

## La justice et la loi

### I. Introduction :

Comment définir la justice ?

C'est **une notion à rapprocher à la fois de la morale et du droit.**

A rapprocher de la morale, d'abord, parce que la justice est **une des vertus cardinales de la morale**. Elle est la vertu qui consiste à **agir en rendant à chacun ce qui lui convient**. Traiter quelqu'un de manière juste, c'est le traiter comme il convient, en n'en faisant **ni trop, ni trop peu, en agissant selon la juste mesure**. Aristote dit que la juste mesure, c'est ce qui définit la vertu qui est un intermédiaire entre deux vices, celui du trop et celui du trop peu, comme le courage qui est la juste mesure entre la témérité et la lâcheté. Ici, **l'injustice est à la fois le trop et le trop peu, et la justice la juste mesure**. L'homme moral, c'est l'homme qui pratique pleinement la justice, c'est un juste.

Cette vertu de justice, les romains la définissaient, après Aristote par deux principes :

« *suum cuique tribuere* » attribuer à chacun ce qui lui revient,

« *neminem laedere* » ne léser personne.

Ensuite, la justice peut aussi renvoyer au droit. **Justice dérive du latin *justicia*, qui lui-même dérive de *jus*, qui signifie le droit, et dont on dérive l'adjectif « judiciaire » et « juridique », ce qui relève du droit.**

**Justice est aussi le nom qu'on donne au pouvoir judiciaire**, celui qui applique les règles du droit. Le lieu où on juge, c'est **le palais de justice**. De ce point de vue, **la justice, cela peut être la conformité au droit, donc la légalité**. Le juste obéit aux lois, l'homme injuste viole les lois.

**La justice, cela peut renvoyer aussi à une certaine exigence d'égalité.**

Partons de ce qui nous semble spontanément être une situation d'injustice. Par exemple, pour un travail égal entre un homme et une femme, les salaires sont inégaux.

Ou bien un héritage qui est inégalement réparti entre deux enfants sous le prétexte que les parents avaient une préférence pour l'un.

Ou encore, les auteurs d'un même délit se voient infliger des peines différentes.

Ici, **l'injustice prend la forme de l'inégalité dans la répartition des biens ou des peines.**

**Donc, on peut *a contrario* définir la justice par l'égalité. Le symbole de la justice, c'est la balance**, donc **les plateaux indiquent une stricte égalité**. Et cette balance est portée par une femme dont les yeux sont bandés, ce qui symbolise **l'isonomie**, l'égalité de tous devant la loi : **la justice ne voit pas les différences entre les hommes**, elle les considère comme égaux.

Mais inversement, **il semble aussi que parfois, la justice exige de prendre en compte les inégalités entre les hommes**. Si je mets la même note à toutes les dissertations, je suis injuste. C'est aussi ce qu'on a vu avec la critique marxiste du droit formel : si les hommes sont inégaux, leur appliquer un traitement égal peut être injuste.

**A la fois la justice suppose un traitement égal pour tous, en dépit des différences de chacun, et à la fois, son exigence d'égalité doit prendre en compte les différences qui existent de fait entre les individus. Il faut donc se demander de quel type d'égalité il s'agit quand on dit que la justice, c'est l'égalité.**

Donc, on peut définir la justice par **la légalité**, ou par **l'égalité** ;

C'est ce qu'écrit Aristote dans le petit texte de EN, V, 2.

## II. Justice et légalité.

La justice et son rapport à la loi, donc.

Pourquoi vouloir identifier la justice avec la loi ?

**Au nom de quoi fait-on des lois ? Au nom de la justice. Jamais on ne se revendique de l'injustice pour promulguer une loi.** Si, par absurdité, on allait jusqu'à le faire, c'est qu'on dirait qu'il est juste d'être injuste, ce qui est contradictoire. Même quand les nazis mettent en place un ordre juridique raciste, qui nous paraît injuste, c'est bien au nom de leur conception de la justice qu'ils le font.

Du même coup, **on affirme bien que si on obéit à la loi, on est juste, et si on désobéit à la loi, on est injuste.**

**C'est aussi au nom de cette identification de la loi et de la justice que le juge prétend juger les individus qui ont violé la loi.** Si on n'estimait pas injuste de violer la loi, on n'aurait pas de raison de punir. **Le juge punit au nom de la justice, ou, comme on dit aussi, en punissant les infractions à la loi, il rend la justice.**

**Pas de système juridique sans cette idée que la justice consiste à respecter ses lois, donc.**

### a. La justice comme équité.

Simplement, identifier légalité et justice pose un problème qui saute aux yeux : c'est que **les jugements rendus dans les tribunaux au nom même des lois ne nous semblent pas toujours justes.** Et puis si la justice était par définition ce qui est jugé par le juge d'après les lois, alors le juge pourrait faire ce qui lui plaît, ce serait de toute façon juste.

Y a donc bien un décalage entre le jugement rendu d'après la loi et la justice qu'on attend de ce jugement. On pourra dire d'un jugement qu'il est juste ou pas, et juste ici, ce ne sera pas la justice légale. Maintenant, il faut voir si cela nous autorise à dire pour autant que la justice ne serait pas le respect pour loi.

Aristote parle de ce problème, qu'il appelle **le problème de l'équité.** Cf., Aristote, EN, V, 14. Juger de manière juste, c'est faire preuve d'équité. **L'équité, c'est la vertu que possède le juge de bien juger, c'est-à-dire de bien appliquer la loi.** S'il l'applique mal, il n'est pas équitable.

Ce qui fait problème et rend possible les jugements injustes, c'est l'inadéquation entre la loi et le cas que l'on doit juger. C'est un problème de mise en rapport du particulier et du général. Par définition, **une loi porte toujours sur quelque chose de général.** On ne peut pas faire une loi pour chaque acte commis. C'est infaisable, puisque par définition, comme une infinité d'actes est possible pour chaque homme, il faudrait une infinité de lois. Un système juridique n'est efficace que si ses lois sont aussi peu nombreuses que possible, afin que chacun les connaisse. Du coup, **on ne légifère que sur le général.** On dira, non pas qu'il est interdit que l'individu A assassine l'individu B, mais que l'assassinat en tant que tel est interdit. On n'interdit jamais un acte, on interdit un type d'acte. On interdit l'assassinat, pas cet assassinat ci.

Pourquoi est-ce que cela pose un problème de justice ? Parce que les types d'actes, ça n'existe pas dans la réalité. Dans la réalité, il n'y a pas l'assassinat, il y a un assassinat particulier, commis par un individu particulier, dans des circonstances particulières. Du coup, **il y a une contradiction entre la loi et le réel. La loi ne peut pas s'appliquer directement au réel.** C'est bien pour cela **qu'on a besoin des juges : ils doivent appliquer la loi générale au cas**

**particulier.** Le problème, c'est qu'il y a toujours des cas-limites, qui n'étaient pas prévus par la loi. La loi est par définition trop générale. Dans ces cas là, appliquer la loi de manière stricte serait injuste.

Les romains avaient un proverbe pour dire cela : *summum jus, summa injuria*

« **Le sommet du droit est aussi le sommet de l'injustice** ».

Par exemple, l'affaire Humbert. Vincent Humbert est entièrement paralysé, il demande à mourir. Son médecin, avec l'accord de sa mère, décide de le débrancher. Il l'a tué non pas sous le coup de l'émotion, mais de sang froid, en préméditant les circonstances. Du point de vue de la loi, on doit condamner le médecin à la réclusion criminelle à perpétuité.

Simplement, ça nous semble à raison tout à fait injuste de mettre sur le même plan l'acte de ce médecin et l'acte d'un assassin, par exemple un tueur à gage ou bien un serial killer. Ceux qui ont fait la loi seraient d'accord pour le dire, mais ils n'ont pas prévu le cas.

Du coup, **le bon juge doit accepter d'adapter la loi au cas particulier en se demandant ce qu'auraient fait les législateurs, et prononcer une peine adaptée**, c'est-à-dire pas la perpétuité, mais pas l'acquittement non plus, parce que tuer n'est pas un acte anodin.

**Alors le jugement sera juste, parce qu'il est équitable, alors que si on avait suivi la loi sans réfléchir le jugement aurait été injuste.**

On voit donc que parfois, l'application de la loi peut être injuste, mais est-ce que ça nous autorise à refuser l'idée que la justice, c'est le respect de la loi, c'est la légalité, c'est l'application de la loi ? En fait non, **même ces cas limites où on doit faire preuve d'équité témoignent du fait que la justice, c'est la légalité.**

La définition à la fin du texte : on dit que **l'équité est un correctif de la loi.**

Autrement dit, **il s'agit pas pour le juge de violer la loi, mais de la corriger.** Il ne faut pas entrer dans l'illégalité, il faut **adapter la légalité.** Mais **le résultat, c'est que c'est toujours la légalité qui est juste, jamais l'illégalité.**

En fait, il faut distinguer la lettre et l'esprit de la loi. Le juge peut ne pas appliquer la loi selon la lettre, parce que ce serait injuste, mais dans ce cas, en la corrigeant pour l'adapter au cas particulier, **il applique la loi selon son esprit.** Mais **préférer l'esprit à la lettre de la loi, c'est encore considérer que la justice, c'est l'application de la loi,** seulement, c'est une application raisonnée, équitable. **La justice, c'est donc bien la légalité.**

Le problème, dans ce raisonnement sur la justice, c'est qu'on suppose à chaque fois que la loi est juste, ce qui ne va pas de soi.

Aristote dit que la loi peut être appliquée de manière injuste ou de manière juste. Mais il présuppose que la loi elle-même est juste. **La seule loi qui peut être appliquée de manière juste ou injuste, c'est la loi juste.** On peut appliquer une loi juste de manière injuste, mais on ne peut pas appliquer de manière juste une loi injuste. La législation nazie sur les Juifs, on ne peut pas l'appliquer de manière juste, ça n'a pas de sens.

**C'est cette idée même de loi juste qu'il faut problématiser, et se demander à quelles conditions une loi peut être juste.**

b. Le problème de la loi injuste ou la justice comme légitimité.

L'argument massif qu'on oppose à l'idée que la justice serait la légalité, c'est le fait incontestable qu'il y a **des lois injustes.**

Il y a des exemples historiques de lois injustes, comme la législation nazie, mais sans évoquer ce cas, on peut simplement penser au fait que la plupart des débats politiques à l'assemblée consistent à savoir comment on va changer le système législatif, soit en ajoutant des lois, soit

en abolissant des lois, soit en modifiant des lois. Mais **c'est au nom de la justice qu'on le fait, donc on postule bien que loi et justice ne coïncident pas.**

Par exemple, ceux qui militaient pour que les couples homosexuels puissent se marier estimaient que la législation sur le mariage était injuste et c'est au nom de la justice qu'ils ont modifié la loi.

De ce point de vue, pour comprendre ce qu'est la justice, il faut comprendre la distinction entre droit positif et droit naturel, légalité et légitimité.

**Le droit positif : le droit posé, établis.** C'est le droit qui existe concrètement, constitué par un ensemble de lois. Il est **l'ensemble des prescriptions juridiques effectivement en vigueur au sein d'une société donnée.** Le trait essentiel de ce droit, c'est qu'il n'est **pas universel.** Il est différent dans l'espace, c'est-à-dire selon les pays, et il est différent aussi dans le temps parce qu'il change à chaque fois qu'on modifie les lois ou bien qu'on en crée de nouvelles.

**Le droit positif est donc particulier, il est relatif dans l'espace comme dans le temps.**

Le droit naturel : Il est différent du droit de nature, qui est la loi du plus fort.

Le droit naturel postule l'existence d'une nature de l'homme, une essence qui lui donnerait des prétentions légitimes que l'on devrait nécessairement respecter. Par exemple, l'homme est libre par nature. Être libre, c'est là l'essence de l'homme, donc il a légitimement le droit naturel de prétendre à la liberté. **Le droit naturel peut donc être défini comme étant constitué de l'ensemble des prérogatives que l'individu est en droit de revendiquer en raison même de son appartenance à l'espèce humaine.**

**Le droit naturel est donc un droit antérieur au droit positif** et qui doit l'inspirer.

C'est à partir de cette idée essentielle aux 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles que les droits naturels sont déductibles d'une philosophie de la nature de l'homme qu'ont été établis la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, puis la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et repris dans le préambule de notre constitution.

Ces déclarations sont les exposés des droits naturels d'après lesquels on doit établir le droit positif. Le droit positif doit avoir pour but de concrétiser ces droits dans une société donnée. Ces déclarations n'ont pas la prétention d'inventer des droits, de poser des droits qui n'existeraient pas indépendamment de la déclaration et qui seraient de nouveaux droits positifs. C'est bien pour cela qu'elles déclarent des droits, elles ne les établissent pas. Elles parlent de droits qui existent de tout temps et en tout lieu, contrairement au droit positif.

**Donc, on voit que droits naturels et droits positifs sont liés, les premiers devant fonder les seconds, les seconds devant être la concrétisation des premiers.**

Mais ils ont des caractéristiques différentes.

**Les droits naturels sont universels et nécessaires.**

**Universels** : ils sont partout les mêmes, ils valent pour toutes les sociétés, en tout lieu et à toute époque, même celles qui refusent de reconnaître leur valeur.

**Nécessaire** : ils ne peuvent pas être autrement qu'ils sont, ils sont ce qu'ils sont une fois pour toute, on ne peut pas changer les droits naturels, on ne peut pas les amender. Ils n'ont pas commencés à exister et ils ne cesseront pas d'exister. Ils sont immuables.

**Droits positifs sont particuliers et contingents.**

**Particulier** : ils ne sont pas partout les mêmes. Le droit positif ne vaut qu'en un lieu et en un temps déterminés. Quand on franchit la frontière, le droit change. Ex : la peine de mort est

abolie en France, elle ne l'est pas en Arabie Saoudite. Quand on change d'époque, le droit évolue, comme le fait qu'on ait légalisé l'avortement en France au milieu des années 70. Contingent, parce qu'ils peuvent être autrement qu'ils sont. C'est bien pour cela qu'ils sont différents selon le lieu et l'époque, et c'est bien pour cela qu'il y a sans cesse des débats à l'assemblée, pour savoir dans quel sens on va changer les lois.

### > **Légitimité et légalité.**

Ces deux significations du droit nous permettent aussi d'éclairer la distinction à faire entre la légitimité et la légalité. Les deux termes viennent du latin *lex*, la loi, et pourtant ils ne renvoient pas à la même loi.

**La légalité, c'est la stricte conformité à la loi, quelle qu'elle soit.**

**La légitimité, c'est plus que cela, cela renvoie à une évaluation morale. Le légitime est bien moralement, l'illégitime est mal moralement.**

On voit que ce n'est pas la même chose car légalité et légitimité ne coïncident pas toujours. Par exemple, en France en 1941, il est légal de refuser à un Juif l'entrée dans un café, mais ce n'est pas légitime. Et à l'inverse, si un homme a assassiné sa femme, mais qu'on a aucune preuve, ce serait illégal de le condamner, la légalité nous oblige à l'acquitter, alors que ce n'est pas légitime. Légitimement, il devrait être condamné.

**Mais l'idéal serait que légalité et légitimité coïncident à chaque fois. La légalité est bonne si elle est légitime.** Donc, on voit que **le légitime est supérieur au légal**, et qu'il le fonde.

**Une légalité est bien fondée si elle est légitime.** On retrouve en fait la distinction entre droit naturel et droit positif, qui se correspondent.

Légalité et légitimité dérivent de *lex*, mais ils renvoient à des lois différentes. **La légitimité, c'est ce qui relève du droit naturel, la légalité, c'est ce qui relève du droit positif.**

**Supérieur au droit positif est le droit naturel.** Un droit positif est établi d'après l'idée que l'on se fait du droit naturel. Le droit positif peut donc être juste ou injuste. Il est juste s'il respecte les droits naturels, et il est injuste s'il ne les respecte pas. De son côté, le droit naturel ne peut qu'être juste. En fait, il est la norme à partir de laquelle on juge de la justice du droit positif, donc il est la justice elle-même. **La justice, c'est le droit naturel.**

Cette distinction coïncide avec celle entre légalité et légitimité. Du coup, on peut dire que **la justice, ce n'est pas la légalité, c'est la légitimité. La justice consiste à obéir aux lois, seulement si elles sont légitimes. L'idéal, c'est que légalité et légitimité coïncident, mais si ce n'est pas le cas, il est légitime, donc juste, de désobéir aux lois.** C'est ce qui fonde le droit naturel pour tout homme à se révolter contre un pouvoir totalitaire. Le second article de la déclaration des droits de l'homme pose comme droit naturel de l'homme la résistance à l'oppression. C'est au nom d'une telle conception de la justice qu'on peut dire, par exemple, que les résistants français pendant la seconde guerre mondiale ont fait preuve de justice. C'est aussi à partir de cette conception que ceux qui ont sauvés des Juifs, au mépris des lois de Vichy, sont appelés les Justes, avec un grand J.

Légalité et légitimité dérivent toutes deux du latin *lex*, la loi. Donc en fait, quand on dit que la justice, c'est le respect de la loi, il faut préciser dans quel sens on prend le mot de loi. Si c'est la loi positive, ce n'est pas vrai, car la loi peut être injuste. Si c'est la loi naturelle, la légitimité, c'est vrai.

Simplement, le problème que pose cette conception de la justice, c'est le fait de savoir ce que c'est que le droit naturel. Si on dit que la justice c'est la légalité, alors l'avantage est qu'il est

facile de savoir ce qui est juste, il suffit de consulter un code de lois. Mais le droit naturel, par définition, il n'est pas écrit.

Une première façon de le fonder, c'est d'en faire un droit divin. **La Justice, du coup, c'est la justice de Dieu.** Celui qui est suprêmement juste, d'après les trois religions monothéistes, c'est Dieu. Être juste, c'est obéir aux commandements divins qui sont compilés dans les textes sacrés, et être injustes c'est leur désobéir.

Problème : dans une société laïque, on a le droit de ne pas croire en Dieu, et pourtant même celui qui ne croit pas revendique la justice. En plus, le droit prétend être fondé rationnellement, alors qu'on ne peut pas démontrer rationnellement l'existence de Dieu. L'autre possibilité, dont sont issus les droits de l'homme, c'est de fonder les droits naturels sur la nature de l'homme. On cherche à déduire rationnellement les droits qu'on pourrait tirer de la connaissance de sa nature.

**Le problème, c'est que la définition de l'homme, c'est quelque chose qui ne fait pas accord, on en discute sans cesse. Il y a diverses philosophies de l'homme, et selon les époques, selon les différentes cultures, on a des approches différentes de l'homme. Du coup, on ne voit pas bien comment déduire des droits naturels qui seraient vraiment incontestables.**

Quand on présente les droits de l'homme et la déclaration de 1789, on fait comme si cela va de soi. Or, ce n'est pas vrai. Ce problème a été très tôt perçu, par exemple par Montaigne dans le texte distribué. **Montaigne est un sceptique**, il remet en doute la possibilité de savoir vraiment quelque chose. Cela vaut aussi pour le droit naturel.

L'idée de droit naturel n'a pas été inventée en 1789, on la trouve dès Aristote. Donc Montaigne, au 16<sup>ème</sup> siècle, connaît cette idée et examine les théories de ceux qui prétendent avoir trouvé quels sont ces droits pour s'en moquer, pour faire preuve de scepticisme face à leurs tentatives.

Montaigne fait preuve d'ironie, on le voit dès la première phrase où il qualifie ces philosophes de « **plaisants** ». Cela veut dire, dans le français de l'époque, **ridicule. Ces philosophes qui prétendent avoir découvert le droit naturel sont ridicules.**

Montaigne décrit leur démarche : pour donner de la certitude aux lois, qui sont celles du droit positif, **ils prétendent avoir trouvées des lois fermes, perpétuelles et immuables, c'est-à-dire universelles et nécessaires**, comme on l'avait dit. **Et ils prétendent que ces lois sont naturelles, donc c'est bien ce qu'on a appelé le droit naturel.** Ces lois seraient inscrites dans le genre humain : cela décrit ce qu'on avait dit, à savoir que les droits naturels de l'homme sont inscrits dans leur nature, dans l'essence même de l'homme.

Pourquoi ces philosophes sont-ils ridicules ? Parce **qu'ils n'arrivent pas à se mettre d'accord entre eux sur ces droits naturels** : certains en comptent trois d'autres quatre, d'autre plus, d'autres moins. Ce que cela montre, pour Montaigne, c'est que **ces droits sont douteux ! On prétend dégager des lois certaines, et en fait elles sont douteuses** : donc on doit douter de ces lois, on doit être sceptiques.

En plus, parmi les trois ou quatre lois qu'ils ont choisis, il faudrait en trouver qui fasse l'objet d'un consensus universel. **Le droit naturel prétend être universel, contrairement au droit positif qui est particulier, donc il faudrait que tous les hommes soient d'accord sur ces droits.** Or, Montaigne constate que ce n'est pas le cas : **pour chaque droit naturel, on trouvera toujours plusieurs peuples qui refuseront que ce soient des droits naturels.**

Le problème, c'est que **le seul critère pour vérifier qu'on a bien affaire à un droit universel, c'est l'approbation universelle, le consensus de toute l'humanité sur ces droits.** Si un droit est vraiment un droit naturel, un droit inscrit dans la nature de l'homme, alors tous les hommes, quelle que soit leur culture, devraient s'accorder dessus. Dès qu'on violerait un tel droit naturel, n'importe quel homme devrait naturellement ressentir la violation de ce droit comme une violence. Or, **Montaigne demande qu'on lui présente ne serait-ce qu'une seule loi naturelle de ce type, et il sous entend qu'on n'en trouvera pas.** Donc, **l'existence du droit naturel qui serait la même chose que la justice est très problématique.**

Il a donc là un débat entre deux conceptions de la justice qui est très ancien et qui continue encore aujourd'hui, sans doute parce qu'il n'a pas vraiment de solution satisfaisante.

La première position consiste à dire qu'il y a **un droit naturel, une légitimité, et que c'est cela la justice. C'est ce qu'on appelle le jusnaturalisme.**

L'autre position consiste à dire que **le droit naturel n'est qu'une fiction, qu'il n'y a pas de droit éternel, il n'y a que le droit positif, la légalité, et c'est cela la justice. On appelle cette position le légalisme, ou encore le positivisme juridique.**

Les grands noms de cette opposition, ce sont Hobbes et Montesquieu.

Hobbes est le type même du légaliste. **La justice, c'est la légalité. En dehors des lois, il n'y a pas de justice.** L'argument, c'est que les lois sont établies après le contrat social, qui fonde la société. Mais dans l'état de nature, il n'y a pas de loi, donc chacun peut faire ce qui lui plaît. Il a une liberté qui n'est pas bornée par les lois, il a le droit de faire tout ce qu'il peut faire. Un lion qui tue une gazelle n'est pas injuste, il n'est pas juste non plus, car les animaux ne peuvent établir d'état civil. Même chose pour les hommes.

**Pas de justice ni d'injustice dans la nature.** On ne lèse personne, on ne doit rien à personne, car rien n'appartient à personne. **On n'a aucun droit, donc on ne peut porter atteinte à nos droits, donc il n'y a pas d'injustice.**

**La justice n'est pas naturelle du tout, c'est une convention, elle est artificielle. On appelle juste ce qui est légal, rien de plus.**

Montesquieu, qui a lu Hobbes de près, conteste sa position. **Avant le droit positif, c'est-à-dire les lois que les hommes ont fait, il y a des lois que les hommes n'ont pas fait. Son argument consiste à rapprocher les lois juridiques et les lois de la géométrie.**

On sait que les figures géométriques sont parfaites, elles n'existent pas dans la nature. C'est l'homme qui les pense et qui les trace au tableau, mais avant l'homme, il n'y avait pas de cercle par exemple. Le géomètre dégage les lois du cercle. Il dit qu'un rayon, c'est la droite tirée du centre à la circonférence, puis il établit que pour tout cercle, tous les rayons sont égaux. Il ne prétend pas inventer une loi, il la découvre. Et la loi ne devient pas vraie parce qu'on a tracé un cercle au tableau. Elle était vraie avant, même si personne n'avait encore tracé de cercle. Et même si l'humanité n'avait jamais tracé de cercle, le cercle aurait été possible, et ses lois auraient été les mêmes : universelles, nécessaires, absolues, donc c'est le droit naturel. **Montesquieu affirme que c'est la même chose pour le droit naturel. Le droit positif prétend établir la justice, mais avant qu'il le fasse, cette justice est possible,** comme le cercle, et elle a ses lois propres. Ces lois, ce sont celles du droit naturel. Et si on veut tracer un cercle au tableau, on doit respecter la loi de l'égalité des rayons, qui est vraie de

toute éternité. De la même façon, **le législateur, s'il veut faire des lois justes, il doit respecter les lois naturelles de la justice.**

Simplement, il y a une faiblesse dans l'argumentation de Montesquieu qu'un légaliste dénoncerait tout de suite. C'est qu'**en réalité, les lois de la justice et les lois de la géométrie ne sont pas de même nature. Les lois de la géométrie, on peut les déduire rationnellement, et tous les hommes sont d'accord sur elles.** Tout le monde voit bien que la loi de l'égalité des rayons est vraie. Mais ce n'est pas le cas pour la justice. **On ne sait pas véritablement comment déduire des lois de la justice et les hommes ne sont pas d'accord sur ce qui est juste ou injuste, il y a sans cesse des débats sur ces questions qui sont au cœur même de la politique. On ne peut pas démontrer que c'est juste ou que c'est injuste, c'est une valeur à laquelle on croit ou pas > donc, on retombe sur l'objection de Montaigne.**

Ce conflit entre ces deux positions sur la justice, on peut en trouver l'expression la plus ancienne en Occident dans **l'Antigone de Sophocle**, au 5<sup>ème</sup> siècle avant JC.

C'est une tragédie qui raconte ce que deviennent les descendants d'Œdipe à Thèbes.

Polynice et Étéocle, deux fils d'Œdipe choisissent des camps différents lors de la guerre des sept chefs. Étéocle lutte pour Thèbes alors que Polynice combat dans le camp opposé, donc il trahit sa propre cité. Les frères se battent en duels et se tuent mutuellement.

Créon, qui est le beau-frère d'Œdipe, devient le nouveau roi de Thèbes, il honore Étéocle en lui accordant les funérailles nationales, et il laisse pourrir sur le sol le corps de Polynice.

Antigone est la fille d'Œdipe, donc la sœur d'Étéocle et de Polynice. Dans la culture religieuse grecque, il revient aux femmes de s'occuper des morts de la famille, elles doivent leur fournir une sépulture pour que le corps soit pris par l'Hadès, c'est-à-dire les Enfers. Les dieux réclament les morts comme leur dû, c'est leur droit. Elle est donc face à un dilemme, elle est partagée entre **les exigences contradictoires de deux lois : la loi écrites des hommes, celle de la cité, qui lui interdit d'enterrer son frère, et la loi non-écrite des dieux qui lui ordonne d'enterrer son frère pour le rendre à l'Hadès.**

Elle finit par braver Créon et tente d'enterrer son frère. Tout l'enjeu de la tragédie est le face-à-face entre Antigone et Créon, qui se revendiquent de deux thèses différentes à propos de la justice.

Cf. petit extrait.

Créon punit Antigone pour avoir violé la loi des hommes. Il pense avoir la justice de son côté, et qu'Antigone a été injuste.

Antigone pense avoir été juste en respectant la loi des dieux et que c'est Créon qui commet l'injustice en la violant.

**Créon, c'est donc le modèle même du légaliste : la justice, c'est la légalité, le respect du droit positif, les lois humaines écrites.**

**Antigone, c'est le modèle même du refus du légalisme et de la croyance à un droit supérieur qui transcende le droit naturel. La justice, c'est la légitimité, c'est le respect du droit immuable, des lois-non écrites qui sont celles des dieux.**

Ce conflit tragique entre ces deux conceptions de la justice n'est pas terminé aujourd'hui.

La déclaration des droits de l'homme au 18<sup>ème</sup> siècle n'a pas clos le débat.

**D'un côté, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 voit triompher l'idée qu'il y a une norme de justice supérieure au droit positif, mais de l'autre côté, on voit les juristes, les sociologues et les anthropologues se revendiquer du positivisme juridique.**

Les **juristes** d'abord. Ce sont les spécialistes du droit. Ils étudient ce qu'est le droit, ce qui assure la cohérence d'un système juridique, et ils étudient aussi l'histoire du droit.

De ce point de vue, **ils refusent l'idée d'un droit naturel qui transcenderait les lois existantes dans une société donnée.** A leurs yeux, ce sont des idées philosophiques, mais elles n'ont rien à faire avec le droit. Un juriste doit faire abstraction de ces idées pour étudier le droit existant, et rien d'autre. On doit appeler justice, l'application du droit, et rien d'autre. Le premier argument, **c'est donc de dire que cette idée d'une justice supérieure ne relève pas du droit à proprement parler et que les juges n'ont pas à s'y intéresser.**

L'autre argument est tiré de l'histoire de droit. **Les juristes montrent qu'il n'y a pas d'abord un droit naturel, une raison humaine désincarnée qui planerait sur la terre, et qu'ensuite les hommes établiraient un droit positif qui lui correspondrait.** L'histoire du droit montre que tout ordre juridique est le fruit d'une longue suite d'événements et de conditions historiques déterminées. Il y a d'abord des traditions non-écrites au sein des sociétés, puis elles ont été écrites dans un système de lois et déterminent encore le droit actuel. Si on regarde de près notre droit, on y retrouve les traces du droit romain et du droit féodal, ou bien encore les grandes réformes napoléoniennes. Donc ce **qui est premier, c'est la société, et le droit émane d'elle pour l'organiser. Cela part du bas vers le haut, de la réalité sociale, vers le droit, et non d'un droit purement intellectuel vers la réalité sociale.** Pourquoi nos lois sont comme elles sont ? Pas parce qu'elles seraient faites d'après un droit naturel, mais en fonction de l'histoire. Or, **l'histoire, c'est particulier, contingent, relatif à chaque époque et chaque société.** Ca remet donc en cause l'idée de droit naturel.

**L'autre adversaire de l'idée de droit naturel, c'est souvent le sociologue et l'anthropologue, c'est-à-dire les sciences humaines. Il se place d'un point de vue relativiste et dit que chaque société a ses propres valeurs, sa propre conception de la justice : il n'y aurait pas de justice ab.** Les sciences humaines prétendent dégager des déterminismes sociaux. De ce point de vue, le droit aussi est déterminé socialement, et non pas un droit naturel universel qui transcenderait la réalité sociale. **La preuve que le droit naturel est une illusion, c'est qu'on n'arrive pas à se mettre d'accord sur ces droits. Ils ne font pas consensus. Les droits de l'homme eux-mêmes ne font pas consensus.**

A l'ONU, il y a un conseil des droits de l'homme (actuellement présidé par l'Arabie saoudite). La plupart des pays qui violent les droits de l'homme, comme les dictatures africaines, arabes, ou bien la Chine, répondent toujours la même chose, à savoir une position relativiste : **les droits de l'homme, ce sont les droits de l'homme occidental, c'est votre idée de la justice, mais ce n'est pas la notre.** Les droits de l'homme, ils ne sont ni universels ni nécessaires, ils ont été inventés par des philosophes occidentaux au 18<sup>ème</sup> siècle, parce qu'ils sont le fruit des valeurs occidentales, notamment le fait qu'en occident, par un héritage du christianisme, on accorde énormément de valeur à l'individu, alors que dans beaucoup d'autres cultures, c'est la communauté qui est importante, pas l'individu. Dans le christianisme, l'homme est seul devant Dieu et les hommes sont tous égaux devant Dieu, et le rapport de l'homme à Dieu est individuel, il a lieu dans l'intimité de l'âme.

Dans les tribus africaines ou arabes, c'est le clan, c'est la famille, c'est l'ethnie qui compte avant tout, pas l'individu. De même, les droits de l'homme disent dès l'article premier que les hommes sont égaux en droit, des indiens peuvent répondre que leur culture c'est parfaitement impossible, parce que c'est une société divisée en castes. Les individus ne sont pas égaux, ils n'ont pas les mêmes droits, et ce serait injuste de ne pas respecter cette hiérarchie qui appartient à leur traditions.

Du coup, c'est très difficile de répondre à cet argument : **les dictatures du tiers-monde affirment à chaque fois que les droits de l'homme ne sont rien d'autre qu'une nouvelle expression du colonialisme occidental : on considère que leur culture est inférieure, et on**

veut les forcer à appliquer notre idée du droit. Autrement dit, les droits de l'homme seraient racistes.

C'est un argument qui a sa force et qui est très embarrassant pour les défenseurs des droits de l'homme. **Les dictatures ont une posture légaliste : elles disent, chacun chez soi, chacun son droit positif, et la justice, ce n'est rien d'autre que ce qui est légal.**

**L'argument majeur qu'on peut opposer au légalisme, c'est l'idée qu'on ne peut pas se défaire de l'idée qu'il y a des lois injustes.** Si on est légaliste, on doit dire que si c'est la loi, alors *dura lex sed lex*, la loi est dure, mais c'est la loi, et la justice consiste à obéir. Mais si le juste et le légal sont identiques, alors toutes les lois sont justes, ce qui semble inacceptable. Mais **ca a des conséquences difficilement acceptables.** Est-ce qu'on devait dénoncer les Juifs pendant guerre ? Les résistants français ont-ils été injustes ? C'est une idée choquante.

**Le relativisme risque de nous faire tomber dans le nihilisme,** c'est-à-dire de faire disparaître purement et simplement l'idée de justice. C'est ce qu'explique **Pascal** dans un célèbre extrait des pensées où il s'exclame « Plaisante justice qu'une rivière borne ! ».

**Plaisante justice, cela veut dire justice ridicule, justice qui n'est pas la justice.**

En effet, comme accepter l'idée que battre sa femme est injuste de notre côté de la frontière, mais que c'est juste dès qu'on passe la frontière et qu'on est dans un pays étranger ? **Si c'est le cas, alors tout est juste, il suffit de décider que c'est juste en faisant une loi.** Si le droit positif français et le droit positifs saoudiens, sont aussi justes l'un que l'autre, alors pourquoi ne pas adopter le droit positif saoudiens en France ? Si on refuse cela, c'est bien parce qu'on considère que c'est notre droit positif qui est juste, pas celui des saoudiens. **Si on relativise la justice, alors la justice ne signifie plus rien, il n'y a plus de justice du tout, et la législation nazie n'est ni plus ni moins juste que la nôtre.**

Léo Strauss veut défendre le droit naturel contre le relativisme en avançant ces arguments.

**Si on cherche à faire évoluer les lois, c'est bien au nom de la justice, qu'on considère comme différente de la loi.** Si est juste ce qui est légal, on n'aurait plus aucune raison de changer les lois.

Et aux dictateurs du tiers-monde, on peut répondre qu'il y a justement dans leur pays des militants des droits de l'homme, qui contestent la justice de leur système juridique. Autrement dit, **l'homme n'est pas enfermé dans sa culture, il peut contester les lois de son pays en disant qu'elles ne sont pas justes, et quand il le fait, il se réfère bien à une idée de la justice qui est supérieure au droit positif, et qui est le droit naturel.** C'est bien ce que fait quelqu'un comme Rousseau en 1762 : il vit dans une culture européenne monarchiste, mais il prend ses distances par rapport à sa propre culture pour la juger à l'aune d'une idée de la justice qui est supérieure au droit positif, et qui est le droit naturel, ce qui l'amène à considérer que la monarchie est un régime injuste même si à son époque le droit positif est monarchiste. C'est ce que dit Strauss : **s'il n'y avait pas de droit naturel, on ne pourrait pas prendre de recul devant les lois de notre société. Or, ce n'est pas vrai, car de fait on est capable de se demander ce que valent les lois de notre société, donc on n'est pas asservi à notre société, on est capable de la juger, et de juger toutes les autres sociétés, à partir d'un idéal de justice qui est le droit naturel.**

On peut répondre aux légalistes que, bien sûr, **il n'y a pas véritablement d'accord universel sur le contenu du droit naturel, comme l'avait déjà vu Montaigne, mais il y a quand même quelque chose d'universel, c'est l'exigence de justice inscrite au cœur de la conscience humaine. Qu'il doive y avoir une justice universelle, nécessaire, absolue, c'est cela qui est universel, nécessaire et absolu, et on ne peut se débarrasser de cette exigence.**

**Cette idée d'une justice supérieure à la loi, elle est universelle. Son essence ne fait pas l'objet d'un consensus, mais son existence, si.**

Peut être que tous n'ont pas, selon leur culture, la même idée de cette justice supérieure aux lois écrites, mais ils ont tous l'idée qu'il y a une telle justice comme légitimité, et que les lois peuvent être injustes, que la légalité n'est pas toujours la justice

**C'est ce que dit le texte de Strauss : le besoin du droit naturel, c'est universel, nécessaire et absolu, car on en a besoin pour dire que des lois sont injustes.**

**Comment clore ce débat ? Si c'est un débat ouvert depuis 2500 ans et non encore fermé, c'est sans doute parce qu'on en peut pas véritablement le fermer de manière définitive. Il faut avoir la modestie de reconnaître que l'on est là face au problème qui est au cœur de l'idée de justice.**

En même temps, **dire qu'il ne faut pas clore le débat, c'est quand même donner l'avantage à l'idée de droit naturel. Ceux qui prétendent fermer le débat, ce sont les légalistes** : on dit, le droit naturel universel et nécessaire, on n'arrive pas à se mettre d'accord pour savoir ce que c'est, donc c'est une illusion, la justice, c'est la légalité, et rien d'autre, comme ça le problème est réglé. Il n'y a plus à discuter sur la justice, on sait ce que c'est. **L'avantage de la justice comme légitimité, c'est de dire qu'on accepte l'idée qu'il n'y ait pas d'accord entre les hommes sur ce qu'est le droit naturel, mais que justement, on doit continuer à en débattre, on ne doit pas clore le débat. La justice est un problème qui doit être assumé. Sinon, on ne peut même plus expliquer pourquoi il y a des lois injustes.**

On doit dire, oui, les juristes ont raison de dire qu'il n'y a pas d'abord un droit naturel universel, qu'on aurait plus qu'à transcrire dans le droit positif. Il y a d'abord des sociétés avec leurs histoires qui ont engendré leur droit positif, mais on doit critiquer ce droit et non pas l'accepter passivement, on doit demander, au nom d'une justice supérieure, sa rectification et progresser vers plus de justice. Certes, **on n'a pas une connaissance d'un droit universel, mais il faut considérer que cet accord entre tous les hommes sur l'idée de justice, c'est un idéal qu'on doit rechercher sans cesse, même si on ne l'atteindra sans doute jamais. Il faut continuer à chercher à établir les droits naturels de l'homme et la déclaration de 1948 n'est qu'un second pas dans ce sens après la déclaration de 1789. La justice comme droit naturel, c'est donc moins une réalité présente qu'une exigence, une tâche, qu'on ne doit jamais abandonner.**

Cf. le texte de Léo Strauss. **Nous sommes obligés de rechercher un étalon, une norme de justice qui transcende le droit positif. C'est quelque chose, non pas de réel, mais d'idéal, qui relève du devoir être. Un idéal régulateur, une tâche, pas un donné : il faut tendre à l'infini vers un consensus universel sur cet idéal universel, nécessaire et absolu, même si de fait on ne l'atteint jamais.**