

DROIT, LOI, JUSTICE

La question du droit et de la loi a une longue histoire, hors de laquelle l'idée de justice se vide de toute substance. Il faut essayer de la restituer. Aujourd'hui, sous le tonnerre assourdissant des droits divers, de plus en plus agressifs, la question de la justice comme celle de la loi devient préoccupante. Il n'est donc pas inutile de rappeler que ces trois notions aujourd'hui disjointes ont longtemps été étroitement solidaires les unes des autres.

Remarque : on peut aujourd'hui parler « des droits » (des minorités, de femmes, des homosexuels et de toutes les victimes supposées) ; des lois (de plus en plus nombreuses, écrasantes, absurdes et inapplicables ou inappliquées) ; mais on ne parle pas « des » justices. La justice se maintient au singulier : elle est une relation, elle est une opération (de la raison) ou si on préfère une œuvre de raison ; et elle est aussi une valeur (cela peut vous aider à construire une dissertation).

Le droit naturel

Le problème du droit naturel avait occupé les écoles philosophiques de l'Antiquité : les Pythagoriciens dissertent de la Loi éternelle, puis Socrate, Platon et Aristote prennent le relais, Zénon enfin et les Stoïciens, et parmi eux, à Rome, Cicéron, propagateur et élégant commentateur de leur doctrine.

La pensée grecque a légué à Rome et à ses jurisconsultes l'idée d'une Loi commune, universelle, conforme à la nature, qui exprime l'ordre du monde et fixe d'une manière ordonnée les règles appropriées. Cette Loi s'applique certes à toutes les créatures célestes et terrestres mais en vertu de leur nature propre et conformément à l'idée que l'homme n'est pas un animal. Ces lois de nature sont la source d'un « *jus naturale* », un droit naturel, droit naturel qui, en tant que tel n'existe pas : ce qui existe c'est le *jus gentium*, le droit des gens, autrement dit le droit naturel propre aux hommes et qui varie selon les sociétés, quoiqu'il procède des lumières que la raison a mis en tous. Il existe donc les données de vie (ou de nature) et les données et de vie et de société qui constituent le *jus gentium*¹.

Isidore de Séville laisse des définitions qui vont faire autorité mais n'introduisent pas de clarté définitive. Pour lui le droit naturel comprend les lois qui garantissent la propriété, la liberté et la justice entre les hommes, et d'autre part les règles relatives à l'union des sexes, à la procréation et à l'éducation. A ce droit naturel il oppose le *jus gentium*, qui embrasse les règles et institutions telles que la constitution des cités, leur défense, les guerres, l'esclavage, les traités, le respect des ambassadeurs, la prohibition du mariage avec les étrangers. Institutions qui relèvent aussi bien du droit public que du droit privé et qui sont les unes conformes, les autres assez distantes du droit naturel.

¹ Pour Hume, « la justice naît de conventions humaines qui ont pour but de remédier à des inconvénients issus du concours de certaines qualités de l'esprit humain et de la situation des objets extérieurs » *Traité de la nature humaine*, éd. Aubier, 1962, pp. 612-613

La philosophie Scolastique (dont on considère Thomas d'Aquin comme un sommet) est tributaire de toute cette tradition historique. Le thomisme se construit au confluent de tous les grands courants de pensée qui traversent l'Antiquité puis le Moyen Age : platonisme et aristotélisme, hellénisme et arabisme, paganisme et christianisme sans parler de nombreux courants secondaires. La source principale est Aristote, mais on offenserait gravement la vérité historique et philosophique en présentant la philosophie de saint Thomas comme un aristotélisme intégral et exclusif. Thomas a cherché une philosophie qui soit un instrument de sa théologie et pour cela il a choisi un instrument approprié, une métaphysique. Platon s'étant pour lui bien mal acquitté de ce service, il a pris soin de choisir son philosophe et même de le refaire des pieds à la tête. Et il choisit Aristote dont il assume en particulier pour la question de la justice la distinction entre justice distributive et justice commutative. Il y ajoute la justice sociale, ce qui n'est pas rien.

Dans une approche classique, le droit ne se dissocie donc pas de la Justice. Thomas d'Aquin la définit sous quatre aspects : le droit, la justice elle-même, l'injustice et le jugement². Parce qu'elle est la vertu constitutive de l'ordre social, la justice est inséparable de l'ordre social. C'est parce que la justice est « ce qui revient à chacun » et que « Le droit, c'est ce qui est dû à autrui », qu'elle ne peut se différencier de la notion de Droit. Enfin, parce que « C'est à la loi que revient la détermination du juste »³, justice et légalité font aussi cause commune et demandent à être explicitées. Aucune société n'a jamais accepté que légalité et légitimité soient synonymes. Même si dans les sphères intellectuelles, toute une glose peut se développer, mais à l'épreuve du réel, nul ne peut admettre aisément que le juste soit ce qui est légal, ou qu'on puisse légaliser des pratiques que la loi naturelle ne peut admettre (sauf dans la sphère de la charité).

C'est ce que les nouvelles normes anthropologiques soulèvent comme problème de fond.

Mais la relation de droit et de justice n'apparaît qu'une fois les sujets portés par la vie pratique des vertus morales à un certain plan de vie et de connaissance. En particulier de connaissance de la Loi naturelle. Ainsi Abraham considéré comme un saint de l'Ancien Testament pratiquait la polygamie, aujourd'hui interdite en France. Il n'en était pas moins saint pour autant, dans la mesure où sa connaissance de la loi naturelle était imparfaite. La justice pose aussi la question de la hiérarchie des valeurs, qui se traduisent dans des coutumes et des institutions. L'islam qui pratique la polygamie l'a inscrite et codifiée dans ses lois. Ce qui traduit une connaissance très imparfaite d'un fait de nature mais qui se révèle aux hommes dans le temps : qu'un homme est appelé à aimer une femme. Et inversement.

La notion de droit

Aucune notion n'est plus complexe que celle de droit.

² Thomas d'Aquin, *La Justice*, IIa, IIae, Questions 57 à 62, p. 9

³ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, tome 2a, 2aa, Questions 58, art. 5, p. 48

Il est conçu d'abord tantôt comme une règle objective, expression d'un ordre rationnel auquel se conformer, tantôt comme un corps de lois positives ou de règles coutumières, tantôt enfin comme une pure règle morale. Aujourd'hui, il est surtout conçu comme le pouvoir propre à certains individus. C'est cet aspect du droit qui a obnubilé la philosophie et les théoriciens du politique, en particulier Michel Foucault pour qui « Depuis le Moyen Age, dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir se formule toujours dans le droit »

Pour Thomas d'Aquin il se définit par son but qui est « de réaliser la justice »⁴.

Thomas d'Aquin distingue soigneusement le Droit de la Loi et de l'Art juridique. Le droit est pour lui dans les choses et dans leurs rapports réciproques. Plus précisément encore il est un ajustement des hommes et des choses entre eux. Il adapte leurs mutuels rapports.

La justice, dans cette optique a pour but de régler nos rapports avec autrui, et cela de deux manières : soit avec autrui considéré comme individuellement, soit avec autrui, considéré socialement, en tant que serviteur d'une société.

Le droit se distingue pour lui de la Loi, qui est une règle des actions à poser et qui a pour cause finale le Bien commun de la société, (le Bien commun est l'objet de la justice, et non la cause finale) pour cause efficiente la raison de ceux qui gèrent ce bien et elle est une réalité qui s'extériorise dans la parole et dans les textes (elle s'épanouit en jugement proférés ou en décrets).

« C'est à la loi que revient la détermination du juste »⁵ : elle va du législateur autoritaire aux sujets qu'elle régit. Tandis que le droit est un rapport entre les êtres qu'il ajuste les uns aux autres. C'est ce rapport qu'il convient d'analyser en tant que constitutif du droit, et qui, bafoué, produit l'injustice, et donc la violence.

On voit combien cette optique est éloignée de notre notion de droit, qui est devenu une sorte de justificatif de toutes les revendications et d'une liberté qui revendique à peu près tout et n'importe quoi.

L'architecture interne de la notion de justice

La première grande distinction vient d'Aristote : entre justice commutative et justice distributive. Il termine sur la question de la restitution (qui, en tant qu'elle est un acte de la justice commutative pose un certain nombre de problèmes).

Pour Thomas d'Aquin, le Droit naturel est le Juste, c'est-à-dire « pour un être donné, sa parfaite adaptation, son exact ajustement à autrui »⁶. Il distingue le droit naturel du droit civil, ou droit positif, autrement dit loi naturelle et loi écrite⁷ : question 60.

« Ce qui est juste est déterminé de deux choses : 1^o) par la nature même de ma chose en soi : c'est le droit naturel, par un contrat consenti entre des personnes, ce qui est (...) du droit positif. Les lois sont écrites pour assurer l'application de

⁴ Sauret (Alain), *La justice mutilée*, Paris, Lettres du monde, 1991, p. 61.

⁵ Thomas d'Aquin, op. Cit., Question 57, art. 4, p. 24.

⁶ Thomas d'Aquin, *La Justice*, IIa-IIae, question. 57, art. 3.

⁷ *La Justice*, question 60.

l'un ou l'autre droit, mais de façon différente : la loi écrite contient le droit naturel, mais ne le constitue pas : car le droit naturel ne fonde pas son autorité sur la loi, mais sur la nature. Au contraire, la rédaction écrite de la loi contient et constitue le droit positif et fonde son autorité. C'est pourquoi il est nécessaire que les jugements soient rendus conformément à la loi écrite : autrement le jugement s'écarterait soit du droit naturel, soit du droit positif »⁸.

Cette loi naturelle est le sceau humain de la loi divine. La loi naturelle pose aussi le problème du statut du décalogue. Ou bien nous avons inscrit dans le cœur qu'il ne faut pas tuer son prochain ou bien il nous faut des lois pour l'apprendre. En morale comme en bien des domaines la question de l'inné et de l'acquis se pose sans réponse définitive, puisqu'il faut compter avec le jeu des circonstances qui peuvent pousser un homme à tuer, la légitime défense, la guerre et aussi le degré d'injustice et d'inégalité sociale du milieu auquel il appartient. Destin et Justice sont aussi deux notions intimement liées. Ou peut-être destin et cette spécification de l'injustice qu'on appelle l'inégalité.

Thomas d'Aquin divise ensuite le droit naturel en un droit naturel commun et un droit naturel œuvre de raison, appelé *droit des gens*. Ce droit naturel vient de la raison en ce qu'elle perçoit les rapports premiers qui dérivent de la nature même de choses et qui donne des règles de droit naturel, qui sont le fondement dernier de tout l'ordre juridique. C'est la question de la norme ultime du droit (ou de la source du droit) qui se pose et se résout là. C'est le problème qui se pose dans les questions éthiques. A partir du moment où une société refuse l'idée qu'il y a un « donnée (de vie, de nature) la loi naturelle n'est plus qu'un rêve d'Anciens. Et se pose la question des limites assignables au refus des limites naturelles.

La justice comme relation juridique

La justice a quelque chose de paradoxale : d'une part le terme signifie et implique une certaine égalité et d'autre part elle est une relation sociétaire à caractère objectif. Ce qui ne signifie pas que certains aspects asymétriques des relations ne soient pas pris en compte : par exemple si l'étendue de la dette ou la mesure du droit sont indépendants des conditions subjectives de l'idéal de vie du créancier ou du débiteur. Néanmoins, dans ce qui est dû, il peut y avoir défaillance, de l'assujetti d'abord (c'est le cas dans le rapport avec Dieu ou avec les parents). Et il vient un moment où l'obligation de justice a été épuisée.

C'est dans ce cadre qu'on peut interpréter et mieux comprendre la chanson célèbre, *Le déserteur*, (M. Le Président, de Boris Vian). Elle traduit le refus d'un dû légal, (le service patriotique) à l'aune d'un dû moral. L'obligation de justice est ici épuisée par la fraternité, qui « oblige » davantage que le service de l'état. De même, on peut

⁸ Thomas d'Aquin, question 60, art. 5, pp. 119-120.

considérer que les souffrances des soldats pendant la guerre de 14/18 ont épuisé le dû légal.

La relation juridique est donc une relation établie entre trois termes : deux personnes et un objet, les personnes étant unies par une relation dont l'objet est le terme unifiant et spécificateur.

L'objet est alors la mesure de la prétention de l'un et de la prestation de l'autre. L'idée de Justice est inséparable de cette relation et de cet objet. Relation juridique et relation sociale ont donc un fondement et une réalité distincte, même si toute relation juridique est une relation sociale⁹. C'est pourquoi on peut dire que pour Thomas d'Aquin, la justice a un médium objectif.

La Justice dans cette perspective est donc d'abord une relation. Elle réalise une œuvre extérieure et son médium est objectif mais elle n'en présente pas moins une dimension subjective, car elle est d'abord une disposition de l'âme. Elle règle l'usage que nous ferons des choses, et elle le règle sur le droit d'autrui en vertu du fait que l'obligation de l'un suppose le droit de l'autre. C'est pourquoi la justice est une vertu morale au même titre que la prudence, la tempérance et la force.

D'une manière générale, le principe de la justice est fondé sur l'idée qu'il convient d'empêcher de franchir les limites à partir desquelles non seulement autrui devient nuisible à son prochain mais nuisible à la société à laquelle il appartient et parfois même à l'espèce humaine. Le moi passionnel de la sensibilité et de la sensualité doit s'effacer devant l'ordre de la raison. Il existe entre les hommes des conventions par lesquelles ils s'obligent et les droits du désir doivent donc et le plus légitimement du monde s'effacer devant ceux de la raison. Toutes les lois de circonstances sont mauvaises. Sauvegarder le privilège de l'avenir, c'est le devoir de la justice humaine, imparfaite.

Ainsi, la distinction entre le « dû légal » et le « dû moral » n'est pas anodine : la notion de dette d'honneur, de dette morale ou simplement de reconnaissance relève de ce dû moral. Ramenée au dû légal, la justice ne serait plus que stricte application d'un code des peines, des droits et des obligations.

« La Justice est nécessaire pour le corps social mais elle ne peut fonctionner comme une horloge astronomique indiquant le cycle des plantes et montrant selon les heures, la Vierge, les apôtres, les saints ou la mort agitant son grelot ou brandissant sa faux ».

Pure légalité, elle ne serait plus qu'un art juridique où les plus rusés l'emporteraient. Et la gratitude, la reconnaissance déserterait alors nos existences. Or, la justice est une relation et elle implique la reconnaissance de ce dû moral (comme par exemple celui qui nous oblige envers nos ascendants, qui ont pris soin de nous, ce qui implique qu'à notre tour, nous prenions soin d'eux).

⁹ Cette distinction fonde la distinction entre les disciplines sociales et les disciplines juridiques, mais aussi leurs liens profonds.

De la loi naturelle à l'état de société

A partir du XVII^{ème} siècle, les sphères du politique et du religieux se disjoignent et la rupture sera consommée par les Lumières avec la pensée Scolastique. La notion de loi, de droit et de justice va se penser dans un nouveau paradigme. L'homme n'est plus pécheur, la notion de péché originel n'est plus admise parce qu'elle renvoie à un texte révélé désormais tenu pour un mythe décoratif. Néanmoins, l'état du monde ne permet pas de croire que l'homme est un être merveilleusement bon, droit et vertueux. Il faut donc rendre compte de la violence inhérente aux sociétés humaines. On va donc imaginer un « passage » (qui n'a rien d'historique puisqu'on ne peut remonter au moment premier où une société passe d'un état de nature à un état de société, autrement dit un état « politique », où les hommes acceptent la loi). Locke maintient l'idée de la loi naturelle ; Hobbes conçoit l'état de nature comme la guerre de tous contre tous ; Spinoza voit un état bon par essence permettant aux hommes de vivre en paix. Rousseau va s'emparer lui aussi de cette question et concevoir un état de nature lié aux passions. Ces genèses symboliques sont des fictions philosophiques permettant de penser la question de la « loi », et du Législateur (un impensé de la pensée grecque). La loi et le droit constituent le double horizon de ces élaborations philosophiques. La justice, quant à elle, est désormais ordonnée au droit et à la loi. En réalité, le paradigme qui désormais domine est celui d'un monde violent (celui de Hobbes) dans lequel l'homme est un loup pour l'homme et où l'Etat est un monstre au service de l'arbitraire du pouvoir, donc de l'injustice établie.

La Justice et la vengeance : une dangereuse proximité

Toutes les philosophies politiques héritées de Hobbes conçoivent la volonté impérante comme la source directe et obligatoire du précepte, et par conséquent l'arbitraire du pouvoir, donc l'injustice établie. Pour Thomas d'Aquin, il existe un donné de justice objectif qui s'impose à la volonté autoritaire et que celle-ci se contente de revêtir d'une forme adéquate. Un acte arrêté a certes valeur obligatoire, mais la libre volonté du prince ou du législateur n'a fait qu'arrêter un acte qui a nature de moyen par rapport au Bien commun. En l'adoptant la société l'actualise et lui donne sa forme de règle sociale. Que la réalité dans l'histoire des hommes et des sociétés démente le principe n'en empêche cependant pas la validité.

L'infraction à la justice tant distributive que commutative lèse la justice sociale, et porte atteinte à l'ordre social. L'injustice est un préjudice causé à autrui. Parce qu'une conduite incorrecte cause un dommage à autrui, on est dans l'obligation de réparer. Or, qui doit réparer ou est habilité à cette réparation? Dès l'établissement d'une autorité qui punit, on peut reconnaître en effet une distance entre la punition judiciaire et la vengeance. C'est la justice commutative qui fonde par exemple le système de peine en vertu du fait qu'il faut réprimer les actions injurieuses. Toute la question est bien évidemment de définir ce qui entre dans la catégorie de ces actes injurieux ou en termes modernes délictueux. Saint Thomas évoquait « les homicides, les adultères et autres choses de ce genre ».

La notion de vengeance comme l'histoire de la notion de justice mêle deux traditions : une tradition religieuse et une tradition sociale et politique. Deux tendances se disputent la suprématie : d'un côté l'homme éprouve le désir naturel de venger les injures qu'il a subies, - c'est son dû, cela lui revient, c'est une requête de justice -, désir qui est renforcé par le souvenir des coutumes relatives à la justice privée, mais de l'autre côté, l'autorité judiciaire, lorsqu'elle s'affirme, s'efforce d'éliminer tous les actes de justice sauf les siens. Dans cette lutte, l'autorité religieuse a apporté son appui à la justice publique en condamnant la vengeance privée et en menaçant tout malfaiteur de la vengeance divine.

Car si l'exigence de réparation est légitime, il est parfois difficile de distinguer cette exigence du désir de vengeance.

Une histoire de la vengeance rappellerait qu'à l'origine, elle est prophylactique : lorsqu'aucun code légal n'existe pour restreindre la cupidité ou la cruauté humaine, la vengeance est un moyen pratique de défense. La loi du talion - « œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, blessure pour blessure, meurtrissure pour meurtrissure » marque paradoxalement un progrès et en même temps elle traduit ce sens de la justice qui implique la réciprocité et l'égalité, arithmétique. Elle constitue une forme de justice. Elle constitue même la justice. C'est le principe de réciprocité qui s'applique aux cas d'injustice où quelqu'un blesse autrui. Le principe de la justice commutative exige une égalité de compensation : il faut que la réaction soit égale à l'action¹⁰. La justice divine est parfois lente, c'est la raison pour laquelle la vindicte, qui ne peut attendre, qui réclame justice, tout de suite, sans autre forme de procès, sans le temps ou la parole qui peut faire valoir les circonstances atténuante, calmer le caractère impérieux de la passion. Car le propre du désir est de refuser des limites.

Or, la justice véritable est lente, car elle requiert d'abord que la passion soit apaisée, pour qu'une œuvre de raison puisse se faire et que l'« arrêt » de justice, qui est irréversible (la révision d'un procès est difficile à obtenir), soit fait dans un climat de justice.

La qualité de la justice, c'est la qualité des valeurs qui y affèrent, y compris morales et religieuses, et la qualité des hommes qui la rendent. Selon ce que nous croyons, nous rendrons la justice selon le Droit. Oui, mais lequel ?

Nota bene : la question de la loi naturelle pose le problème du fondement du droit. La « nature » n'est évidemment pas suffisante pour fonder le droit, qui doit être une œuvre de la raison. Mais déraciner ce travail d'élaboration du plan anthropologique dans lequel tout œuvre de la raison trouve son incarnation est une folie. C'est celle de l'Europe de l'Ouest.

¹⁰ Thomas d'Aquin, quest. 61, art. 4, p. 147-148.