

Jean-Jacques SARFATI, Professeur de philosophie au lycée Jules Ferry de Versailles et au lycée Emilie de Breteuil de Montigny
Cours interactif donné dans le cadre du Projet *Europe, Éducation, École*
Diffusion en visioconférence le 10 avril 2014, de 14h10 à 16h00
En direct : <http://melies.ac-versailles.fr/projet-europe/visio/>
En différé : <http://www.dailymotion.com/projeteee>
Programme : <http://www.coin-philo.net/eee.13-14.prog.php>
Contact : c.michalewski@crdp.ac-versailles.fr

Jean-Jacques Sarfati est professeur certifié et Docteur en philosophie. Il est également juriste. Il a été Avocat à la Cour d'Appel de Paris pendant 18 ans. Il a enseigné le droit positif à l'Université Paris X Nanterre et a été autorisé à soutenir une thèse de droit privé. Il est actuellement membre associé du Laboratoire Lettres, idées Savoirs, Université Paris Est Créteil. Il a participé ou organisé des colloques sur l'éthique et la pensée du droit. Il est auteur de nombreux articles en philosophie du droit, philosophie de l'éducation et philosophie politique. Il travaille actuellement sur l'éthique et le juste et il prépare un ouvrage sur ce thème.

PEUT-ON SE PASSER DE DROIT ?

Introduction

Dans la question posée : *Peut-on se passer de droit ?* il s'agit de se demander si une société sans droit peut s'envisager ou si l'on peut envisager des rapports humains sans droit. Une telle question peut paraître singulière car il est rare d'observer une société ou un groupe humain qui ne soit pas « juridicisé » et qui ne soit pas normalisé. Le droit paraît indissociablement lié à notre nature sociale. Pourtant le droit est-il si naturel ? Le droit est-il présent dans tous les groupes sociaux voire celui-ci est-il respecté partout ? Lorsque l'on écoute les acteurs du monde contemporain européen directement concernés par ces questions (appelés juristes ou politologues), deux thèses opposées semblent se présenter à nous :

La première semble considérer qu'il y aurait trop de droit et que l'on pourrait *s'en passer un peu plus*. En effet, pour de nombreux observateurs du monde juridique, nous vivons à l'heure de la massification juridique et d'une forme d'inflation normative voire législative. Ils évoquent une maladie que d'aucuns appelleraient le « juridisme ». Le juridisme ne serait rien d'autre qu'une tendance à penser que tous nos problèmes ne peuvent se régler que par le droit. Ceux qui soutiennent une telle thèse entendent le droit au sens de « système juridique » ou de légalité.

Extrait du rapport du Conseil d'Etat Français 2006 (sur l'inflation juridique)

La France négocie depuis les années 90 200 accords bilatéraux par an. Or ce chiffre était de 14 par an entre 1919 et 1935....

Le médiateur de la République se dit "confronté régulièrement à la complexité de notre législation, à l'empilement de textes souvent votés trop rapidement et dans le souci, illusoire, de répondre par la précipitation législative à des emballements médiatiques et d'opinion".

A ce cri de détresse des premiers, les seconds répondent en plaignant au contraire notre époque jugée corrompue, immorale ou qui serait de moins en moins « civilisée » et respectueuse d'autrui. Ils se plaindraient d'une monnaie de plus en plus grande des incivilités, du manque de respect, du déclin de la politesse et du respect de l'autre. Pour eux, il n'y aurait plus de droit, plus de droiture et nos mœurs iraient en déclinant. En conséquence à la question posée : ils répondraient que l'on ne peut se passer de droit et que lorsque d'aucuns l'ignorent c'est le groupe en son ensemble qui se détériore. Ils entendent ce mot de « droit » au sens de l'homme ou de la société droite.

<http://news360x.fr/le-sentiment-de-corruption-saccroit-en-france-et-dans-le-monde/>

On le voit, le sujet fait débat et ce questionnement n'est pas que pure abstraction.

Il est donc important de s'interroger d'autant qu'il est indéniable qu'il existe dans notre société des zones dites de « non-droit » et où le droit ne parviendrait guère à s'imposer ou à exister et ce à tous les niveaux de l'échelle sociale semble-t-il. Il existerait ce que l'on pourrait identifier comme des espaces ou des « sphères » où il semblerait impossible à certains de faire appliquer le droit soit parce que ceux qui y vivraient seraient trop puissants par rapport à lui, soit parce que l'autorité chargée de l'exécuter serait impuissante face aux forces qui s'opposeraient. Mais ces zones sont-elles réelles ou ne sont-elles que des représentations ? La question mérite d'être posée car le droit, nous l'avons vu, n'a pas le même sens pour tout un chacun et demeure un concept fortement lié aux représentations culturelles et historiques des individus.

Le sujet que nous posons touche donc les problèmes liés au politique, au culturel et à l'histoire car le droit peut d'abord se penser comme l'un des outils et l'une des productions premières de la chose politique et du groupe social entendu comme entité sphérique. Il pose des problèmes de détermination et la tentation serait grande de soutenir que si les hommes s'opposent sur la question posée c'est peut-être parce qu'ils ne donnent pas le même sens au terme de droit. En effet, au-delà d'une diversité difficile ici à appréhender, celui-ci peut au moins s'entendre sous trois grandes et fortes acceptions que nous allons tenter de déterminer dans cette présentation. En les mettant en évidence, l'observateur ne peut ainsi qu'être étonné du fait que suivant ces sens une réponse positive, négative ou nuancée est ainsi proposée à la question posée :

- Le premier sens du mot droit serait positif et technique. Il implique qu'il est difficile de penser un groupe social sans droit et ce quel qu'il soit.
- Le deuxième est plus négatif et plus distant à l'égard du droit. Il montre ainsi qu'envisager, sous un certain angle, un certain droit peut détruire le groupe social et que pour vivre mieux il vaut mieux vivre sans droit.
- Le troisième paraît médian par rapport aux deux précédents. Il semble affirmer qu'il est préférable de se passer de droit lorsque celui-ci est injuste et qu'au contraire on ne peut s'en passer lorsqu'il exprime la justice voire la justesse voire mieux la sagesse peut-être. En d'autres termes ce sens associe droit, éthique, équité et justice.

Quelle est la réponse qui serait la plus juste à la question posée ? Pour tenter de l'approcher, nous allons mettre en évidence ces trois options qui demeurent autant de pistes envisageables pour répondre à la question qui nous est posée qui doit demeurer ouverte malgré tout.

Ière partie : Le droit incontournable : tenter de délimiter le droit dans sa structure affirmée : l'approche de H. Kelsen, Théorie pure du droit. 1962.

Depuis le XVIIIème siècle dit-on, il est coutume de donner au moins deux sens au mot droit : le sens positif (l'ensemble des règles d'un pays à un moment donné) et le sens moral (l'idée de justice). On dit en effet que l'on fait son « droit » mais il est d'usage d'évoquer également l'homme ou la société « droite ». Lorsque l'on étudie les groupes sociaux, il est indéniable que quels qu'ils soient, ils sont toujours coordonnés par un droit. Même les pires des brigands ont leurs règles. En conséquence, il semble - à étudier l'histoire - que l'on ne puisse se passer de droit. Mais peut-on qualifier toutes les formes de normes qui gouvernent un groupe - quel qu'il soit - du « droit » ? Ne peut-on plutôt évoquer parfois des coutumes, des mœurs, des contraintes voire des habitudes de pensée ? Peut-on même dire d'un droit qu'il est droit s'il est injuste ? Pour H. Kelsen et l'école positiviste du droit, une réponse positive doit être donnée à cette question et pour lui, le droit doit se distinguer du juste. Pour qu'il y ait droit il importe que certaines formes soient respectées. Pour cet auteur, le droit se caractériserait essentiellement par la hiérarchie des normes et une réglementation institutionnalisée des conflits.

Sur la hiérarchie des normes (schéma)

http://lelivrescolaire.fr/1642/2_Le_droit_des_regles%C2%A0qui_organisent_la_societe.html#Document=7363

Théorie pure du droit (extrait)

L'ordre juridique n'est pas un système de normes placés toutes au même rang mais un édifice de plusieurs étages superposés...Son unité résulte du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci...Une norme n'est ni vraie ni fausse, une norme est valable ou non valable (p. 273).

En conséquence pour Kelsen, on ne peut se passer de droit car celui-ci, en tant que système technique et accepté de tous serait ce qui assurerait l'unité d'une société. Il protégerait le groupe de l'arbitraire - voire de ceux qui confondent liberté et licence - et sans lui, tous les conflits risqueraient de mettre en péril les individus et la stabilité nécessaire à l'épanouissement d'une politique.

Deux critiques ont été faites à cette école : elle aurait une vision trop « neutre » du droit et elle dissimulerait une partie de la réalité sociale. Elle dissimulerait ainsi une partie de ce que serait le droit dans sa réalité et servirait de leurre à des pratiques plus condamnables. Alors quel est cette réalité, doit-elle et faut-il la distinguer du discours tenu sur le droit ?

IIème partie : Le droit discutable : tenter de voir le droit dans ce qu'il ne montrerait pas : la vision soupçonneuse ou « réaliste » du droit.

Michel Foucault. *Surveiller et punir*. 1975

Le droit est aussi une pratique quotidienne. Il est le produit d'un pouvoir et d'une manière de gouverner. Le droit c'est du fait. C'est un système constitué par des tribunaux, des prisons, des casernes, mis en œuvre par des professionnels, enseigné et pratiqué dans des écoles. Contrairement à ce que soutiennent les positivistes, est-il légitime de prétendre que le droit serait si neutre que cela ? Ne dissimulerait-on pas une certaine réalité en prétendant qu'il n'exprimerait rien ? A lire Michel Foucault suivant une certaine grille de lecture, il semblerait parfois préférable de se passer de droit, car celui-ci n'est que - dans certaines occurrences historiques qu'il étudie - la marque d'une société disciplinaire et inégalitaire. La thèse foucauldienne, située dans une veine freudo-marxiste, proche de celle du sociologue P. Bourdieu est intéressante car elle envisage sous un autre sens l'idée de pyramide telle qu'exposée par les positivistes comme l'extrait ci-dessus le met en évidence. De plus, celle-ci prétend voir le droit non tel qu'il prétendrait être mais tel qu'il serait effectivement. Elle envisage le droit non comme discours mais comme pratique.

Sur le projet de Michel Foucault, exprimé par lui-même

<http://aezen.wordpress.com/2012/10/21/foucault-surveiller-et-punir/>

Pour comprendre Foucault et discuter à partir de sa thèse, il sera intéressant de l'entendre. Nous partirons à partir d'un exposé de son travail par l'auteur lui-même (particulièrement voir 13.43 et 18.37)

Extrait de *Surveiller et punir*

« La pyramide carcérale donne au pouvoir d'infliger des punitions légales un contexte dans lequel il apparaît comme libéré de tout excès et de toute violence. Dans la gradation savamment progressive des appareils de disciplines et des encastremements qu'ils impliquent la prison ne représente pas du tout le déchaînement d'un pouvoir d'une autre nature mais juste un degré supplémentaire dans l'intensité d'un mécanisme qui n'a pas cessé de jouer dès les premières sanctions. Entre la dernière des institutions de redressement où l'on est recueilli pour éviter la prison et la prison

où on est envoyé après une infraction caractérisée, la différence est (et doit être) à peine sensible. Rigoureuse économie qui a pour effet de rendre aussi discret que possible le singulier pouvoir de punir » p. 309. Ed. 1975, Gallimard

Cette thèse fait parfois l'objet de critiques en ce qu'elle désespérerait du droit et de l'idée de justice. De plus, d'aucuns ont tendance à lui reprocher de ne pas envisager les effets parfois positifs du droit et les avantages qu'un ensemble légalisé peut présenter pour une société. Le droit aurait-il donc deux aspects : l'un clair et l'autre plus obscur. Dans ce cas comment les distinguer et ne pas être le dupe de l'un en croyant servir l'autre ? C'est à ce stade de notre interrogation qu'intervient alors un autre concept qu'il convient de mobiliser pour celui qui entend étudier le droit, celui de justice.

IIIème partie : le droit souhaitable : tenter de voir le droit tel qu'il pourrait être : L'approche juste du droit. J. Rawls, *Théorie de la justice*, 1971

Face aux deux options un peu schématiquement présentées plus avant, la tentation commune serait de dire que l'on doit se passer de droit lorsqu'il est injuste et que l'on ne peut vivre sans lui lorsqu'il est juste.

L'école contemporaine dominante en philosophie politique et juridique opte désormais pour cette approche mais tout le débat devient alors de savoir ce que serait le juste et la ligne de discussion semble s'être ainsi déplacée vers le juste.

Pour s'opposer aux positivistes, une école est ainsi apparue : elle a proposée de revenir vers une approche « naturelle » du droit et de faire retour aux Anciens. On les appelle les jusnaturalistes. Cependant il a pu être reproché à cette école de ne pas suffisamment répondre à l'objection du risque d'arbitraire dans l'évaluation du juste. Des juristes ont également proposé que la justice soit évaluée par les magistrats, ils ont plaidé pour le « métier » de juge, son « excellence » afin que celui-ci ne soit plus le juge par lequel la loi parlerait mais qu'il devienne le professionnel acteur de justice au quotidien :

Extrait d'un des représentants de l'école belge de la théorie du droit, Ch. Perelman

« Dans la conception actuelle du droit, il n'est plus question de limiter le rôle du juge à celui d'une bouche par laquelle parle la loi. Cette-ci ne constitue plus du tout le droit... » Perelman, *Logique juridique*, nouvelle rhétorique, Dalloz, 1976, p. 162

Cette école n'est pas sans poser de nouveaux problèmes. En effet, elle n'indique pas sur quoi le juge doit se fonder pour prendre sa décision. Elle ne met pas suffisamment en évidence la nécessaire transversalité qui doit être à l'œuvre dans la formation du juriste. En effet, la sympathie, le fait, le cas précis doivent-ils être les seuls critères d'appréciation ? En tous les cas, dans le système juridique actuel, le Magistrat n'a pas tous les pouvoirs. Celui-ci se doit d'argumenter. Il doit, suivant des techniques très codées, motiver son jugement en partant de la loi entendue au sens général. La loi est l'outil du juge. Cependant comme nous l'avons vu les lois se contredisent parfois alors sur quel argument fonder son arbitrage ?

Pour répondre à cette question, il a été proposé une justice qui revenait à des principes. La notion de « principe » est ainsi venue se situer au-dessus de celle de normes et la philosophie a fait son entrée timide dans le monde des juristes. Cette démarche a été en partie initiée par J. Rawls dans sa *Théorie de la justice*.

Approche de la théorie de la justice. Les grandes options de Rawls

http://www.dailymotion.com/video/xye5ij_theorie-de-john-rawls-sur-la-justice-sociale_school (plus particulièrement entre 1.05 et 4.45)

Extraits de la Théorie de la justice de J. Rawls (1971. Trad. C. Audard)

La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensées... Si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes. (I.p.29)

La première présentation des deux principes est la suivantes :

- En premier lieu : chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres ;
- En second lieu, les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et b) qu'elles soient attachées à des positions et des fonctions ouvertes à tous. (11. p. 91)

Comme les précédentes, cette théorie n'a pas clos le débat et c'est tant mieux. Elle n'est donc pas sans poser problème. En effet, de nombreux auteurs sont venus discuter (surtout dans le monde anglo-saxon) les thèses de J. Rawls. Il n'y a désormais plus une mais des théories de la justice. *De plus il est possible de parler d'un relatif échec de celle-ci* car malgré la volonté des philosophes, le droit est peu en lien avec les autres formes de savoir aujourd'hui et la philosophie est encore fort écoutée voire comprise par les juristes et les politiques, au moins en Europe continentale. *Le débat doit donc encore être réouvert et l'action entreprise mais comment ? Sans doute en ouvrant l'analyse sur de nouveaux concepts. Telle est, en tous les cas, la conviction de l'intervenant.*

Conclusion : Les problèmes posés par la théorie du juste appliquée au droit. L'idée de limitité, celle de droit propre et celle de droit dénaturé, la notion de justesse ?

On a vu que la réponse à la question posée dépendait de la détermination qu'il convenait de donner au terme de droit : légal ou légitime ? Moral ou positif ? Réalité ou discours ? A ce stade de notre présentation, tout un chacun pourrait s'accorder pour dire ainsi que l'on doit se passer de droit lorsqu'il est injuste mais qu'il est difficile de vivre sans droit lorsque celui-ci exprime l'idée de justice. La justice semble même ce sur quoi repose le pilier de toute société. Cependant, ainsi que nous l'avons vu, cette affirmation n'est pas sans poser problème : d'une part, le droit même s'il est juste ne sert à personne voire se dessert lorsqu'il n'est pas mis effectivement en place ; d'autre part il demeure toujours malaisé, même aux philosophes de savoir ce qu'est la justice et plus encore de la mettre effectivement en oeuvre. Malgré Rawls, nous ignorons encore le sens de ce terme. Les débats contemporains ne cessent de le questionner et les résistances sont nombreuses.

Pour avoir une connaissance intéressante des débats autour des théories de la justice :

W. Kymlicka, Les théories de la justice, une introduction. La Découverte. 2003. Trad.M. St Exupéry. Ou encore : <http://www.philagora.net/droit/>

Le débat est loin d'être clos. Pour le rouvrir, l'auteur des présentes propose l'analyse de différents concepts selon lui peu explorés : ceux de limite et de « limitité », ceux de droit au sens propre et de droit dénaturé et celle d'approche juste ou de justesse plus que de justice qu'il propose de remettre en débat et d'approfondir.

Pour aller (un peu) plus loin avec l'intervenant sur :

la limitité : http://www.philagora.net/droit/justice_limiteite_4.php

l'équité : http://philosophie.ac-amiens.fr/archives_philosophie/PAF/sarfati-equite.html

Sur deux notions possibles de droit :

http://www.philosophie.ac-versailles.fr/bibliotheque/Publications/droit_denature_sarfati_jacques.pdf

Jean-Jacques SARFATI, le 24 mars 2014