montagnarde ». Déjà, Madame de Pompadour s'entichait de Voltaire et de Diderot. Comme Elisabeth de Gramont sera plus tard surnommée « la duchesse rouge » ; tandis que la Comtesse de Greffulhe s'entichera de Léon Blum. Ce « socialisme en habits du soir », dont se moquait Engels, sera même anarchiste à la fin du XIX^e siècle, dans le sillage de l'affaire Dreyfus.

En 1792, il faudrait stabiliser le bouleversement majeur qui s'est produit. On se pique plutôt de légiférer pour l'Humanité entière. Les Girondins les premiers sont ainsi des romantiques de la Révolution. Une femme, Madame Rolland, en porte particulièrement l'esprit⁴³⁰. Une femme que ses passions rendent intransigeante, notamment face à Danton qui, avec les Montagnards, aura sa tête (au sens propre) et, dans un climat de plus en plus trouble et guerrier, instaurera bientôt une Terreur au nom de la vertu. Mais un Robespierre, pour qui tous les droits individuels sont annulés au nom du Bien, n'est pas moins intransigent et passionné.

Finalement, le putschiste Bonaparte trouvera face à lui un régime exsangue, dont certains survivants, surtout les plus intransigeants, comme Fouché (voir 4. 2. 18.), compteront parmi les meilleurs serviteurs de l'Empire. Sieyès qui avait ouvert la Révolution, comprenant la force politique décisive du Tiers-Etat, la refermera en offrant ce qu'il en reste à un César. Qui saura l'en remercier en rentes et en titres. Pour beaucoup d'historiens, y compris marxistes, Bonaparte a sauvé l'esprit de la Révolution. Il en a plus exactement sauvé les fortunes. Car, comme toujours, l'émotivisme s'est fort bien marié à l'appât du gain – le couple Tallien l'illustre particulièrement⁴³¹.

*

Les historiens ne voient généralement dans la Fronde qu'une rébellion nobiliaire chaotique, une réaction presque absurde face à la montée en puissance de l'Etat. Comme si le problème, finalement, était la conception que l'on a de l'Etat. Comme incarnation possible, sinon toujours réelle, du Bien public. Ce qui est une conception morale, source

⁴²⁹ Voir F. Rouvillois *Histoire du snobisme*, Paris, Flammarion, 2008, p. 200 et sq.

⁴³⁰ Voir particulièrement Taine *op. cit.*, p. 582.

⁴³¹ Voir Taine p. 1023 et sq.

d'un émotivisme qui peut aller complètement à l'encontre des droits quand la morale devient utilitarisme et en vient à considérer – comme le soutient Richard Hare (*Penser en morale*, 1981⁴³²) – qu'est juste ce qui maximise la satisfaction des désirs du plus grand nombre et donc également leurs aspirations à la justice. Ce qui revient à instaurer sans partage et sans contestation possible – au nom de la justice – la loi du groupe ou ce que l'on supposera telle.

Devenue raison d'Etat, cette défense de la justice devient une dictature vertueuse – ce dont l'histoire nous fournit de nombreux exemples, de la Genève de Calvin à la Russie bolchevique, en passant par la République de Cromwell et la Terreur montagnarde. Autant d'épisodes que l'on ne rapproche cependant jamais sous cet aspect. Un gouvernement pour le Bien qui ignore les droits qui pourraient s'opposer à lui, lesquels sont réduits au silence dans un système de dénonciations et de confessions publiques, comme les pratiquaient les Puritains et auxquelles les réseaux sociaux donnent de nos jours une portée inouïe. Une dictature de la vertu dont bien des traits réapparaissent autour de nous et face à laquelle il s'agit de repenser l'Etat. C'est-à-dire le pouvoir.

Car le plus étonnant dans l'acceptation générale dont l'impôt fait désormais l'objet est qu'à travers elle, la question du pouvoir n'est plus posée. Car l'impôt est le pouvoir même et c'est à ce titre qu'il doit susciter une défiance immédiate.

Derrière l'impôt, il y a la tentation de la rente : l'argent sans travail et dont il n'est pas à rendre compte de l'emploi. Sinon en principe... Le travail remet en cause les situations acquises. Il introduit de la compétition. Or, s'il y a des luttes pour le pouvoir, le pouvoir est justement ce qui les surmonte. Vivre de l'impôt et en abuser sont alors ses attributs mêmes. C'est pourquoi la démocratie, dont le principe veut que tout pouvoir soit issu d'une volonté commune, se fonde sur le consentement à l'impôt et sur le contrôle de son emploi. Cependant, aujourd'hui, dans nos démocraties, en quoi ce consentement et ce contrôle consistent-ils précisément ? Il serait difficile de répondre clairement mais la question n'est plus posée. Elle ne préoccupe pas. Pourquoi donc ? Parce qu'avec le tournant émotiviste des démocraties moderne, les droits ont cédé aux passions et aux intérêts politiques. Et l'impôt est devenu un sujet éminemment politique. Au point qu'en France, il est quasiment impossible d'être de gauche et de s'opposer à la pression fiscale.

Les théoriciens du contrat social n'avaient pas du tout imaginé que les passions

⁴³² trad. fr. Paris, Hermann, 2020.

politiques deviennent un ensemble de croyances, conditionnant comportements et styles de vie. Julien Benda le constatait au début du XX^e siècle : la politique a tout envahi, jusqu'aux débats scientifiques ! (*La trahison des clercs*, 1927⁴³³).

A travers le prisme des passions politiques, il n'est plus de droits ou de faits en eux-mêmes. Tout est envisagé sous une perspective conséquentialiste. Laquelle est soumise à un idéal, au nom duquel les comportements peuvent être contraints et peuvent devoir être corrigés. Ce qui désigne celui qui n'est pas d'accord comme un adversaire. Un ennemi auquel la logique émotiviste ne reconnaitra bientôt plus de droits.

Car au gré de l'émotivisme, l'enfant-roi découvre bientôt avec stupeur que le monde n'est pas fait exactement à sa mesure. Pour un Geoffroy de Lagasnerie, par exemple, c'est là une découverte que personne n'avait faite avant lui. Avec cette vérité qui également l'attendait : la démocratie, c'est le gouvernement de soi par soi ! De sorte qu'il faut inventer une toute nouvelle justice et dissoudre toute souveraineté (*Juger*, 2016, pp. 262-265⁴³⁴). Car si tout pouvoir doit passer par moi, toute contrainte exercée par l'Etat est exactement comme une violence privée. Elle est également arbitraire (*La conscience politique*, 2019, p. 121⁴³⁵). L'Etat n'arrête pas les individus. Il les enlève (p. 214).

Il est donc urgent de tout refaire à ma mesure – les sciences sociales, notamment, qui singent les sciences exactes en se voulant empiriques, descriptives et qui devraient être des pratiques déstabilisatrices. Il faut, disait Foucault, déconstruire les systèmes de pouvoir qui nous produisent inconsciemment. S'efforcer de produire un savoir vrai, neutre, désengagé, c'est collaborer (*Penser dans un monde mauvais*, 2017⁴³⁶). Autant dire que l'enfant-roi ne comprend pas qu'on puisse, sinon de manière fautive ou nuisible, avoir d'autres avis que les siens. Il ne le comprend ni ne l'admet. Geoffroy de Lagasnerie a pu ainsi défendre la censure et s'est agité pour qu'on ne laisse pas s'exprimer Marcel Gauchet.

Valéry note que le fascisme commence avec la volonté, chez l'homme de la rue, que la politique résolve ses problèmes et concerne d'abord sa situation, comme si c'était lui qui avait le pouvoir. Mais on a trop assimilé une telle situation aux régimes totalitaires, qui l'ont exacerbée mais ne l'ont pas créée. Mieux vaudrait admettre qu'en démocratie, les

⁴³³ Paris, Grasset, 1975.

⁴³⁴ Paris, Fayard, 2016.

⁴³⁵ Paris, Fayard, 2019.

⁴³⁶ Paris, PUF, 2017.

oppositions les plus profondes opposent des individus qui poursuivent une liberté abstraite qui voudrait exister à d'autres qui défendent leurs droits individuels. Cela oppose plutôt aujourd'hui progressistes et conservateurs mais cela a pu être exactement le contraire à d'autres époques. Ce qui recoupe les deux visions de la société comme un Tout orienté par un bien commun ou comme un agrégat instable d'intérêts. Sachant qu'une telle opposition ne peut conduire qu'à la dictature d'une majorité ou à l'éclatement de la société si elle ne trouve pas à se résoudre dans l'Etat.

*

C) *Volonté et justice*

S'il s'agit à présent de traiter de l'Etat, le mieux est de se référer à Hegel, qui fut l'un des tout premiers à en traiter en tant que tel et dont les *Principes de la philosophie du droit* (1821⁴³⁷) représentent certainement l'un des textes les plus ambitieux en fait de philosophie du droit. Nous les prendrons à présent pour guide.

Rédigé sur la base de ses notes de cours et de celles de ses étudiants, l'ouvrage fut publié par Hegel lui-même. Bien que les cours n'aient visiblement pas passionné les étudiants, c'est avec la *Phénoménologie de l'esprit* le texte de Hegel le plus connu, du fait particulièrement de la lecture critique qu'en fera Marx. On en tirera l'image d'un Hegel conservateur et même réactionnaire, apologue de l'Etat et de l'Etat prussien. Une image que la critique contemporaine a néanmoins fortement nuancée⁴³⁹, sans tout à fait la gommer, alors que par rapport au texte – nous allons le voir – une telle réputation a peu d'intérêt et même de sens. Inutile donc de s'attarder aux innombrables accusations dont la démarche hégélienne a fait l'objet ; qui sont d'ailleurs elles-mêmes souvent assez incompréhensibles – on lira ici que pour Hegel la justice coïncide avec l'histoire ou, là, avec le triomphe du germanisme, etc. – à la hauteur de l'incompréhension qui les fonde.

Qu'est-ce que le droit ? La liberté humaine dans son existence empirique, concrète. Et c'est seulement sous ce jour que Hegel le considérera, annonce-t-il dans la Préface, loin de vouloir déduire un code de lois idéales ou même positives, comme bon nombre de philosophes s'y sont, selon lui, égarés : Platon conseillant les nourrices ; Fichte voulant perfectionner les passeports. Quant à savoir ce que le monde doit être, le philosophe vient toujours trop tard – « l'oiseau de Minerve [*i.e.* : la chouette d'Athéna, symbole de la sagesse] ne prend son envol qu'à la tombée de la nuit », écrit Hegel. Sa tâche n'est que de saisir son temps dans la pensée. Non pas dessiner l'Etat idéal mais comprendre l'Etat tel qu'il est existant et pourquoi il est tel ; c'est-à-dire comprendre l'Etat comme quelque chose de rationnel.

Car tout ce qui est réel est rationnel – c'est dans la Préface des *Principes* qu'apparaît cette célèbre formule qui sera tellement reprochée à Hegel (sans qu'on n'ait jamais vraiment dit au nom de quoi et ce qu'on peut bien au juste lui opposer !). Sans tenter d'en rendre compte ici, ce que nous avons fait ailleurs (voir 2. 1. 25.), soulignons que cette formule signifie qu'il s'agit ainsi de comprendre la logique du développement des idées et réalités juridiques en elles-mêmes et non par référence à autre chose, notamment à travers une explication historique qui est valide sans doute mais qui ne se situe pas au même plan (§3).

⁴³⁷ trad. fr. Paris, Vrin, 1982.

⁴³⁹ Voir notamment E. Weil *Hegel et l'Etat*, 1966, Paris, Vrin, 1985.

Il convient donc de souligner qu'il s'agit ici de philosophie et non d'une histoire, d'une sociologie ou d'une série d'études juridiques. Michel Villey, ainsi, reprend sèchement Hegel sur sa présentation du droit romain, vu comme un système de droit privé, alors que la vraie invention romaine fut le droit civil, selon Villey (*Le droit romain dans la philosophie de Hegel*, 1971⁴⁴⁰). Il est rare que les spécialistes d'une discipline acceptent qu'on donne un autre regard sur leur spécialité, particulièrement un regard philosophique, passant a priori pour peu rigoureux (c'est un euphémisme). Et à cet égard Hegel est, avec Descartes, le philosophe qu'on préfère le plus remettre à sa place, avec hauteur et sans rien comprendre à sa démarche. Car en l'occurrence, Hegel ne fait pas l'histoire du droit romain. Mais s'intéressant au droit privé, quel premier système plus développé et connu que le droit romain aurait-il bien pu trouver ?

Si le droit traduit la liberté que l'individu est à même de conquérir dans le monde humain, le droit est dès le départ porté par la volonté. C'est dans la volonté, en effet, que commence la finitude propre à l'intelligence, écrit Hegel, c'est-à-dire la tension entre ce que l'individu conçoit, veut et ce qu'il peut effectivement. La philosophie du droit est une odyssee de la volonté⁴⁴¹. Or la volonté est d'abord une singularité abstraite (§ 13). Quand je commence à me représenter les choses autour de moi, l'universel m'appartient. Le monde est mon monde. Il est le monde tel que je le saisi. En pensant, je fais d'abord mien tout ce qui m'entoure. Le monde pourtant ne se plie pas à ma volonté. Dans le monde, ma volonté est engagée, limitée et, pour ne pas le reconnaître, je vais me forger l'illusion d'une liberté, je vais parler de mon libre-arbitre comme si tout, finalement, dépendait de moi. C'est que je ne veux pas perdre mon infinité, qui fait tout à ma mesure (§ 15). Car, en soi, ma volonté est infinie. Elle est à elle-même son propre objet. Elle est capable d'absorber le monde (§ 22). La volonté sera morale ainsi. Elle voudra refaire le monde. Alors la politique devra être conçue pour garantir et rendre effective la liberté individuelle. Ce sera largement une illusion sans doute, cette liberté rencontrant vite de nombreuses contraintes mais la volonté sera alors objective (§ 26). L'aspiration à la liberté de chaque volonté sera reconnue dans le monde humain.

Que retenir de tout cela ? Pour Kant, le droit n'est pas fondé sur la réalisation concrète de la liberté mais sur sa limitation, pour qu'elle puisse s'accorder avec le libre arbitre de chacun selon une loi générale. Kant s'en tient au droit positif. Hegel ne part pas du Droit ou des droits individuels. Sa philosophie du droit est une odyssee de la volonté. La volonté individuelle, tout d'abord, qui veut égoïstement s'imposer face au monde et plier ce dernier à

⁴⁴⁰ *Archives de philosophie du droit*, 1971, pp. 275-290.

⁴⁴¹ Voir B. Quelquejeu *La volonté dans la philosophie de Hegel*, Paris, Seuil, 1972.

sa loi, tout en se heurtant à d'autres volontés qui veulent la même chose. Le droit positif organise ces rapports. Hegel le qualifie de « droit abstrait » dans la mesure où il ne tient pas compte de ce que veulent effectivement ces volontés mais tente seulement de permettre leur coexistence en leur fixant des limites. C'est pourquoi ce droit ne peut être fondé en lui-même, nous l'avons vu ci-dessus. Il faut tenter de le rapporter à une sorte de droit idéal ou naturel qui, n'étant qu'idéal ne peut pourtant réellement fonder le droit positif. De sorte que l'on peut vouloir, du point de vue du positivisme juridique, ne considérer les normes juridiques qu'en elles-mêmes. Ce qui est tout aussi insuffisant puisqu'on s'interdit alors de considérer ce que veulent les volontés dont le droit organise la coexistence. Nous l'avons souligné ci-dessus, le principal débat de la philosophie du droit est donc interminable ! Le jusnaturalisme tente abstraitement de ramener à une volonté commune idéale ce que veulent toutes les volontés, sans tenir compte du fait que ces volontés ne se forment et ne s'affirment que dans et par rapport à un système de droit existant. Le positivisme juridique fait abstraction de ce jeu des volontés et ne peut dès lors que décrire sans pouvoir fonder, ni saisir réellement dans leurs évolutions, les différents systèmes de droit.

La tentative de Hegel entend justement surmonter cette impasse. Il ne s'agit pas de fonder le droit ou de le justifier mais de saisir comment, à partir du système de droit dans lequel elle se développe, la volonté ouvre nécessairement des perspectives morales et politiques, sans lesquelles le droit ne peut se comprendre, bien que droit, morale et politique n'aient d'abord de sens qu'à s'entre-opposer.

La philosophie du droit couvrira ainsi :

- A) La volonté dans son immédiateté. L'affirmation d'une volonté singulière, d'abord comme caractère, marquant sa singularité et, au plan juridique, comme personnalité. L'institution de la famille.
- B) La volonté en recul du monde et se distinguant nettement de lui. L'étape de la singularité subjective porteuse d'un idéal de justice dans le monde. L'étape de la moralité (*Moralität*) et de la société civile.
- C) La volonté trouvant la possibilité de moraliser le monde humain. L'étape de la vie éthique (*Sittlichkeit*) : les mœurs et les institutions sociales d'abord reçues, traditionnelles ou religieuses, puis voulues, pensées : l'Etat.

D'une étape à l'autre, le développement de la volonté sera porté par sa propre liberté, ou plutôt par l'idée que la volonté se fait de sa liberté, qui est toujours en avance par rapport à

ses possibilités concrètes et qui ne connaît pas de limitation. Depuis Rousseau, note Hegel, on réclame la limitation de toute liberté au nom de la raison. On pense que pour être réelle, effective, toute liberté doit se limiter pour respecter celle des autres. Mais la liberté ne devient pas réelle, effective à ce compte mais dans la mesure où elle devient à elle-même son propre objet, dans la mesure où la volonté comprend que ce qu'elle veut est sa propre liberté (§ 27). *Ainsi la philosophie du droit nous fera-t-elle assister pour l'essentiel à la découverte par la volonté de sa propre liberté.*

Mais, une fois cette découverte effectuée, une fois que la volonté a compris ce qu'elle veut – et c'est ce qu'atteste la Révolution française pour Hegel, non tant dans ses résultats que dans son inspiration, dans son projet de refondre toutes les institutions politiques au nom de la liberté – il faut parler d'une certaine fin du droit, de l'histoire. L'expression ne sera pas reçue sans mal dans la mesure où elle passera pour annoncer quelque achèvement de l'histoire, comme si le paradis sur terre était réalisé, comme si la Vérité politique avait enfin été trouvée ou même, pire, comme si plus rien de réellement nouveau n'allait pouvoir se réaliser dans le monde.

Rien de tel cependant chez Hegel mais le rejet d'un progrès indéfini ou d'une marche à l'aveugle de l'histoire. Le rejet d'un « mauvais infini », qui est une caractéristique forte de sa philosophie. Nous ne savons pas ce que sera le droit des hommes demain mais nous savons ce qu'il veut dès aujourd'hui. On ne peut croire que la reconnaissance de la liberté individuelle qui marque l'âge moderne est un résultat apparu par hasard, qui pourrait être abandonné demain pour un autre ou qui ne conviendrait qu'à quelques sociétés – occidentales notamment – au titre d'une singularité historique. De nos jours, le relativisme ambiant est tout proche de le soutenir. Il nous faudra en tenir compte. En attendant, revenons à notre première étape, celle de l'affirmation d'une personnalité dans le monde, celle du droit abstrait.

*

4. 3. 43.

Le droit abstrait.

Il définit le droit et la perception de ses droits par un individu qui ne se conçoit pas encore positivement comme une liberté – une notion assez abstraite – mais comme une personnalité. Le sujet du droit sont alors des personnes, conscientes d'elles-mêmes comme telles – comme personne, je suis absolument pour moi, dit Hegel. A ce stade, ma liberté n'est que cette

singularité, un pur être-pour-soi (§ 35 Rem). Toutefois, cette personnalité infinie, car opposable à tout, distincte de tout, le monde grec antique ne l'a pas connue, selon Hegel (§ 185). C'est le christianisme qui l'a affirmée pour chacun – quoique cela ne concernait encore qu'une faible partie de l'humanité (§ 62).

Dans le monde antique, tous n'accédaient pas au statut de personne – tel était notamment le cas des esclaves, dont on niait cependant moins la liberté, dont l'idée au sens moderne n'était encore guère apparue, que la personnalité juridique et civique (voir 4. 1. 25.).

A Rome, l'humanité des esclaves n'était pas niée. Ils pouvaient exercer des fonctions honorables et s'enrichir. Beaucoup étaient affranchis, ce qui n'aurait guère eu de sens si l'on avait considéré qu'ils n'étaient pas vraiment des hommes. Alors qu'après le désastre de Cannes, l'armée dut se résoudre à intégrer des esclaves dans ses rangs, elle le fit à la condition qu'ils prêtent serment de se battre de leur plein gré pour Rome. Par ailleurs, au plan domestique, les relations entre maîtres et esclaves étaient intimes et pouvaient être sentimentalement fortes. Mais l'esclave avait une sorte de personnalité secondaire. Il n'existait, ne s'affirmait qu'à travers la personnalité de son maître. Il vivait par lui. A travers lui. Ce qui ne cessait pas véritablement avec son affranchissement car, de toute façon, à travers tout un système de clientélisme, il en allait de même pour la plupart des citoyens.

Mais la société romaine était une société de classes et non de castes, a très bien montré Florence Dupont. Les hiérarchies sociales étaient fortes mais l'accès aux places, selon sa classe, était libre. Et la liberté du Romain, sous la République, était ce libreaccès même, aux places qu'il pouvait envisager de convoiter. Ce destin de classe n'était pas vécu comme limitatif car, suggère Florence Dupont, on n'existait pas encore par soi-même mais à travers l'ordre social, c'est-à-dire finalement à travers le regard des autres. Sortir de son rang revenait à une mort sociale (*Le citoyen romain sous la République 509-27 av. JC*, 1989⁴⁴³).

L'idée d'une personnalité propre à chacun et inviolable ne définit donc pas la sphère du droit abstrait. Celui-ci en suscite l'apparition. Dans la sphère du droit abstrait, avoir des droits consiste à être simplement reconnu comme une personne et à respecter ceux qui le sont également en tant que tels. Cette personnalité, encore une fois, est un statut social. Elle a une existence objective de par le droit. Ce n'est pas un vouloir, une puissance de liberté (§ 37). Être un sujet juridique ne consiste donc pas à réclamer une autonomie, une indépendance mais à faire valoir, même de manière tout à fait bornée, ses droits. L'homme du droit abstrait, celui qui est une personne, ne fera trop rien de ses droits mais il en sera fier et ne supportera pas qu'on les empiète – ils marquent en effet son existence même, y compris à ses propres yeux. Ses droits sont ainsi essentiellement des interdictions qu'il est à même d'opposer aux

⁴⁴³ Paris, Hachette, 1994.

autres. De nos jours encore, c'est là sans doute la manière la plus immédiate et la plus courante de penser ses droits. La personne, dès lors, se définit par ce qui lui revient : ses propriétés, les engagements qu'elle contracte avec d'autres, les honneurs qui lui reviennent. Le crime et l'injustice, réciproquement, sont vus avant tout comme des manquements au respect de l'identité personnelle juridiquement reconnue et attachée au statut des personnes (§ 40).

L'homme alors est ce qu'il a. Il est ce qu'il possède – ses enfants sont comme ses choses, ainsi chez les Romains, comme ses esclaves. Et ce moment est déterminant : dans la propriété, la volonté devient consciente d'elle-même. L'individu peut faire tout ce qu'il veut de ce qu'il possède. Il en a, selon l'adage romain, l'usage, le fruit et l'abus (*usus, fructus, abusus*). C'est pourquoi le communisme de la cité idéale de Platon est foncièrement liberticide, juge Hegel. Avec la propriété, il tue les premiers germes de la liberté (§ 46).

Réciproquement, comme personnalité n'est pas liberté, la personne peut très bien envisager qu'elle ne s'appartient pas elle-même et n'a donc pas véritablement de droit sur elle-même – elle admettra donc ne pas avoir le droit de se suicider.

A-t-on le droit de se suicider ?

De nos jours, la question paraîtra sans doute presque absurde ! Le choix de cesser de vivre ne dépend que de nous et nous n'avons pas besoin de « droits » dans le rapport que nous entretenons avec nous-mêmes. On peut certes nous rappeler à nos devoirs, notamment familiaux, qu'un suicide peut fortement négliger mais de quel « droit » avons-nous besoin pour en décider ? Qui pourrait nous en nier le principe, à qui nous obéirions ainsi plus qu'à nous-mêmes ?

Pourtant, un tel étonnement est éminemment moderne. Chez les Grecs, notamment, une tradition pythagoricienne posait que l'homme n'a pas le droit de choisir son sort. Platon l'admet même s'il admet également des exceptions à ce principe⁴⁴⁴. A Rome, la loi n'interdisait pas le suicide mais si son motif était d'échapper à une condamnation, la succession du suicidé était confisquée. Et l'on retrouvera souvent – par exemple chez Cicéron – ce principe étendu à tous qu'il n'est pas permis à un soldat de quitter son poste sans un ordre de son supérieur. De sorte que même les Stoïciens, qui reconnaissaient le suicide comme une issue légitime (« la porte est toujours ouverte ») ne l'admettaient pourtant que dans certains cas (maladie, procès politique, défaite – autant de signes qu'envoyait la Divinité pour relever les individus de leur poste) et n'en faisaient pas un droit.

⁴⁴⁴ Voir également J. de Romilly *Le refus du suicide dans l'Héraclès d'Euripide*, 1980 in *Tragédies grecques au fil des ans*, Paris, Les Belles Lettres, 1995.

Après s'être demandé notamment avec Tertullien si le Christ, sur la croix, ne s'est pas en fait suicidé et y avoir répondu par la négative, les Chrétiens auront souci de ne pas assimiler le martyr de ceux qui parmi eux étaient persécutés – dont on soulignait qu'ils ne faisaient rien pour abréger leurs épreuves – à un suicide⁴⁴⁵. Finalement, saint Augustin condamnera le recours à ce dernier.

Le débat ne sera vraiment relancé qu'avec John Donne au XVII^e siècle⁴⁴⁶. Dans une célèbre prédication, où apparaît la formule « pour qui sonne le glas ? », Donne répond : pour chacun de nous ! « La mort de tout homme me diminue parce que je suis membre du genre humain » (*Méditation XVII*, 1624⁴⁴⁷). Il ne s'agit donc pas de légitimer la mort volontaire. Mais, soulignant que le suicide n'est pas défendu par l'Écriture sainte et présentant la mort du Christ comme un sacrifice volontaire, Donne défend l'offrande de son existence et le juste mépris de la vie que celle-ci peut alors manifester (*Biathanatos*, 1608, publié en 1648⁴⁴⁸). Un point de vue que renversera totalement David Hume un siècle plus tard, en nommant ironiquement blasphème le fait de croire que notre propre mort puisse en quoi que ce soit troubler l'ordre de la nature⁴⁴⁹.

Un tel jugement est sans doute le plus communément partagé de nos jours. Pourtant, la modernité ne l'adoptera pas rapidement. Chez Dostoïevski ou chez Camus, le suicide garde une dimension existentielle de révolte et d'affirmation de notre liberté⁴⁵⁰. Tandis que certains l'estimeront toujours contraire à la dignité humaine⁴⁵¹.

Liberté ou dignité ? Nous l'avons vu ci-dessus, le rejet d'un droit au suicide n'est pas propre, contrairement à ce qu'on croit trop souvent, au seul christianisme. Assez universelle mais rarement si absolue qu'elle ne puisse admettre des cas particuliers, la réprobation du suicide paraît avoir d'abord tenu à une très ancestrale peur des capacités de vengeance des morts. La puissance de ces derniers était si redoutée, en effet, qu'un meurtrier n'hésitait pas à démembrer le cadavre de sa victime, espérant que son fantôme en serait d'autant diminué. Dans ces conditions, se suicider pouvait passer pour la promesse d'une menaçante vengeance *post-mortem* (et l'on mutilait aussi bien le cadavre des suicidés).

Mais si la réprobation du suicide peut trouver ainsi un ressort psychologique, il est caractéristique qu'elle ait été posée en termes de droits. Au sens des analyses hégéliennes, cela marque que la logique de la personnalité n'est pas celle de liberté. Dans le premier cas, l'homme n'est pas extérieur à la personnalité qu'il reçoit en société. De sorte que, selon le mot de saint Paul, il ne s'appartient pas (1 Co 6, 19-20). N'étant pas encore véritablement libre, la personne n'est pas au-dessus d'elle-même et ne peut se faire chose pour elle-même. Elle n'a pas de droit sur elle-même. Sa

⁴⁴⁵ Voir P-E. Dauzat *Le suicide du Christ*, Paris, PUF, 1998.

⁴⁴⁶ Voir L. G. Crocker "The discussion of suicide in 18th Century" *Journal of the history of ideas* XII, 1, January 1952, pp. 47-72

⁴⁴⁷ *Méditations en temps de crise*, trad. fr. Paris, Rivages, 2002.

⁴⁴⁸ trad. fr. Paris, PUF, 2001.

⁴⁴⁹ Voir S. E. Sprott *The English debate on suicide: from Donne to Hume*, La Salle (Ill.), Open Court, 1961.

⁴⁵⁰ Voir C. Schuwer *La signification métaphysique du suicide*, Paris, Aubier, 1949.

⁴⁵¹ Voir par exemple L. Meynard *Le suicide*, Paris, PUF, 1954.

liberté ne relève que du simple libre-arbitre : elle peut se suicider dans les faits mais elle ne pense pas pouvoir en revendiquer souverainement le droit, comme cela arrivera à l'époque moderne (§ 70 add.).

La personnalité est dans ce qui lui revient, dans ce qu'elle possède qui, conférant un statut aux individus, est finalement ce qui définit leur personnalité sociale les uns par rapport aux autres. C'est ainsi que dans la France révolutionnaire même, le vote sera censitaire.

A partir de la Révolution, n'eurent en effet le droit de voter que ceux qui payaient le cens, c'est-à-dire en fait certaines quotités d'impôts directs sur leurs biens. Seuls les plus riches avaient ainsi le droit de vote. La règle ne sera précisément fixée qu'à partir de la Restauration, un débat ayant lieu quant à savoir s'il fallait prendre en compte les seuls impôts fonciers (les propriétaires de terres étaient censés être plus favorable à la royauté) ou inclure également les taxes commerciales (qui concernaient davantage la bourgeoisie). Le suffrage universel pour les hommes sera définitivement installé en France en 1848 mais seulement en 1945 pour les femmes. En quoi la France était très en retard sur d'autres pays (les femmes turques ont voté dès 1921). Dans les faits, des soucis politiques et électoraux expliquent en large partie ce retard. Les femmes, pensait-on, voteraient majoritairement à droite. Elles subiraient l'influence des curés. C'est pourquoi la gauche trainait les pieds pour leur accorder le droit de vote. En quoi, même dans une République qui se pensait démocratique, la possibilité de participer à la vie publique à travers son suffrage n'était pas vraiment considérée comme un droit individuel premier. Elle devait être accordée. Elle pouvait être retirée. Comme si leur avis n'appartenait pas pleinement aux individus eux-mêmes.

*

Tant que les individus se définissent principalement à travers leur statut social, l'inégale répartition des biens et des fortunes peut être jugée injuste mais elle s'impose comme l'ordre naturel et on ne se révoltera pas contre elle. Elle relève de la chance, du sort, du destin. Les revendications d'égalité sociale sont essentiellement modernes. Auparavant, les (nombreuses) révoltes étaient essentiellement fiscales et consistaient plutôt à défendre ce que l'on avait ou à exiger une compensation pour tout ce qu'on n'avait pas, au nom d'une justice récriminative.

En quoi il faut se méfier des anachronismes ! Comme lorsque l'on voit dans l'épisode des Gracques quelque préfiguration des luttes sociales modernes. A Rome, il y avait deux

grands partis. Les Sénatoriaux, conservateurs. Les Populaires, qui voulaient des terres, la suppression des dettes et qui dénonçaient les privilèges des nobles. Mais si chacun accusait l'autre de viser la tyrannie, aucun ne visait à refonder la société. Il s'agissait plutôt d'organiser le partage des richesses que la cité accumulait. Ceci, non pas du tout de manière égalitaire mais en faisant de sorte que les différentes classes, selon les deux partis, obtiennent un peu plus – en respectant fondamentalement le principe que les riches pouvaient bien l'être et l'être toujours plus à condition de devoir le minimum et un peu plus aux autres. Il n'y avait guère de classes moyennes à Rome sous la République, dans une société fondée davantage sur la guerre et les conquêtes que sur le travail. Le jeu politique, aux plus hautes places, faisait que les ambitieux pouvaient jouer d'un parti ou de l'autre dans leur conquête du pouvoir, laquelle exigeait l'acquisition d'une clientèle. De sorte qu'on trouvait, à la tête des deux partis, des hommes issus des classes supérieures. Cela avait donc peu à voir avec les luttes sociales et révolutionnaires modernes. A moins que ces dernières ne soient pas toujours si éloignées de ce qui se pratiquait à Rome...

*

Dans la sphère du droit abstrait, les hommes ne sont pas naturellement égaux. Dès lors, l'égalité entre eux, si elle était imposée, serait ressentie comme injuste puisque ne respectant pas les différences de nature, de statut, de fortune, etc., elle brimerait une liberté qui commence à peine à se comprendre et à s'affirmer et qui est d'abord l'attachement de chacun à sa singularité, à ce qui le distingue des autres.

C'est donc tout autrement que pour son caractère inégalitaire que l'injustice va être ressentie dans la sphère du droit abstrait : à travers les atteintes à la propriété, ainsi que les manquements aux promesses et aux contrats, à travers lesquels la volonté subjective devient plus générale (§ 59). Dans un contrat, ma volonté particulière intervient. Le droit devient mon droit puisqu'il est défini par les termes du contrat que j'accepte. Et c'est la possibilité que celui-ci soit nié qui le révèle particulièrement – le crime fait le droit (§ 82). Certes, dans la propriété, dans le contrat, la volonté reste prisonnière de l'intérêt immédiat mais son droit lui apparaît, d'abord comme ce qui peut être nié, donc comme un devoir-être, quelque chose de précieux qui doit être défendu (§ 86). Mais également quelque chose qui engage et rend responsable. En regard, la volonté d'autrui se découvre comme violence et, menacée par elle,

apparaît une liberté qui doit être protégée et qui en appelle finalement à la contrainte de tous pour éviter sa propre contrainte (§ 93)⁴⁵².

La moralité apparaît ici, dans cette fragile marge de liberté, que marque ma propriété, que la violence d'autrui pourrait me prendre et en laquelle je vais finir par reconnaître toute ma personnalité (§ 104). Je me sens libre face aux autres, différents d'eux et, dès lors, je ne reconnaitrais plus ma responsabilité qu'en des actions accomplies de mon libre-arbitre. Non pleinement conscients de ce qu'ils font, enfants et fous seront donc tenus pour irresponsables, même des actes les plus graves – quand Œdipe, en un âge où cette conscience n'était pas apparue, endossait lui la pleine responsabilité d'actes qu'il avait commis en toute inconscience. A la limite, peu importeront les circonstances dans lesquelles j'ai agi et peu importeront les conséquences de mes actes, dès lors que je serai subjectivement sûr de ce que je voulais faire (§ 107).

Le christianisme a marqué l'apparition de cette nouvelle forme de conscience, selon Hegel. Il fallait en effet une novation que le christianisme apporta : la possibilité de juger le monde comme mauvais et le comportement des autres comme contraire au bien. Avec le christianisme, le monde put être tout entier rejeté dès lors qu'il ne s'accorde pas avec ce qu'exige ma conscience. Jusqu'ici limité par un statut social, le libre-arbitre put ainsi s'affirmer comme une liberté face au monde. La personnalité devint une subjectivité. Dès lors, ce qui est moral put très bien se révéler illégal (§ 128). La figure du brigand justicier devint possible car, réciproquement, ce qui est illégal peut réparer une injustice morale.

La culture populaire a ainsi consacré la figure du voleur justicier (Robin des bois, Mandrin, Marion du Faouët, etc.) et la tradition anarchiste fait souvent du vol une arme politique légitime.

Devenue principe universel, la subjectivité souveraine veut le bonheur de tous (§ 125). Elle veut que chacun fasse prévaloir sa propre subjectivité. A terme, le droit devra donc être défini par une organisation politique fondée sur la liberté de tous (§ 126). Mais cela, la volonté subjective ne le sait pas encore. Pour elle, est valable ce qu'elle reconnaît comme bon. Mais à ce compte la conscience peut prendre son pur arbitraire pour universel et croire qu'il est le Bien. La racine du mal moral apparaît ainsi, inévitablement. Il naît de la raison (§ 139). Il se traduit par une mauvaise conscience.

⁴⁵² Sur l'évolution des attitudes face au vol à l'époque moderne, voir A-D. Houte *Propriété défendue. La société française à l'épreuve du vol XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Gallimard, 2021.

Dans la logique du droit abstrait, le mal est ce qui est défendu. C'est notamment faire aux autres ce qu'on ne voudrait pas qu'ils nous fassent. Mais pour la subjectivité, le mal est l'opposé du Bien, il nie ce qui devrait être. Faire le mal est vouloir quelque chose dont on sait qu'on ne devrait pas le vouloir, même s'il est permis. Même si nous ne courons aucun risque de poursuite. Notre volonté même alors est mauvaise (§ 140), ce que nous ne pouvons masquer qu'en versant dans l'hypocrisie, en affirmant le mal pour le bien et en tentant de nous légitimer à nos propres yeux (la fin justifie les moyens, etc.). Ainsi, si la subjectivité est juge de ce qui est bon, cela ne l'empêche pas de chercher ce qui est juste en soi – comme l'illustrent les dialogues socratiques ou les paradoxes moraux des Stoïciens (§ 138).

Mais qu'est-ce que le Bien ? Est-ce le pur devoir ? Non, le bien doit procurer le bonheur. Mais le bonheur est trop particulier, trop dépendant de chacun (§ 130). N'est donc bonne finalement que la volonté elle-même – pour Hegel, cette appréhension est particulièrement saillante dans l'impératif catégorique kantien, purement formel (§ 135).

Pourtant, la volonté ne peut être bonne qu'en situation de choix. Il faut donc que la liberté investisse le monde. L'esprit ne peut acquérir de réalité effective sans se limiter, se particulariser (§ 187). Ce sera la vie éthique. Jusque dans leurs actes les plus quotidiens, les hommes seront guidés par des normes et principes moraux ou tenteront en tous cas de les suivre. Les comportements vont donc acquérir une dimension morale, tiraillés entre aspirations universelles (des règles valant pour tous et pour toutes les situations) et leur application, soumise à des volontés particulières, fragmentées et contradictoires.

Cette vision morale de la vie commune n'est pas immédiate. Tant que la conscience subjective n'est pas apparue, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas conscience d'elle-même et tant qu'elle ne réclame pas que la réalité se plie à son idéal, lois, institutions et préceptes religieux s'imposent d'eux-mêmes. Ils sont reçus et non critiqués. Ils passent pour avoir toujours existé et les individus s'en arrangent à leur façon. Au fond, ces derniers sont assez indifférents aux institutions (§ 145).

La première libération, par rapport à cette soumission irréfléchie aux règles, passe par la conscience qu'obéir aux lois est un devoir (§ 148). Il s'agit donc d'être à la hauteur de ses devoirs. La première réalité éthique est la vertu individuelle du citoyen. A ce stade, mon devoir est mon droit (§ 150). L'éthique n'est pas individuelle mais collective. L'individu s'identifie à l'éthique de son groupe : famille, tribus, peuple. La *République* de Platon est sans doute l'expression la plus célèbre de cet état éthique.

*

La République de Platon.

*La République*⁴⁵³ marque particulièrement le passage du droit abstrait à la vie éthique. Au commencement du texte, pour les interlocuteurs de Socrate, le droit est quelque chose de tout à fait extérieur. Pour Thrasymaque, la loi n'est que l'expression du droit du plus fort. Est juste ce qui lui profite. Mais celui qui s'efforce d'être juste n'en profite pas autant. Et pas davantage que celui qui n'a pas les mêmes scrupules. Tout tient à la force. Le tyran est aussi injuste que le voleur mais il en profite bien plus. Le droit n'est qu'un jeu de dupes et personne ne demande plus que l'utiliser à son profit. Ceux qui dénoncent l'injustice ont peur de la subir, pas de la commettre.

Sans doute un tel point de vue est-il encore très commun de nos jours. Il est au fond la vision la plus immédiate que nous avons du droit et de nos droits : une confrontation organisée des intérêts de chacun face à tous, pour le plus grand profit des puissants et des habiles. Or, aussi caricatural puisse-t-il paraître, un tel jugement n'est certainement ni faux, ni irréal. Ainsi nous paraît en effet le droit quand nous ne le comprenons pas. Quand il paraît injustifié à nos yeux. Aussi un tel jugement est-il irréfutable. Mais il est insuffisant. Socrate se place donc à un autre point de vue, celui de l'éthique, donc de la conscience. Thrasymaque parle de justice et d'injustice. Or peut-on se comporter de manière délibérément injuste sans le savoir ? Et si l'on se sait injuste, peut-on être serein et heureux ?

Glaucon reprend alors les arguments de Thrasymaque en les tempérant un peu. La loi, la justice, nous protègent des excès de l'injustice. Mais si nous aimons la justice, c'est seulement parce que nous devons nous en contenter. C'est seulement parce que nous n'avons pas les moyens de profiter de l'injustice. Le mieux est d'être injuste tout en ayant la réputation d'être juste. A défaut, la justice représente un moyen terme entre le meilleur, qui est d'être injuste sans en payer la peine et le pire, qui est d'être victime de l'injustice sans réparation. Mais pourquoi l'injuste doit-il cacher qu'il est injuste ? N'est-ce pas que l'injustice est moralement injustifiable même à ses propres yeux ? Et si l'on peut tromper les hommes peut-on se cacher des dieux ?, demande Socrate. Ce qui revient à souligner que l'injustice ne pourrait être défendue devant un regard qui saurait, qui verrait tout et qu'elle est donc inacceptable en soi.

⁴⁵³ Platon *Œuvres complètes I*, Paris, Pléiade Gallimard, 1950.

Le droit ne peut donc simplement consister en un arrangement entre les puissants et les autres. Il doit répondre à une justification morale. Et c'est la société tout entière qui ne peut être heureuse si elle tolère que ses membres soient injustes. Ainsi, si le droit qui la fonde ne sert que les puissants, il faut complètement changer la société. Comment ? Selon le programme d'organisation idéale que trace la *République*, lequel se fonde sur trois principes essentiels : tout dans le comportement des hommes dépend de leur éducation ; l'harmonie sociale ne peut être atteinte que si chacun est employé au mieux de ses capacités ; il faut le plus possible resserrer les conditions – pauvreté et richesse sont deux écueils qui doivent être évités.

Pour Hegel, la *République* marque l'exact moment où le droit doit trouver un fondement moral extérieur mais sans partir pour autant des hommes, dans un contexte où ceux-ci restent déterminés extérieurement par l'organisation sociale. Platon n'a pas vu que l'essor de la conscience morale est inséparable d'une affirmation subjective et donc d'une réclamation de liberté individuelle. Platon rêve d'une harmonie civile, d'une cité idéale qui était déjà irrémédiablement perdue alors qu'il la décrivait.

Pour autant, il ne faut pas s'empresse de parler d'archaïsme à propos de Platon. Nombre d'utopistes et de réformateurs jusqu'à nos jours ne raisonneront pas différemment de lui !

Aristote, lui, distinguera le droit de la morale et le droit de la loi – ce qui le conduira à considérer que la loi ne peut être issue de la volonté des citoyens (ce qu'il convient encore une fois de ne pas juger trop rapidement archaïque. Nombre de réflexions actuelles, opposant l'Etat de droit aux lois issues de la volonté d'une majorité politique font échos aux réflexions d'Aristote). Platon faisait reposer toute justice dans la vertu des citoyens. Aristote distingue une vertu de justice, comme disposition à agir de manière juste (*Ethique à Nicomaque*, V⁴⁵⁴).

Pour Aristote, comme pour Platon, les droits individuels, attachés à des intérêts strictement particuliers, ne s'imposent pas comme premiers. Les liens au groupe restent dominants. Les individus ne vivent pas de manière autonome et indépendante. Mais les réflexions de Platon et d'Aristote interviennent à l'issue d'une évolution historique en Grèce, profonde quoiqu'obscure, selon Gustave Glotz, marquée par le relâchement de la loi du groupe et l'affaiblissement de l'autorité paternelle (*La solidarité de la famille dans le droit*

⁴⁵⁴ trad. fr. Paris, Vrin, 1983.

criminel en Grèce, 1904⁴⁵⁵). La transformation de la copropriété familiale en propriété individuelle fut à la fois un symptôme frappant et une cause active de cette évolution.

Car, à l'origine, en Grèce, les individus ne s'appartiennent pas. La femme est une propriété que son mari a payée avec la dot. La vie des enfants est entre les mains de leur géniteur. Et le père est lui-même soumis à la tutelle d'un clan et de ses aînés, y compris au sein d'une même fratrie. A ce tableau quasi-universel, certaines sociétés (mais non pas les Grecs) ont encore ajouté le parricide légal ou suicide obligatoire des vieillards. D'autres décident ainsi pour soi, y compris pour son décès. Et à tout ceci, s'ajoutaient encore les liens économiques et de pouvoir. Un village pouvait être la propriété d'un seigneur.

Une telle organisation ne doit pas être confondue avec une sorte de despotisme individuel car personne n'y est libre de faire ce qu'il veut. Le père ne peut renier son fils sans l'accord de tous ses proches. En même temps, le droit est effectivement souvent celui du plus fort. A Athènes, la piraterie était reconnue comme un mode légitime d'acquisition. Une loi de Solon confèrera un statut aux sociétés ayant pour but le pillage en commun.

Au total, en Grèce comme dans de très nombreuses autres sociétés, le manque de consistance individuelle permettait une solidarité de clan ou familiale très forte : en Chine, les condamnés à mort pouvaient assez facilement trouver des remplaçants ! La substitution entre parents y fut même admise un temps par la loi.

Le pire châtement, dans un tel contexte, était le bannissement. Avec son foyer, on perdait tout. On n'était plus personne. Une famille pouvait en effet échapper à la responsabilité d'un crime - commis par un seul de ses membres mais les frappant tous - en reniant le criminel (abandon dit « noxal » en Grèce). Or cette pratique allait se développer. Comme la responsabilité du père par rapport aux actes de ses enfants allait se limiter à ses seuls enfants mineurs. Evolution décisive, les citoyens athéniens auront la liberté de tester (ce que refusait Platon, ne voulant pas favoriser ainsi un éclatement des terres).

Entre le VIII^o et le VI^o siècle av JC, le *genos* va perdre de sa souveraineté au profit de l'Etat. Non de façon directe mais à travers des évolutions religieuses qui vont conduire à reconnaître les fautes comme des péchés, des crimes commis par rapport aux dieux – comme on le voit ci-dessus dans cette question lancée par Socrate dans la *République* : peut-on se cacher aux dieux ? C'est en leur nom que l'Etat va se mettre en devoir de châtier les fautes individuelles, dans la mesure où la colère des dieux, dans un système de responsabilité

⁴⁵⁵ Paris, A. Fontemoing Ed., 1904.

toujours collective, menace la cité entière. Dans la foulée, Solon interdira de vendre ses enfants (sauf les fils et filles indignes).

Cette évolution, brisant les anciennes solidarités, put être vécue comme une perte. Une décadence. Ainsi avec Hésiode, qui sera cependant le premier à prêcher une justice divine attendant les riches et les puissants dans l'au-delà. Et c'est surtout à Rome que vont s'affirmer, inséparablement, les droits individuels et ceux de l'Etat. Mais les fils n'y bénéficieront pas à 18 ans des mêmes droits que leur père, comme ce fut finalement le cas à Athènes. La Grèce, souligne Gustave Glotz, a traversé comme en accéléré plusieurs étapes civilisationnelles. L'homme y a été libre plus tôt que partout ailleurs.

On connaît toujours mal les origines et les étapes de cette évolution des cités grecques qui, assemblées de phratries et de *genos* au départ sans doute, formèrent des unités politiques nouvelles où les citoyens en vinrent à compter pour eux-mêmes et non pas seulement comme membres d'un groupe, tandis que la royauté voyait ses pouvoirs limités. Dans une vaste plaine comme la Béotie, a-t-on souligné, rien apparemment n'obligeait à une division en cités, dont la plus importante sera Thèbes.

*

4. 3. 44.

La société civile.

Comme le résume Hegel, le droit individuel ne touche la famille que lorsqu'elle se dissout (§ 159). A travers le divorce, ceux qui étaient sentimentalement attachés se confrontent comme individus autonomes, aux intérêts opposés. C'est pourquoi, pour éviter l'affrontement, la seule application d'une règle religieuse ou coutumière ne peut suffire. Elle risquerait d'être reconnue injuste. Il faut qu'une épreuve judiciaire contradictoire affronte les parties avant qu'un jugement ne soit prononcé.

Entre l'organisation familiale et l'Etat, qui représente le bien commun, la société civile réunit les individus en tant que tels, en tant qu'ils poursuivent leurs propres buts. Chacun indépendamment mais en rapport avec d'autres qui lui sont semblables. En ce sens, pour exister, la société civile suppose un Etat qui assure les fonctions sociales de base et qui sera conçu en ce sens, selon les théories du pacte social, comme une association d'individus. Le renversement est complet. L'individu est reconnu premier et ses droits les plus fondamentaux.

La société civile permet que les besoins soient satisfaits par l'organisation et la division du travail à une vaste échelle. Il importe alors que la propriété y soit reconnue et protégée. Elle marque en effet la réalité même de la liberté particulière dont peut disposer

chacun. Comme celle-ci est reconnue première et doit avant tout être préservée, on se méfie des visées étatiques et des lois pouvant incessamment être modifiées par les majorités politiques.

Dans la société civile, l'Etat reste une réalité nécessaire mais extérieure. C'est une administration. On s'y plaint donc fréquemment des impôts qu'il prélève comme une atteinte à sa particularité personnelle. Un système de droits coutumiers comme celui du Royaume-Uni convient très bien à la société civile, note Hegel (§ 211 add.). Tandis que l'on se méfiera de tout constructivisme juridique. Après la Révolution française, on rejettera donc les Codifications juridiques à la française, voulant reformuler le droit comme de zéro. On leur opposera le système quasi « naturel » du droit coutumier. Que celui-ci passe pour l'expression de l'esprit de chaque peuple, avec les Romantiques historicistes de l'époque de Hegel comme Adam Müller⁴⁵⁶ ou Friedrich von Savigny (*De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, 1814⁴⁵⁷). Ou, plus proche de nous, qu'il paraisse un rempart contre les dérives étatistes chez des libéraux et libertariens comme Robert Nozick (*Anarchisme, Etat et utopie*, 1974⁴⁵⁸) ou Hayek.

Hayek. Contre le constructivisme juridique.

Friedrich August Hayek est connu comme l'un des représentants les plus intransigeants du libéralisme politique et économique. Arc-bouté sur la défense des libertés individuelles, il dénonce par principe comme menace totalitaire tout ce qui est susceptible d'en limiter l'exercice (*La route de la servitude*, 1944⁴⁵⁹). Un tel point de vue est passablement borné mais il n'est pas sans pertinence face à un autre, tout aussi borné (largement majoritaire en France), qui assimile l'Administration à l'Etat et qui rejette toute critique de la première, ainsi que toute critique de l'impôt, comme une récrimination égoïste opposée au bien commun et à la justice sociale.

Mais Hayek a voulu théoriser ses prises de position, particulièrement à travers une critique du constructivisme juridique (*Droit, législation et liberté*, 1973⁴⁶⁰). Et, à cet égard, il est certainement dommage pour le libéralisme que Hayek ait au vingtième siècle compté parmi ses principaux représentants. Car Hayek est un théoricien lamentable !

Ce qu'il nomme le « rationalisme constructiviste », qu'illustrent particulièrement à ses yeux Descartes et Hobbes dans leur mépris pour la tradition et les coutumes en général, veut que

⁴⁵⁶ Voir particulièrement A. Renaut & L. Sosoe *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, II, I.

⁴⁵⁷ trad. fr. Paris, PUF, 2006.

⁴⁵⁸ trad. fr. Paris, PUF, 1988.

⁴⁵⁹ trad. fr. Paris, PUF, 1993.

⁴⁶⁰ trad. fr. en 3 volumes, Paris, PUF, 1980 & 1995.

toutes les institutions politiques et sociales soient issues d'un dessein délibéré, issu d'une volonté générale. Or toutes les institutions sociales ne sont pas issues d'un tel dessein, affirme Hayek de manière assez étrange car comment concevoir des institutions qui, d'une manière ou d'une autre, n'aient pas été voulues ? Il faudrait que, comme les prescriptions religieuses, elles tombent du ciel. Et Hayek d'ajouter de manière encore plus étrange qu'il n'est pas possible de faire dépendre l'ordre social entier d'un dessein sans restreindre fortement l'utilisation des connaissances disponibles (?).

Hayek veut surtout signifier que, malgré l'illusion qu'il peut avoir d'exister de lui-même, l'homme n'échappe pas au processus d'évolution auquel sont soumises les institutions sociales. Un processus que l'on est ainsi invité à concevoir comme échappant essentiellement à la volonté des hommes. Mais comment en exclure le « rationalisme constructiviste » lui-même dès lors ? Soit celui-ci brise cette évolution et l'affirmation de Hayek est fautive : l'homme peut effectivement échapper à ce processus. Sinon, le rationalisme constructiviste fait totalement partie de ce processus et il faut donc le défendre à ce titre. Enfin, comment pourrait-on s'opposer au rationalisme au nom d'une évolution que personne ne maîtrise ? Si tel est bien le cas, celle-ci ne saurait comme telle représenter une alternative ! Sauf à la considérer de manière tout à fait rationaliste.

Mais ce genre de réserves échappent tout à fait à Hayek. Ainsi, ce rationalisme constructiviste si sûr de lui, Hayek le juge digne de la pensée primitive, qu'il accuse les Lumières d'avoir en fait ressuscitée. Et certes, c'est là une forte critique du rationalisme. Le problème est qu'en s'opposant au rationalisme, on ne peut guère décrier une pensée « primitive », fondée sur la magie, la croyance et la tradition, sinon sur quoi d'autre ? Hayek devrait donc plutôt louer le rationalisme de l'avoir ressuscitée et de se confondre avec elle ! Hayek critique le rationalisme parce qu'il est rationnel et parce qu'il ne l'est pas !

Le rationalisme flatte la vanité humaine, il nous procure un sentiment de pouvoir illimité, écrit Hayek. Mais la fausseté de ses conceptions est « démontrable », ajoute-t-il. Comment, sinon en réfléchissant ? Au rationalisme constructivisme, Hayek oppose donc un autre rationalisme, dont il ne parle pas. Il se borne à affirmer qu'il est impératif de comprendre qu'il y a des bornes à ce qui peut être délibérément réalisé. Certaines valeurs doivent ainsi être opposées à toute volonté réformatrice, y compris si celle-ci reçoit l'aval d'une majorité – une revendication classique de la pensée conservatrice libérale. Burke s'horrifiait déjà d'être soumis, à travers un vote majoritaire c'est-à-dire, à ses yeux, à la prétention des perruquiers à gouverner l'Etat. Mais en quoi le fait de distinguer ainsi quelques valeurs, pour estimer qu'elles doivent servir de pilier à l'ordre économique et social, diffère-t-il du rationalisme constructiviste ?

A un ordre social créé de toutes pièces et fabriqué comme de l'extérieur à lui, qu'il nomme *taxi*, Hayek oppose l'ordre mûri des sociétés ou *kosmos*, qu'il déclare issu de la pratique. Une sorte de droit coutumier, en somme. L'ordre mûri des sociétés repose, selon Hayek, sur les principes généraux auxquels la communauté adhère depuis toujours – il n'y a donc pas de sous-jacent divin à l'ordre social chez Hayek mais, comme chez Burke, une sorte d'arrangement porté

par les coutumes et traditions qui s'oppose aux tentatives de reconstituer la société comme à partir de zéro. Et Hayek de verser ainsi dans la fiction d'un ordre social recueillant l'adhésion de ses membres exactement comme une sorte de contrat social chez les rationalistes constructivistes qui eux au moins, nous l'avons vu ci-dessus, n'essayaient pas de présenter ce pacte social pour autre chose qu'une fiction !

Or seul cet ordre traditionnel est à même de garantir les libertés, soutient Hayek. C'est là une vieille rengaine de la pensée conservatrice : Burke ou Joseph de Maistre le disaient déjà avec bien d'autres. Sauf que l'on ne voit pas du tout chez Hayek ce qui est ainsi à même de garantir une liberté individuelle, qu'il définit comme la situation où chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire. Une situation qui, par définition, est donc susceptible de s'opposer à tout ordre traditionnel et de réclamer que la société puisse incessamment être réformée. Pourtant, à suivre Hayek, dans une société, comme la société romaine, où l'esclavage était traditionnel, quiconque aurait agi pour l'abolir et aurait réussi à convaincre une majorité de ses contemporains de se prononcer en ce sens, celui-là aurait agi contre la liberté !

Mais Hayek persiste : on ne peut exercer sa liberté si on a l'idée que toute loi est et doit être le produit de la libre intervention d'un législateur. C'est là une opinion « matériellement » (?) fausse. La loi, dans son sens ancien de *nomos*, doit être d'abord une barrière opposable à tout pouvoir. Finalement, Hayek en vient ainsi à affirmer absurdement que la liberté individuelle n'est garantie que strictement soumise à des lois auxquelles elle ne peut s'opposer et dont elle ne décide pas de la nature !

La société civile est fondée sur des droits individuels qui, de principe, sont égaux pour tous les individus, puisqu'ils ont trait aux intérêts que chacun trouve à exister. En revanche, les situations, les ressources et les capacités des différents individus sont très inégales. Dès lors, tous les individus ne sauraient satisfaire et défendre de la même manière leurs intérêts. La société civile est donc injuste et cela non pas accidentellement mais intrinsèquement puisqu'elle reconnaît que tous ont les mêmes droits à satisfaire leurs intérêts sans le pouvoir effectivement.

La société civile inspire donc deux types de revendications : pour l'égalité des chances ou l'égalité des conditions, comme nous l'avons vu plus haut. Ou bien pour une situation de concurrence libre et transparente, intervenant à travers la confrontation des offres et des demandes sur un marché, qui doit – même s'il faut faire intervenir une « main invisible » pour l'imaginer – permettre à chacun de maximiser son utilité. Nous ne pouvons détailler ici cette perspective mais, de toute manière, l'important est pour notre présent propos de souligner qu'elle ne décrit pas tant une réalité qu'elle n'est invoquée comme une solution.

Dans les deux types de revendications, socialistes ou libérales, les injustices de la société civiles sont dénoncées. Contrairement à ce que l'on pense souvent, elles ne le sont pas moins par de nombreux libéraux que par les socialistes. Autant dire, comme le souligne Hegel, que la société civile n'est pas forcément injuste mais qu'elle est toujours menacée de l'être car elle est *nécessairement* instable. La division du travail, en effet, accroît la dépendance des individus les uns par rapport aux autres et rend insupportables les écarts entre richesse et dénuement, qu'elle ne peut pourtant que creuser ! Cependant ce ne sont pas tant les écarts de fortune qui sont facteurs d'instabilité que la perte du sentiment de droit, lequel suppose que l'on puisse subsister par sa propre activité. Une situation qui conditionne également l'honnêteté. De sorte que l'incapacité à exister par soi-même, sans être soumis à autrui pour sa subsistance même, si elle pouvait provoquer vol et brigandage dans le cadre précédent d'un droit abstrait où les individus recevaient leurs droits de l'extérieur, va se traduire dans la société civile, une fois les droits individuels reconnus, en un ensemble de revendications politiques qui n'hésiteront pas à s'attaquer à la propriété.

Nombre de groupes anarchistes et révolutionnaires, ainsi, conjugueront revendications politiques et banditisme. Au début du XX^e siècle, la Bande à Bonnot en fournit un célèbre exemple. Jack London en a fait le thème d'une nouvelle frappante (*Les morts concentriques/The Minions of Midas*, 1906⁴⁶¹).

Bientôt toute revendication consistera à exiger sa subsistance comme un droit. La société se fragmentera en classes antagonistes. C'est que les richesses représentent bien une injustice (§ 244), dès lors qu'elles reposent sur un système de prédation, comme à travers la colonisation (§ 248).

Marx et Engels auront beau jeu d'expliquer que s'ils ont beaucoup pris à Hegel, c'est pour sa méthode dialectique de réflexion et non pour ses conclusions. Cela fera passer Hegel pour un vieux réactionnaire, quoique Marx et Engels lui aient en fait emprunté beaucoup de thèmes et d'analyses.

En même temps, c'est là la principale difficulté à lire Hegel : on voudrait savoir ce qu'il affirme et résumer sa pensée à quelques opinions – réactionnaires ou progressistes en l'occurrence. Mais Hegel ne traite pas de l'injustice en soi mais de la logique selon laquelle elle est comprise et ressentie. C'est pourquoi on peut faire dire à Hegel à peu près ce qu'on veut. Il suffit d'extraire n'importe quel passage ci-dessus et Hegel sera libéral ou socialiste, conservateur ou radical, etc. Toutes les lectures qui posent que pour lui l'injustice ou tout autre thème est ceci ou cela ne comprennent fondamentalement rien à sa démarche.

⁴⁶¹ trad.fr. Paris, La Bibliothèque de Babel, 1978.

Hegel illustre cette instabilité foncière de la société civile en prenant l'exemple des corporations ouvrières, apparues notamment au Moyen-Age (§§ 251-255). A travers elles, les travailleurs acquerraient un état qui était également un honneur : la valeur de leur travail et de leur compétence était reconnue, dépassant le seul but égoïste d'assurer leur subsistance. Mais cet honneur était discriminant et les corporations devinrent rapidement comme des castes. Rejetant dans la précarité les travailleurs qu'elles n'intégraient pas et bloquant tout progrès du travail. C'est pourquoi elles finirent par être supprimées (en France avec la loi Le Chapelier en 1792). On interprète en général – assez faussement – cette évolution en disant que la bourgeoisie industrielle, prenant le pouvoir avec la Révolution, voulait des travailleurs facilement corvéables mais que les luttes sociales finirent par réintroduire les syndicats. En fait cette exploitation ne fut pas aussi générale qu'on le pense. Au début du XIX^e siècle, l'organisation du travail restait davantage paternaliste, plaçant les ouvriers dans une situation tout à la fois de sécurité et de dépendance très forte, personnelle, vis-à-vis de leurs patrons. Exactement comme dans les corporations et c'est d'ailleurs ce qui permettait l'exploitation des enfants, lesquels étaient placés par leur famille.

La prise de pouvoir par la bourgeoisie a marqué la reconnaissance de droits individuels - dont l'exercice, nous l'avons souligné, était très compromis par l'inégalité des situations. Dans ce cadre, les corporations étaient totalement archaïques. Les ouvriers n'avaient de droits, particuliers, que dans la mesure où ils intégraient une corporation particulière. Les droits étaient reçus de l'extérieur, loin de partir des individus. C'est pourquoi ceux qui n'étaient pas membres d'une corporation n'en avaient quasiment aucun. Une fois les droits individuels posés, il fallut définir un droit du travail qui vaille pour tous les travailleurs et qui, dans ce cadre, réintroduisit la liberté syndicale après avoir, brisant les anciennes solidarités corporatives et obligations paternalistes, rendu l'exploitation des travailleurs effectivement possible. On verra alors un Proudhon ne pas condamner l'esclavage aux Etats-Unis, s'il a pour alternative le prolétariat ! (voir 4. 2. 28.).

Au total, l'injustice n'est donc pas du tout la même à l'échelle où l'individu se définit d'abord comme le membre d'un groupe, ce dont dépendent ses droits, où les différences de situation relèvent du destin mais où la considération du Tout (que chacun soit à sa place et le Tout sera harmonieux) pourra justifier ces différences. Tandis que dans la société civile, où chacun défend son intérêt avec et contre les autres, l'injustice sera ressentie comme un jeu à

somme nulle : ce que gagne l'un, l'autre le perd. Ce qui appelle une solution politique pour que chacun ait ce qu'il lui revient.

*

Il est particulièrement intéressant de voir ci-dessus la perte du sentiment de droit être à l'origine des convulsions sociales, notamment parce que renversant les conditions de l'honnêteté commune, elle conduit à envisager des actions violentes, s'en prenant à la propriété d'autrui.

Ce sentiment est le pendant de l'honneur qui structurait les sociétés précédentes, les sociétés d'avant les droits individuels. L'honneur se substituait à ces derniers mais ceux-ci ne l'effacent pas. Ils lui donnent une autre dimension, de sorte que les affronts à l'honneur ne sont plus tant ressentis comme honteux que comme injustes. Ils appellent non plus une vengeance mais une réparation sociale, judiciaire. Et cela se passe sous nos yeux. Nombre de revendications sociales actuelles parlent en effet de dignité, de respect ou de décence et conditionnent à ce titre des actions en justice⁴⁶².

L'honneur est le facteur le plus déstabilisant de la société civile car celle-ci secrète des destins très différents entre les individus, liés à leur réussite, ce qui menace incessamment de redistribuer les hiérarchies sociales. Lesquelles se répartissaient en strates nettement délimitées dans les sociétés d'ordres précédentes. De là cette vision de la société moderne comme une compétition perpétuelle, dans la mesure où elle est effectivement construite comme un système de légitimation des inégalités fondé sur des différences individuelles. Les sociétés modernes veulent croire que l'on a ce qu'on mérite, que la chance même favorise ceux qui sont disposés à la saisir. C'est là leur véritable contrat social ! Dès lors, quand il apparaît que celui-ci n'est pas respecté, notamment parce la distinction sociale, trop étroite, paraît réservée à quelques-uns, toujours les mêmes, qui semblent bénéficier de privilèges plus que de mérites, alors le sentiment d'injustice devient général et tout lui est prétexte pour s'exprimer. Avec une double orientation de dénonciation des injustices et de délitement social avec le non-respect de l'honnêteté commune. Le droit laisse ainsi la place à des revendications proprement morales. *La morale est le droit réfléchi, au sens où si la volonté*

⁴⁶² Voir S. Killmister *Contours of Dignity*, Oxford University Press, 2020 & M. Rosen *Dignity: Its History and Meaning*, Harvard University Press, 2012.

est en soi dans le droit, elle prend proprement conscience d'elle-même dans la moralité (§ 105).

Ainsi se crée l'émotivisme moraliste actuel, comme nous l'avons vu précédemment. Dont la seule issue possible, à suivre Hegel, est l'Etat.

*

4. 3. 45.

Ici, toutefois, nous allons rencontrer de très grosses difficultés à présenter les analyses hégéliennes. Car entendre ce que dit Hegel suppose d'abord de surmonter la durable réputation qui lui a été faite de défenseur de l'Etat autoritaire prussien (quand on ne soupçonne pas davantage encore Hegel d'annoncer les dérives totalitaires que l'Allemagne a connues bien après lui !). Et, de manière bien plus générale, pour entendre les développements suivants sans d'immédiats blocages, rien ne serait pire que d'avoir à l'esprit ce qu'on peut penser couramment de l'Etat.

Il conviendrait en effet de considérer que l'Etat ne représente pas une institution ni complète ni donnée ; qu'il ne s'impose pas forcément et qu'il n'a pas une forme unique. Mais cela supposerait de dépasser la vision la plus commune de l'Etat, qui l'assimile à l'Administration. De sorte que l'Etat est a priori confondu avec la bureaucratie.

Or l'Etat ne se limite pas à l'Administration. Il recouvre l'ensemble des institutions politiques et, à ce titre, il est la réalité effective de l'idée éthique. On pourrait dire la réalité « affective » dès lors qu'il représente la seule instance vers laquelle se tourner dès lors que la société civile accable ses membres d'un sentiment d'injustice – l'homme a inventé l'Etat pour ne pas obéir à l'homme, a-t-on dit. Pris dans des attaches hiérarchiques directes d'homme à homme à travers sa famille, son clan, sa communauté ou encore sa corporation, l'individu n'existe pas en tant que tel sans l'Etat⁴⁶³.

Sans l'Etat moderne, faut-il ajouter, car une autre illusion serait de croire que l'Etat n'apparaît qu'à l'époque moderne. Les cités grecques antiques avaient des constitutions, des institutions, un Etat. Il en allait de même pour Rome. Mais ces Etats ignoraient non pas, comme nous l'avons vu ci-dessus pour Rome, la liberté individuelle – contrairement à ce qu'on pense le plus souvent – mais la liberté individuelle telle qu'elle sera pensée à l'époque

⁴⁶³ Voir M. Gauchet *Les droits de l'homme ne sont pas une politique*, 1980 in *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2000.

moderne comme affranchissement possible face aux normes communes. C'est ainsi qu'à Sparte, la constitution réglait le port et la coupe de la barbe ; tandis qu'elle interdisait aux femmes, à Athènes, d'emporter en voyage plus de trois robes et des provisions pour plus d'une obole⁴⁶⁴.

Toutefois, la naissance de l'Etat moderne n'aura pas été conditionnée par l'affranchissement individualiste des comportements mais par une aspiration proprement morale, née dans la société civile, pour transformer la société par l'entente rationnelle. Le fondement de l'Etat, ainsi, est moral. C'est l'esprit éthique en tant que volonté, claire à elle-même. L'Etat doit faire naître et exister la société *comme elle doit être*. Il est l'effectivité de l'idée éthique (§ 257). Ou plutôt il représente la seule instance qui puisse le faire, non pas au nom d'un commandement religieux mais de par la volonté d'aboutir à une vie commune sensée et juste. Il est le rationnel en soi (il peut l'incarner) et pour soi (il est voulu comme tel). A même de réconcilier l'universel et le particulier (§ 258) en se déterminant selon des lois et des principes pensés, c'est-à-dire universels mais recueillant l'adhésion individuelle⁴⁶⁵.

Rousseau, pour Hegel, a le premier clairement posé la volonté au principe de l'Etat. Mais une volonté générale qui n'est – selon Hegel – que la réunion de volontés individuelles, en tant qu'elles ont des intérêts communs et non ce qui est rationnel dans la volonté. D'où la problématique du *Contrat social* : comment harmoniser les droits individuels, c'est-à-dire la défense des intérêts particuliers de chacun et non pas : comment se rallier à ce qu'on peut comprendre et admettre en commun. L'Etat rousseauiste naît ainsi d'un accord extérieur : celui d'un contrat. De là, la Révolution française, le spectacle le plus prodigieux de l'humanité, écrit Hegel : la tentative de reconstruire entièrement la constitution d'un Etat en s'appuyant sur la pensée.

Une tentative tout abstraite, certes, ce qui marquait sa limite. Mais un échec ? Le dire serait ne rien comprendre à ce qu'est l'Etat : fondamentalement un effort de compréhension commun. C'est pourquoi il n'y a pas d'Etat idéal. *Tout Etat est la traduction de ce que ses membres peuvent et ne peuvent pas penser en commun*. Tandis que l'Etat parfait est simplement celui qui comprend sa propre idée, sa propre fin : parvenir à une acceptation commune de valeurs dans un cadre rationnel, c'est-à-dire celui d'une libre délibération (§ 260 add). Dans un tel Etat, accomplir son devoir peut procurer une pleine satisfaction, sans que

⁴⁶⁴ Voir M. Defourny *Etudes sur la Politique*, Paris, Beauchesne, 1932.

⁴⁶⁵ Voir E. Fleishmann *La philosophie politique de Hegel*, Paris, Plon, 1964.

cela repose sur les hasards de la géographie et de l'histoire, ni sur la contingence des ressources disponibles – comme le note Eric Weil, la satisfaction éthique est le ressort dernier de l'histoire (*Hegel et l'Etat*, p. 59). Cela ne correspond en rien à une situation de bonheur individuel, qui serait ainsi assurée par l'Etat. Et cela ne signifie pas non plus, comme quelques commentateurs ont pu le croire, quelque fin de l'Histoire.

Pourtant, Hegel dit bien que la liberté dans l'Etat correspond à un anéantissement de la singularité individuelle. C'est le point le plus délicat à comprendre et celui qui provoquera toutes les incompréhensions du texte, y voyant une statolâtrie totalitaire, plaidant pour la dissolution des individus dans le grand Tout de l'Etat.

Hegel l'expliquait déjà dans un texte de jeunesse. Dans la sphère du droit abstrait, la liberté se confond avec une liberté de choix. C'est une liberté empirique, fondée sur l'affirmation de préférences personnelles face à des situations pratiques. C'est une liberté soumise à la nécessité. Tandis que dans la sphère éthique, dont l'Etat tente de réaliser l'idéal, la liberté veut s'affirmer face à la nécessité, quitte à refaire le monde social, ce qui suppose effectivement de dépasser sa singularité individuelle pour bâtir un monde qui convienne à tous (*Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, 1802⁴⁶⁶).

Pour Fichte, déjà, l'Etat établissait une norme rendant possible l'intersubjectivité réelle par limitation des libertés individuelles. Et, avant Hegel, Fichte posait que le droit est antérieur à la morale. Il est sa condition même dans la mesure où il rend possible l'existence sociale en nous forçant à concevoir cette dernière sous la forme d'une multiplicité. Le droit ne peut donc se déduire de la morale ou, comme le pensait Kant, d'une métaphysique des mœurs (*Fondements du droit naturel selon les principes de la Doctrine de la science*, 1796⁴⁶⁷).

Cependant, pour Kant, est juste toute action qui peut ou dont la maxime qui l'inspire peut laisser coexister la liberté de chacun avec la liberté de tout le monde d'après une loi universelle. Or on ne peut exiger que cette maxime vienne de nous. On peut vouloir le droit mais non le fonder à notre échelle individuelle, ce qui revient également à renoncer à prendre sa singularité individuelle pour fonder sa propre liberté (*Métaphysique des mœurs*, 1796, Introduction C⁴⁶⁸).

⁴⁶⁶ trad. fr. Paris, Vrin, 1972.

⁴⁶⁷ trad. fr. Paris, PUF, 1998. Voir X. Léon *La philosophie de Fichte*, Paris, Alcan, 1902, notamment pp. 243-244 & M. Maeschalck *Droit et création sociale chez Fichte*, Louvain-la-Neuve, Ed. de l'Institut supérieur de philosophie, 1996.

⁴⁶⁸ *Œuvres philosophiques III*, trad. fr. Paris, Pléiade Gallimard, 1986.

En revanche, il convient de souligner que ni Kant, ni Fichte, ni Hegel ne demandent à l'Etat de réformer les hommes pour qu'ils sachent vivre tels que l'exige l'idéal politique auquel l'Etat souscrit. Ainsi Rousseau considérerait-il que les bonnes institutions sont celles qui savent le mieux *dénaturer* l'homme, lui ôter son existence absolue pour une relative. Ce qui est effectivement la racine de tout totalitarisme.

Pour employer une formule kantienne, on peut dire que l'Etat atteint une forme achevée quand chaque individu doit être reconnu comme une fin et non comme un moyen. Ce qui suppose sans doute, souligne Hegel, que les liens sociaux se resserrent plutôt que de se tendre, favorisant la formation d'une classe moyenne élargie (§ 297). Pour Fichte, cela nécessitait que les citoyens disposent de suffisamment de loisirs pour penser et agir par eux-mêmes.

Cela outrepassé néanmoins notre présent sujet, limité à examiner l'Etat non en tant qu'objet juridique et politique, ce qui sera considéré ailleurs, mais comme idée représentant une issue nécessaire aux revendications de liberté et de justice.

Sous cette perspective, on peut finalement dire que la justice existe au moins comme possibilité quand la dénonciation d'une injustice est susceptible de trouver un écho chez les autres, à travers l'Etat et l'évolution des lois, permettant ainsi aux oppositions politiques de ne pas en rester à des affrontements violents et sans issue. Il n'y a pas de justice en soi, c'est-à-dire extérieure à nous. La justice naît du fait de s'entendre – d'abord pour reconnaître que des opinions et des aspirations différentes peuvent être également légitimes. Ce qui fait du droit une discipline éminemment vivante. Sans cette entente, sans possibilité donc de croire à une justice, les sociétés modernes, les sociétés parvenues à se constituer comme sociétés civiles s'effondrent.

Née d'un jugement, l'invocation de la justice se traduit en une plainte qui est un appel à une reconnaissance de soi par les autres et, plus encore, en l'autre ; même s'il nous est adversaire. Même si cette reconnaissance doit être contrainte. Rendre la justice est donc une fonction éminemment politique et ce qui rend une société possible, faisant d'elle plus qu'un essaim ou un agrégat.