

La justice
La question de la justice
dans les problématiques contemporaines du Droit

Alain Renaut

Philopsis : Revue numérique

<https://philopsis.fr>

Les articles publiés sur Philopsis sont protégés par le droit d'auteur. Toute reproduction intégrale ou partielle doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès des éditeurs et des auteurs. Vous pouvez citer librement cet article en en mentionnant l'auteur et la provenance.

Ceci est un extrait, retrouvez nos documents complets sur philopsis.fr

Si l'on veut désigner de manière d'abord globale, mais malgré tout assez précise, ce que, concernant la question de la justice, les problématiques contemporaines du droit ont renouvelé depuis une vingtaine d'années, il faut d'abord situer ce renouvellement par rapport à l'époque immédiatement antérieure. Celle-ci avait été dominée par ce qu'il est convenu d'appeler le positivisme juridique, dont l'expression la plus célèbre fut atteinte dans ce qui reste, en matière de philosophie du droit, un ouvrage majeur de ce siècle - à savoir la *Théorie pure du droit* publiée en 1934 par le juriste autrichien Kelsen : dans cet ouvrage, toute une tendance dont l'histoire, si on voulait la raconter, remonterait au XIXe siècle, vient à achèvement, en prenant le contrepied de ce qui avait été, jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, la problématique dominante du droit, c'est-à-dire une problématique en termes de droit naturel.

Ce qu'on appelle le jusnaturalisme, et qui trouve son point de départ, en tout cas dans la philosophie moderne, chez des auteurs comme Grotius et Pufendorf, puis son point historiquement culminant dans les déclarations des droits de l'homme de la fin du XVIIIe siècle, avait correspondu en fait une manière très particulière de problématiser le droit. Il s'était agi, pour cette tradition, d'interroger, au-delà du existant, institué, déposé dans les lois et les codes (donc, au-delà du droit positif), une sorte d'étalon de la valeur du droit positif, donc une idée de

ce que serait un droit juste : idée d'un droit juste ou idée de justice en vertu de quoi il serait possible à la fois de dénoncer des lois injustes et d'essayer d'incarner une telle normativité dans les lois positives. Cette problématisation jusnaturaliste du droit, axée donc sur ce problème du "droit juste", c'est précisément ce avec quoi Kelsen, et avec lui tout un courant dit "positiviste" (encore vivant aujourd'hui, notamment aux Etats-Unis), tentent de rompre - en accordant ou en convenant que ce problème de la justice a certes un intérêt et peut bien être posé, mais en observant qu'il ne peut jamais être résolu en termes de vérité ou de certitude : l'idée qui nourrit cette appréciation, c'est au fond que le problème de la justice est un problème de valeur, et que, comme tel, il ne peut donner lieu qu'à des prises de position subjectives incapables de s'étayer scientiellement - conviction dont une expression bien connue et frappante avait été fournie une quinzaine d'années auparavant par Max Weber à travers le thème célèbre de la "guerre des dieux". Weber expliquait en effet qu'entre les faits et les valeurs, entre l'être et le devoir-être, il existe une discontinuité radicale, et que si ce qui est de l'ordre des faits peut donner naissance, moyennant un certain nombre de méthodes et de procédures qui sont celles du travail scientifique, à un discours vrai, donc à une objectivité sur laquelle il peut y avoir accord ou consensus entre les hommes, en revanche, sur les valeurs ou sur le devoir-être, la règle est le conflit ou le dissensus - parce qu'ici rien ne peut jamais se vérifier : entre les différents systèmes de valeurs des divers groupes humains, voire des divers groupes sociaux, règne ainsi un conflit aussi indépassable que (tel est le sens de la métaphore de la "guerre des dieux") celui qui opposait les divers systèmes de dieux dans lesquels les cités antiques incarnaient leurs aspirations ; et Weber en déduisait que si un discours veut prétendre à la vérité, il doit mettre en parenthèses les questions de valeur : bref, la science, estimait Weber, est axiologiquement neutre, ou, si l'on préfère, la neutralité axiologique est la condition de l'accès d'un discours ou d'une discipline à la scientificité, la condition de son entrée dans ce que Kant appelait la voie sûre d'une science.

C'est très exactement cette conviction que reprend Kelsen et qu'il applique au discours sur le droit : s'il faut tenter, explique-t-il, de conférer aujourd'hui à la réflexion sur le droit la rigueur inhérente au point de vue scientifique, cet "effort vers une science du droit objective" suppose la mise entre parenthèses du problème axiologique de la justice autour duquel s'était organisée toute la problématisation philosophique du droit en termes de droit naturel. Bref, le problème de la justice relève de ce que Kelsen et le positivisme appellent une "métaphysique du droit" et qu'ils identifient à la philosophie du droit (parce que c'est le plus souvent autour de ce problème que le discours des philosophes sur le droit s'est structuré - à quoi les positivistes opposent une science du droit, qu'ils appellent généralement "théorie générale du droit", et qui aurait pour objet, non plus du tout la question de savoir "quelles règles le droit doit adopter ou établir" (problème du droit juste ou problème de la justice), mais l'interrogation sur "le droit tel qu'il est en fait, effectivement, c'est-à-dire le droit positif, tant national qu'international". Plutôt que d'interroger le droit positif en direction de son devoir-être (la justice), il s'agit donc de l'étudier dans son fonctionnement, en analysant la structure du droit positif, son mode d'être - non pas la norme du droit, mais son existence.

L'évacuation du problème de la justice a donc été, en ce sens, le geste constitutif du positivisme juridique. Geste dont on peut dire qu'il a fait date - puisque, pour à peu près quatre décennies, ce refus de problématiser le droit en termes de justice a été très largement dominant, notamment chez les juristes, convaincus de contribuer à émanciper ainsi la réflexion sur leur discipline de la tutelle de la philosophie. Il faut même ajouter que cette éclipse du problème de la justice a également été fort profonde du côté des philosophes - entre autres parce qu'à une époque où, notamment en France, l'influence des critiques nietzschéennes et heideggeriennes de la métaphysique était très profonde, la dénonciation kelsenienne du problème de la justice comme relevant d'une interrogation métaphysique pouvait aisément rencontrer quelques échos : de Nietzsche notamment, la philosophie contemporaine avait en effet retenu que toute interrogation sur les valeurs est perspectiviste, c'est-à-dire qu'elle consiste à mettre en

perspective le monde à partir d'exigences sans le remplissement desquelles un certain type d'homme ne pourrait vivre, c'est-à-dire développer toujours plus de puissance ; en ce sens, le soupçon pouvait se faire jour qu'un idéal de justice correspond toujours à un certain type d'intérêt - soupçon que pouvait nourrir tout autant, dans l'horizon du marxisme, l'inscription du discours sur les valeurs dans le registre de l'idéologie, par quoi une classe économiquement dominante imprime sur les consciences des dominés les représentations dont elle a besoin pour garantir sa domination. Il y avait donc dans cette constellation intellectuelle, tant du côté des juristes que du côté des philosophes, beaucoup d'éléments qui pouvaient se combiner pour faire apparaître le problème de la justice comme relevant d'une problématisation périmée du droit : c'est encore dans cette logique que s'inscrivait, en 1976, dans son dernier ouvrage, intitulé *La volonté de savoir*, la réflexion de Michel Foucault, qui expliquait qu'au lieu d'analyser le pouvoir en l'évaluant à l'étalon d'un quelconque "droit fondamental" (supposé incarner le juste en soi), il s'agissait désormais de privilégier une analyse "stratégique" du politique - pour laquelle toutes les formes de pouvoir, comme toutes les formes sociales, s'inscrivent dans ce tissu complexe de rapports de forces qui est l'essence même de la vie et où tout ce qui surgit (politiquement, mais aussi bien juridiquement ou culturellement) exprime des stratégies de domination.

Or, c'est au fond d'une telle mise entre parenthèses du problème de la justice que la réflexion contemporaine sur le droit a progressivement essayé de se dégager depuis maintenant près de trente ans. Si 1934 (*Théorie pure du droit*) pouvait être indiqué comme la date-clé de la période précédente, 1971, qui correspond à la publication de la *Théorie de la justice* du philosophe américain John Rawls, constitue sans doute la date-charnière à partir de laquelle une nouvelle problématisation du droit a fait réapparaître au premier plan l'interrogation sur la justice. Avant de situer la tentative de Rawls et d'en exposer les grandes lignes pour essayer d'en dégager la signification et la portée, je voudrais proposer encore quelques remarques préalables sur ce qui explique ce retour du problème de la justice. Si on laisse de côté pour l'instant le contexte proprement américain où s'est opéré ce nouveau déplacement (avec des raisons qui sont propres à ce contexte et que j'examinerai dans la suite de cet exposé), il me semble qu'il faut faire intervenir, pour rendre compte de ce changement de perspectives, trois types de considérations :

1) Tout d'abord, il faut prendre en compte les difficultés internes du positivisme juridique. La mise entre parenthèses du problème de la justice par la science du droit expose en effet une science du droit ainsi conçue à ne plus pouvoir mener à bien une réelle condamnation de systèmes juridico-politiques despotiques - ce qui, face aux formes inédites et particulièrement monstrueuses de despotisme qu'ont été, durant ce siècle, les systèmes totalitaires, ne pouvait que constituer un profond handicap. Puisque la science du droit laisse hors d'elle toute référence à une idée du juste permettant de juger le droit positif au nom de sa justice ou de son injustice, elle ne peut établir aucune discrimination véritable entre des systèmes juridiques quelconques, dès lors simplement que leur fonctionnement obéit à des principes de cohérence interne : en ce sens, et Kelsen l'a lui-même reconnu, la science du droit ne peut établir de vraie différence entre la logique interne de l'ordre juridique de l'URSS stalinienne, de l'Italie fasciste ou de l'Allemagne nazie et celle d'un ordre juridique démocratique - bref, écrit Kelsen dans *la Théorie pure du droit* (et cela en 1934, lors même que Kelsen n'est aucunement soupçonnable de sympathie pour le régime qui vient de se mettre en place dans l'Allemagne voisine) :

"Le droit de certains états totalitaires autorise le gouvernement à enfermer dans des camps de concentration les personnes dont la mentalité et les tendances, ou la religion ou la race lui sont antipathiques, et à les contraindre aux travaux qu'il lui plaît, voire à les tuer. Si énergiquement que l'on puisse condamner de telles mesures d'un point de vue moral, on ne peut cependant les considérer comme étrangères à l'ordre juridique de ces Etats".

Ainsi, du point de vue du positivisme juridique, n'y a-t-il pas de condamnation juridique envisageable du phénomène totalitaire - et l'on ajoutera que se réclamer d'une simple condamnation morale est évidemment peu satisfaisant, puisque, dans la perspective même où s'est placé Kelsen, la morale, qui correspond à l'optique des valeurs, est irréductiblement subjective, ce qui prive la condamnation morale de toute autorité véritable. C'est clairement contre cet effet pervers du positivisme juridique que les Etats vainqueurs du nazisme ont voulu réagir, après 1945, en essayant de redonner une portée juridiquement opératoire à la valeur d'un droit juste - à travers la déclaration internationale des droits de l'homme adoptée par l'ONU en 1948. J'y reviens ci-dessous.

2) Une autre raison du retour d'une problématique de la justice tient à l'érosion progressive des courants intellectuels qui avaient nourri l'attitude précédente : l'effondrement du marxisme, la mise en évidence des apories et des conséquences redoutables des courants anti-humanistes d'inspiration nietzschéo-heideggerienne ont rendu à nouveau possible intellectuellement une interrogation sur les valeurs que l'époque précédente se préoccupait exclusivement de démystifier.

3) Une dernière raison, enfin, tient à la manière dont ont surgi, à partir de la société elle-même, de puissants et inédits besoins de droit en matière, notamment, de bio-éthique : quand tout, ou presque, devient techniquement ou technologiquement possible en matière bio-médicale, il faut bien s'interroger sur les limites à établir vis-à-vis de comportements ou de pratiques qui, pour être techniquement possibles, n'en apparaissent pas moins - même si elles n'entrent pas nécessairement en conflit avec le droit positif, c'est-à-dire avec la loi - soulever des problèmes de devoir-être. De là toute une série de questions à propos desquelles, si l'on entend les trancher, force est de se réclamer d'une représentation du juste et de l'injuste, pour ensuite inscrire ou non dans une législation nouvelle des crans d'arrêt au développement de telles pratiques (mères-porteuses, procréations médicalement assistées tardives chez des femmes ménopausées, diagnostic pré-implantatoire, etc.). Dans chacun de ces cas, face au silence de la loi établie, il s'est ainsi agi, pour légiférer ou pour refuser de le faire, d'enclencher une problématisation du droit qui ne réduit pas le droit au droit positif : contexte qui a donc joué un rôle accélérateur tout à fait important, notamment en Amérique du Nord, où ces questions de bio-éthique ont déjà toute une histoire, dans la réapparition d'une problématisation du droit en termes non plus seulement de légalité, mais de droit juste.

Le contexte de cet important déplacement une fois clarifié, encore faut-il, pour comprendre ce qui s'y est joué, préciser que cette interrogation retrouvée sur la justice, telle qu'elle se développe chez Rawls, ne prend pleinement son sens qu'à travers deux vastes débats :

- Un premier débat engage la relation avec les doctrines libérales et, plus précisément, néo-libérales, telles qu'elles avaient été exprimées par F.-A. Hayek et telles que les reformulera, après la parution de la *Théorie de la justice*, R. Nozick.

- Un second débat engage la relation avec ce qui, en Amérique du Nord, constitue la tradition dominante en matière de philosophie politique et, plus généralement, de philosophie pratique, à savoir la tradition de l'utilitarisme : en ce sens, la problématisation rawlsienne de la justice se présente comme une libre discussion des principaux représentants, mal connus en France, de l'utilitarisme que sont Jeremy Bentham, John Stuart Mill et Henry Sidgwick.

C'est à partir de ces deux débats que j'examinerai ici la tentative de Rawls, pour montrer comment, à chaque fois, la position adverse (néo-libérale, dans le premier débat, utilitariste, dans le second) appelait, par ses effets pervers ou ses insuffisances, une nouvelle problématisation du droit en termes de justice. Pour cela, il me faut, dans un premier temps, construire la position néo-libérale sur la question de la justice. Dans un deuxième temps, j'examinerai la tentative de réponse proposée par Rawls, en montrant comment cette réponse au néo-libéralisme (selon l'axe du premier débat) est aussi une critique de la théorie utilitariste du droit (selon l'axe qui correspond à ce que je viens de désigner comme un second débat).

Ceci est un extrait, retrouvez nos documents complets sur philopsis.fr