

La justice

Une problématique embarrassée

Simone Goyard-Fabre

Philopsis : Revue numérique
<http://www.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.

De Platon qui, à son immortelle *République*, donnait en sous-titre “De la justice”, à des penseurs contemporains comme Alasdair MacIntyre ou John Rawls, la question de la justice, éternelle et redondante, a toujours obsédé les hommes. L’histoire de la philosophie occidentale en apporte l’irréfutable preuve. Et pourtant, la notion de justice, malgré les multiples éclairages qu’elle a reçus, demeure toujours aussi problématique.

Dans la mythologie grecque, Thémis, fille d’Ouranos et de Gaïa, était une divinité de l’Olympe. Elle personnifiait l’ordre du monde, l’équilibre des choses et surtout, elle figurait, avec sa soeur Mnémosyne, la puissance de l’esprit et les capacités que la pensée réfléchie opposait au désordre sauvage des Titans. Elle était, à ce titre, la conseillère de Zeus. A l’aurore du monde, c’était donc aux autres divinités que parlait Thémis, leur indiquant quels étaient, jusque dans les querelles de l’Olympe, les chemins de la prudence. Aussi inspirait-elle les oracles et faisait-elle entendre, grâce à eux, ce que, selon la volonté des dieux, disait la voix de son éminente sagesse.

De l’union de Zeus et de Thémis, naquit Dikè, déesse des jugements et soeur d’Aletheia, déesse de la vérité. Dikè s’intéressait davantage aux querelles des hommes qu’aux certitudes des dieux. La mythologie lui attri-

bue deux fonctions, mais d'inégale importance : d'abord, elle s'efforce, lorsqu'éclatent des différends entre les hommes, de leur indiquer des moyens de conciliation et de paix; ensuite _ parce que, vus du haut du mont Olympe, les hommes ne paraissent guère enclins à des comportements sereins et pacifiques et, d'ailleurs, n'en sont pas capables _, elle comprend que les arbitrages et les conciliations à l'amiable étant à peu près vains, les sanctions et la sévérité des peines sont plus expédientes. Cependant, si les mythes grecs prêtent volontiers à Dikè le visage d'une sévérité vengeresse, les institutions érigent pour elle une autre statue dont la philosophie, par-delà les images mythologiques, ne tardera pas à sonder les secrets. Dikè devient dès lors le symbole de la justice dont, parmi les hommes, la parole du juge est l'expression. Comme Thémis sa mère, elle a, certes, l'auréole d'une instance supra-humaine et sacrée, mais sur la terre des hommes, elle occupe la plus haute marche du tribunal qui formule les réquisitions à l'aune desquelles leurs actions sont jugées.

Dès le Ve siècle avant notre ère, les tragédies d'Eschyle donnent au jugement une forme dramatique en laquelle surgissent tout ensemble l'idée de la justice comme norme absolue permettant de porter un jugement et son symbole. En effet, la transgression de cette norme par la violence ou par l'hybris provoquent un déséquilibre; il est nécessaire de rétablir l'équilibre rompu : l'image de la balance est née. D'ores et déjà, la déesse Dikè n'appartenait plus à l'horizon du mythe : installant dans le monde des hommes les exigences d'une justice qui doit présider à l'ordre de leurs sociétés, elle donne au droit le principe d'après lequel il devra s'exprimer. De même que les idées rejoignent les mots, de même les institutions de notre terre rejoignent les mythes de l'au-delà. Justice et droit ont scellé l'alliance éternelle qui tient à leur essence. Les commencements étant en toute oeuvre, comme le dit Platon, "ce qu'il y a de plus grand"¹, le registre humain et le registre divin, désormais, ne font plus qu'un.

La fondation de la dignité du droit, dès son principe, dans le caractère originellement divin de son essence, est loin, pourtant, d'en effacer la problématique intrinsèque. Bien au contraire, éclata au sein de la pensée grecque, dans l'ombre des tragédies d'Eschyle et de Sophocle, un débat qui, depuis lors, n'en finit pas et sans cesse rebondit : il porte sur la nature même de la justice. Dikè propose-t-elle aux hommes une exigence morale ou une catégorie juridique ? Dans le premier cas, la "justice générale" englobe toutes les vertus et s'exprime par le mot *dikaiosunè*. Dans le second cas, se révèle comme en un miroir l'archétype spécifique qui correspond à la "justice particulière" dont la vocation est d'établir ou de maintenir (c'est une difficulté d'un autre type) l'équilibre des relations sociales. Mais lors même que le droit répondrait à "la quintessence de la justice"², l'ambivalence pèse sur l'idée du juste, écartelée entre moralité et légalité. Le problème est aussi redoutable que tenace - ce qui explique l'obstination avec laquelle, de Platon et d'Aristote à J. Rawls et à J. Habermas, il a été constamment remis sur le

¹ Platon, *La République*, 377 a 12.

² Michel Villey, *Philosophie du droit*, tome I, Dalloz, 1975, p. 64.

métier. Si, d'ailleurs, l'on admet que la justice est l'affaire des juristes - *Jus id quod justum est*, écrit saint Thomas qui établit ainsi une équation qu'il veut rigoureuse entre *Justitia* et *Jus* -, il reste à scruter l'équation de la justice et du droit en sa forme et en sa matière. En sa forme, désigne-t-elle la commutation ou la distribution des "biens" ? réalise-t-elle entre les choses et les personnes une merveilleuse harmonie ? Est-elle consensuelle et se ramène-t-elle à l'équité ? est-elle cette "régularité" qui est "la première vertu des institutions sociales" ? Les questions, on le voit, se précipitent ... Et, si l'on considère la matière de la justice, son idée fait rebondir le vieux problème soulevé par les Sophistes entre *physis* et *nomos* : est-elle naturelle ou conventionnelle ? La controverse sans fin entre le jusnaturalisme et le juspositivisme, s'enfermât-elle dans un carcan doctrinal, montre combien la compréhension du "juste" qui, en définitive, relève de la postulation philosophique qu'adopte la doctrine, est problématique et aléatoire.

La persistance des questions que, malgré de nombreuses tentatives pour les résoudre, soulève la réflexion dès lors qu'elle s'attache à la notion de justice est l'indication de son polymorphisme et de son équivocité. Aussi voudrions-nous, sans prétendre à l'exhaustivité en abordant le problème de la justice humaine³ dans laquelle s'accumulent, depuis des siècles, des interrogations qui, toujours, appellent leur remise en question, suggérer ici quelques-unes des difficultés auxquelles se heurte la problématisation embarrassée et toujours redondante, de sa thématique obstinée. Nous nous arrêterons d'abord, en scrutant son *registre*, sur sa catégorisation logique et épistémologique; ensuite, en interrogeant sa *nature*, nous en évoquerons la théorisation doctrinale afin de pouvoir en dégager la *signification philosophique*.

I. Les différents registres de la justice

L'émergence de l'idée de justice dans la Grèce antique laisse percevoir d'emblée la pluralité de sa connotation : est-elle une exigence éthique, une catégorie juridique ou un principe de politique sociale ?

a. La justice et la morale

Les tragédies de Sophocle ont donné à la justice la figure de la plus haute et plus pure *vertu morale*. Antigone, "symbole même de l'élite du cœur et de l'esprit", invoque la justice pour expliquer son opposition aux décrets du roi Créon. La justice est, à ses yeux, une valeur divine : en donnant une sépulture au corps de son frère Polynice, Antigone obéit à cette loi naturelle et éternelle qui est la loi morale non écrite, supérieure à toutes les lois écrites de la Cité et qui en révèle les insuffisances. La justice, vertu du cœur humain, participe de l'unité parfaite du cosmos à ses origines, alors qu'un état d'amour en rapproche tous les membres. Ne pas respecter une

³ Nous laissons volontairement de côté l'examen de la justice divine, qui relève plus de la théologie que de la philosophie.

telle justice, c'est introduire la haine dans le monde et, comme le laissent déjà pressentir les poèmes d'Empédocle, un dualisme qui en provoquera la dissolution. La justice est donc la vertu en laquelle s'exprime la plénitude d'une âme qui ignore les germes mêmes du mal. La valeur normative de la justice réside, comme le montre le geste sublime d'Antigone - celle de Sophocle ou celle de Jean Anouilh - dans son appartenance à l'ordre divin de la nature.

Le sens de la justice au monde des hommes éclate alors tout de suite : elle est la plus haute exigence morale qu'il faut savoir prendre l'habitude d'assumer. Comme l'explique Aristote à son fils Nicomaque, "c'est par des actions justes que l'on devient juste"⁴. La justice est donc une maxime de l'action. Sa magnanimité est de permettre que la pensée et l'action se mêlent. Elle s'impose comme la clef de tout devoir, et cela en tous domaines. Platon fait d'elle⁵ la source du courage, de la tempérance et de la sagesse. Comme telle, elle détermine la moralité des intentions et des actions. C'est pourquoi elle est, selon le mot de Cicéron, la vertu "à cause de laquelle des hommes sont appelés bons"⁶.

A qui objecterait que cette conception de la justice comme vertu ou comme exigence morale est obsolète, donc caduque, nous répondrons qu'elle possède une dimension éternitaire dont témoignent, au XVIIIe siècle, deux penseurs aussi différents l'un de l'autre que Montesquieu et Diderot et, à notre époque, un auteur comme Alasdair MacIntyre, représentatif d'une tendance qui, malgré ses détracteurs, n'est nullement négligeable. Ainsi, Montesquieu, dans l'un des fragments qui nous restent de son *Traité des devoirs*, confère à la vertu un caractère général qui concerne, dit-il, toutes les actions de tous les hommes⁷. Les actions justes se caractérisent non seulement par la rectitude intérieure de l'âme, mais par la droiture et la mesure des rapports que leurs auteurs entretiennent avec les autres hommes.

Diderot, en une réminiscence platonicienne qui, sous sa plume, pourrait étonner, déclare quant à lui qu'« il n'y a qu'une seule vertu, la justice » et il précise : "La justice renferme tout ce qu'on doit à soi-même et tout ce qu'on doit aux autres, à sa patrie, à sa ville, à sa famille, à ses parents, à sa maîtresse, à ses amis, à l'homme et peut-être à l'animal"⁸. Qu'y a-t-il donc de plus universel et qui témoigne d'une âme plus chaleureuse ? A notre époque, A. MacIntyre⁹, dans la controverse qui l'oppose aux thèses développées

⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1103 a-b. (Nous nous référons à la traduction Gauthier-Jolif, Nauwelaerts, Louvain-Paris).

⁵ Platon, *La République*, 433 b.

⁶ Cicéron, *Des devoirs*, I, 7. 20.

⁷ Montesquieu, *Traité des devoirs*, in Bibliothèque de la Pléiade, tome I, p. 110.

⁸ Diderot, *Entretiens avec Catherine II*, chapitre VII.

⁹ Alasdair MacIntyre, *After Virtue. A Study in moral Theory*, 1981, rééd. Londres, 1985, traduction française : *Au-delà de la vertu : étude sur la théorie morale*, PUF, 1997. *Whose Justice? Which rationality ?*, Londres, 1988, traduction française : *La justice de qui ? Quelle rationalité*, PUF, 1993. PUF, 199 .

par John Rawls dans sa *Theory of Justice*¹⁰, défend, contre les avatars de la justice dans le monde moderne, une conception néo-aristotélicienne du juste comme exigence éthique. Posant de nouveau la vieille question de la guerre juste qui avait obsédé la pensée médiévale, se demandant, à la suite de Beccaria et de Voltaire, si la peine de mort est juste, réexaminant le problème kantien du droit de mentir ou de ne pas tenir sa promesse en de certaines circonstances, s'interrogeant pour savoir si l'avortement est justifiable ..., MacIntyre trouve dans la tradition aristotélico-thomiste le modèle de la justice : au rebours des tendances de la rationalité abstraite que l'on prête volontiers aux "modernes", la justice est, dit-il, la vertu qui fait "l'excellence" de la vie humaine que la Nature elle-même a assignée comme fin à l'homme et pour laquelle elle lui a donné les moyens de la rechercher et de l'atteindre.

L'idée de justice connote donc l'idéalité morale qui est l'horizon et le principe actif de la pensée et de l'action. Elle est le pivot de ce que MacIntyre appelle, en une formule puissante et évocatrice qui surplombe tous les conflits de l'histoire, "une théorie englobante du bien humain". Dans le registre éthique où elle se trouve inscrite, elle apparaît comme la plus haute exigence et domine toutes les autres requêtes de la morale. Elle confère à l'âme humaine non seulement la rectitude et la beauté, mais une dignité ontologique qu'aucun autre être vivant, jamais, n'atteindra. En répondant à cet appel, l'homme juste est un homme véritablement humain; et, si l'homme n'écoute pas cette exhortation morale à la justice, il n'est qu'un "barbare".

Aristote avait compris l'éminente valeur de la justice dans le monde humain et, pour l'expliquer à Nicomaque, il en avait soumis la notion au scalpel de l'analyse, découvrant, par cette méthode, le caractère pluridimensionnel qui en brouille les traits. Après avoir rappelé la force de l'exigence éthique de la justice, il souligne la forme proprement juridique qu'elle revêt aussi pour la gouverner des actions.

b. La justice et le droit

La justice comme *catégorie juridique* a donné lieu à de nombreuses études par les historiens de la philosophie antique. Rappelons-en les lignes rectrices¹¹, dont la complexité et la subtilité ont été maintes fois signalées, afin de saisir à quelle place et de quelle manière la notion de justice, inscrite dans le registre juridique, a pu en déterminer les catégories cardinales.

Le Livre V de l'*Ethique à Nicomaque* est un véritable traité de la justice. Son originalité est de montrer que la justice, loin d'être une notion monolithique, peut être entendue en plusieurs sens, ce qui, précisément, en rend délicate la problématisation. Certes, la justice est d'abord cette vertu morale exemplaire qui sait tenir l'âme dans le "juste milieu" et que, pour cette rai-

¹⁰ John Rawls, *Theory of Justice*, 1971; traduction française, Seuil, 1987. Cf. "La priorité du juste et l'idée du bien", in *Archives de philosophie du droit*, 1988.

¹¹ Voir par exemple, in *Dioti*, n° 3, *Penser la justice*, l'article de Laurent Cournarie : *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Chapitres 1-7, 10 et 14.

son, l'on peut qualifier de "générale" : "la justice est la vertu parfaite et l'on peut dire avec le proverbe : *Dans la justice se retrouve en résumé toute la vertu*"¹² : elle désigne alors la moralité. De cette disposition englobante de l'âme qui rend les hommes justes dans leur rapport à autrui et les fait rechercher le bien commun à tous, l'on peut voir la manifestation, dit Aristote, lorsque, *d'eux-mêmes*, c'est-à-dire sans contrainte et en répondant à l'intention droite d'une âme pure, ils respectent les lois et l'égalité qu'elles impliquent pour tous.

Cependant, la justice ne se réduit pas à une qualité morale. Si, *concrètement*, poursuit Aristote, justice et vertu en viennent parfois à interférer et, même, à donner lieu à des actions identiques, elles diffèrent l'une de l'autre en leur *essence*¹³. En effet, la justice possède, immanente à son pouvoir propre, une connotation sociale par laquelle elle s'inscrit au registre de la juridicité.

Cette catégorisation juridique de la justice est plus délicate qu'il ne le semble de prime abord. En effet, si l'homme injuste est celui qui bafoue les lois et se plaint dans l'inégalité, voulant pour lui ce qu'il refuse aux autres, il n'en faut point déduire que la justice s'identifie simplement soit à la légalité (Aristote fait remarquer que la justice des lois relève d'un "art politique" qui est difficile, donc, relativement rare), soit à l'égalité (qui ne révèle son sens qu'à travers la différenciation, délicate et subtile, de ses modalités). En effet, au principe même de ce qui, dans la Cité, est légal, aussi bien que dans l'administration de ce qui, entre les hommes, est égal, la justice est une "vertu particulière", irréductible à la vertu intégrale que veut la morale. De cette vertu spécifique, le concept est fondamentalement *juridique* : Aristote la considère, en tant que telle, comme la justice au sens rigoureux du terme. La dénommant, en un langage qui lui est propre, la "justice particulière"¹⁴, il l'inscrit au registre du droit.

En ce registre juridique, la justice particulière, insiste-t-il, n'est qu'une partie de la justice intégrale ou "générale" : elle n'est donc pas, universellement, "coextensive à la vertu entière". Il faut, en leur essence, distinguer le droit et la morale. De surcroît, elle s'exprime selon deux espèces et ne se laisse déterminer que par elles. Une première espèce vise une fin qui est toujours objective : elle est une justice *distributive* et consiste à répartir les biens (richesses, honneurs, charges, prérogatives, avantages ...) entre les individus. La seconde espèce est une justice *corrective* qui règle les rapports mutuels que les individus entretiennent entre eux. La fonction de ces deux justices n'est pas la même. La justice distributive est celle qui établit - ce n'est point là tautologie - une juste proportion ou *analogia*. Encore faut-il préciser qu'en l'occurrence, la proportion qui est clef de la distributivité de la justice est la proportion *géométrique*¹⁵ qui s'exprime par le rapport $A/B = C/D$. Elle assure la répartition et le partage des biens entre les membres

¹² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 1129 b 26.

¹³ *Ibid.*, 1130 a 20-24.

¹⁴ *Ibid.*, 1130 b 12.

¹⁵ *Ibid.*, 1131 b 12-13.

d'une communauté. Cette proportionnalité est l'essence même de la justice. Sans doute Aristote ne précise-t-il pas *materialiter* le critère de la distribution des salaires, des charges, des impôts ... : est-ce le mérite, la richesse, le besoin, le rang social ...? Mais il détermine ce critère *formaliter* : la justice est telle en sa forme que chacun doit recevoir ce qui lui est dû. Quant à la justice correctrice, elle exprime l'égalité que veut le droit en une proportion *arithmétique* de la forme $a = b$ en laquelle les termes sont interchangeables, ce pourquoi saint Thomas et les Scolastiques l'appelleront la justice "commutative". Elle règle les rapports d'échange selon une mesure fixe : c'est ce qui a lieu lorsque la même rétribution est donnée à chacun. Elle sert aussi à établir (ou à rétablir) une équivalence, un équilibre afin, par exemple, de fixer le prix d'un bien (*res*) : aussi est-elle le principe de la théorie dite du "juste prix". Elle est le principe des transactions ou contrats (*synallagmata*)¹⁶ qui portent sur des biens particuliers (ce pourquoi cette justice est qualifiée aussi de "synallagmatique"). L'important est qu'en réglant la vente, l'achat, le prêt, les cautions ..., elle impose obligation. Aussi intervient-elle en toute logique quand, les clauses d'un contrat ayant été violées, l'obligation d'une partie envers l'autre n'est pas remplie, ce qui entraîne un dommage pour la partie lésée. La justice correctrice prend alors la figure de la justice pénale : au nom de la requête juridique de l'égalité, la faute ou le délit commis appelle sanction, sous la forme d'une réparation ou d'une compensation.

Que la justice soit distributive ou commutative, elle trouve une figure exemplaire dans la pratique judiciaire¹⁷ : lorsque surgit une contestation entre deux parties¹⁸, le juge a charge de restaurer entre elles l'égalité ou la juste proportion nécessaire à leur équilibre. Le juge est donc le symbole même de la justice. Bien moins que "la bouche de la loi", il est "la justice vivante"¹⁹ parce qu'il traite également les choses égales et inégalement les choses inégales.

Certes, dans la littéralité du texte, l'analyse aristotélicienne peut paraître juridiquement courte. Pourtant, elle est suggestive et, récupérée par les définitions générales du droit romain²⁰, elle n'indique pas seulement les divisions canoniques de la justice; elle détermine, afin que la finalité du droit soit atteinte - *suum cuique tribuere* - les cadres dans lesquels il est appelé à s'inscrire. Ainsi entendue, la justice est la mesure de la loi (et non l'inverse). Elle n'est donc pas la vertu que les Grecs appelaient *dikaion*, mais elle exprime le *dikaion*, c'est-à-dire le *justum* et, comme telle, elle fixe le *ius*. Lorsqu'Ulpien, au début du *Digeste*²¹, déclare que la jurisprudence est, dans la réalité sociale, la recherche du juste et de l'injuste dont la nature se dé-

¹⁶ *Ibid.*, 1131 a 1.

¹⁷ *Ibid.*, 1132 a 32.

¹⁸ *Ibid.*, 1132 a 19.

¹⁹ *Ibid.*, 1132 a 20-21.

²⁰ *Digeste*, Livre I, Titre premier : *De justitia et jure*. _ Cf. également Cicéron, *De oratore*, I, 188 sq.

²¹ *Digeste*, I, I, 10.

gage de la connaissance des choses, il exprime parfaitement la leçon juridique d'Aristote. Au XVI^e siècle, Jean Bodin entendra lui aussi la leçon aristotélicienne, même s'il fait grief au Stagirite d'avoir omis la "justice harmonique"²². Celle-ci, en utilisant une savante mathématique juridique inspirée du pythagorisme et du platonisme, est l'hymne à la Nature par lequel le juge dans le prétoire - ou le Prince en son royaume - sait, comme dans "l'émerveillable" chant cosmique, "entremêler les discords pour composer les plus parfaits accords"²³.

Cette parenthèse méta-juridique n'occulte en rien le caractère juridique de la justice. Qu'il s'agisse d'une "justice espérée" ou d'une "justice instituée"²⁴, le droit se donne essentiellement pour fin d'en rechercher les conditions et d'en établir les procédures - à telle enseigne que tout procès, révélateur du droit, débouche sur ce que l'on dénomme des "décisions de justice". L'oeuvre récente de Chaïm Perelman - plus encore que celle de Michel Villey, très marquée par le thomisme - est, à cet égard, tout à fait significative. La justice a beau être "une notion prestigieuse et confuse"²⁵, elle est au coeur même du droit. L'office du juge consiste à la faire entendre en tout jugement, non point que le juge ait à appliquer ou à "réaliser" une règle, mais, comme le montrait Aristote dans ses *Topiques* en analysant "la méthode controversiale familière aux juristes", il se fait "le créateur du droit"²⁶ en ne perdant jamais de vue l'exigence d'équilibre et de mesure que représente la justice. Le droit est donc ou devant ou derrière la loi : il n'y a pas d'ordre juridique sans "une remontée salutaire vers la justice". Nous dirons, en empruntant une expression à Pierre Boutang, qu'elle en est "la vraie mesure". On ne saurait donc douter que la justice soit une catégorie juridique.

Le concept juridique de la justice n'est pas pour autant "clair et distinct". La réception de la magistrale leçon d'Aristote par le droit romain, sa "christianisation" au coeur de la pensée thomiste, ses inflexions diversifiées dans les courants jusnaturalistes, sa reformulation par des penseurs contemporains sont l'indication à la fois de sa richesse et de l'équivocité qui rôde en elle. Eu égard à la notion de justice, le génie d'Aristote a d'ailleurs consisté à mettre au grand jour la polyvalence sémantique qui rend si difficile l'établissement des limites de son registre propre. En effet, si la justice est, *lato sensu*, en tant que "justice générale", une exigence morale et si elle est, *stricto sensu*, en tant que "justice particulière", la catégorie fonamen-

²² Jean Bodin, *Méthode pour la connaissance facile de l'histoire*, trad. P. Mesnard, PUF, 1952, p. 422.

²³ Jean Bodin, *Juris universi Distributio*, trad. L. Jerphagnon, notes de R.M. Rempelberg et commentaire de S. Goyard-Fabre, PUF, 1985, in fine. *Les six livres de la République*, Livre VI, VI, p. 1016 sq.

²⁴ Christian Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 1999, p. 180 et p. 174.

²⁵ Chaïm Perelman, "De la justice", in *Actualités sociales*, Université libre de Bruxelles, 1945, recueilli in *Ethique et Droit*, Bruxelles, 1990, p. 83.

²⁶ François Terré, "L'office du juge et la rhétorique", in Guy Haarscher (éd.), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 258.

tale du droit, elle possède aussi une qualité socio-politique dont Aristote avait également perçu l'inéliminable présence.

c. La justice et la politique sociale

Le chapitre 10 du livre V de l'*Ethique à Nicomaque* ajoute à l'ambivalence morale et juridique de la justice un troisième élément, de nature *socio-politique* qui, dans la doctrine, sera à la fois enrichissant et perturbateur.

Aristote avait jusqu'alors considéré la justice en son visage éthique et en sa forme juridique; il lui adjoint désormais une facture socio-politique qu'il appelle tout simplement "la justice dans la Cité"²⁷. C'est même comme réalité socio-politique, estime-t-il, que la justice se manifeste concrètement. L'erreur serait sans nul doute de penser qu'Aristote annonce de loin la démarche hégélienne qui fait cheminer le droit de l'idéellité abstraite qui en serait le principe dans le droit romain à la réalité concrète manifestée par la *Sittlichkeit*. De bout en bout, le Stagirite donne à son analyse de la justice un tour réaliste. L'originalité du chapitre que nous interrogeons est d'expliquer que, exigence morale ou catégorie juridique, la justice qui, évidemment, ne concerne que les hommes, prend sens uniquement dans la Cité. C'est en effet dans la communauté civile que la justice peut se réaliser entre des individus libres et égaux. Elle suppose que leurs rapports sont réglés par des lois²⁸ dont les magistrats qui veillent en la Cité au respect de la légalité et de l'égalité sont d'ailleurs les gardiens. Autrement dit, l'essence de la justice n'est pas un absolu pur et désincarné mais s'inscrit nécessairement dans l'ordre social et politique²⁹. Sinon, la justice ne serait qu'un vain mot.

La justice, pour autant, ne se confond pas avec le corpus des lois positives et ce n'est pas non plus en lui qu'elle puise sa valeur. Il importe de savoir distinguer, dit Aristote, une justice politique naturelle "qui possède en tout lieu même valeur" et une justice politique conventionnelle déterminée par une décision humaine³⁰. La compréhension de la justice politique requiert donc que l'on examine le rapport entre le droit naturel et le droit positif, celui-ci (conventionnel) ayant celui-là (naturel) pour norme fondatrice et légitimante. C'est dire que les lois civiles, bien loin de décider de la nature et de la valeur de la justice, doivent au contraire trouver leur fondation normative dans l'idée du juste. Dès lors, il faut admettre - puisque le "droit naturel" n'est pas du "droit" au sens juridique du terme - que la justice "politique" est plutôt "méta-politique": elle donne à l'ordre socio-politique sa normativité immanente. Elle peut donc, si en raison de la "nature des cho-

²⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1134 a 23.

²⁸ *Ibid.*, 1134 a 30.

²⁹ *Ibid.*, 1134 a 25-28.

³⁰ *Ibid.*, 1134 b 18-20.

ses”³¹ cela s’avère indispensable, s’ouvrir à la vertu d’équité qui, par la voix du juge³², est “un correctif de la justice légale”³³.

Quoique étouffé d’abord, dans l’Europe chrétienne³⁴, par “la dictature des sources bibliques”³⁵, puis, dans les Temps modernes, par l’individualisme rationaliste qui culmine dans la philosophie des Lumières, l’enseignement d’Aristote sur ce qu’il appelait la “justice particulière” trouve aujourd’hui un prolongement dans le monde occidental aussi bien européen qu’anglo-saxon (rapprochement assez rare pour être signalé). La pensée juridico-politique contemporaine admet généralement que, au cœur de la Cité ou, en termes plus actuels, de l’Etat, la justice appelle une répartition (ou distribution) des biens entre les personnes selon le principe socio-politique de l’égalité proportionnelle : *sui cuique tributio*.

Certes, l’on peut ici rappeler que Bodin, qui avait fait de la justice, en tant que finalité cardinale de la République, le point nodal de son grand oeuvre, avait parfaitement saisi la signification politico-sociale des thèses aristotéliennes³⁶. Faisant de la mathématique juridique le support de la politique, il montrait qu’une justice de type arithmétique, qui veut *stricto sensu* l’égalité de tous et fonde la condition de chacun par rapport à celle de tout autre sur des raisons identitaires, est, dans son égalitarisme, démocratique ou populaire. La justice de type géométrique, qui fonde la répartition des biens sur des raisons proportionnelles, c’est-à-dire analogiques, est, quant à elle, élitiste ou aristocratique. Mais si la théorisation de la justice que trace Bodin dans sa République découvre, dans l’entremêlement des perspectives arithmétique et géométrique qu’opère la justice harmonique, l’horizon métaphysique somptueux de l’harmonie cosmique, elle demeure méta-politique et méta-juridique. Dans la France chaotique du XVI^e siècle (et *a fortiori* aujourd’hui), elle offre tout au plus un rayon d’espérance; mais ce superbe rayon est dépourvu par soi de force efficiente.

Aussi est-ce une autre tonalité que laissent entendre les théorisations socio-politiques de la justice dans le monde contemporain soucieux de l’efficacité de la politique sociale. Evoquons ici deux exemples : ceux de John Rawls et d’Otfried Höffe. John Rawls veut rendre son efficacité à la justice comme art du partage dans la société politique en l’arrachant aux vagues de scepticisme des divers positivismes. Bien qu’il présente sa *Théorie de la justice*³⁷ comme une “théorie kantienne” opposée à l’utilitarisme³⁸, il

³¹ *Ibid.*, 1137 b 18.

³² *Ibid.*, 1137 b 21-24.

³³ *Ibid.*, 1137 b 12-13.

³⁴ Cf. par exemple, saint Thomas, *Somme théologique*, IIa, II ae, q. 59 sq.

³⁵ Michel Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., tome I, p. 125.

³⁶ Dans *La Politique* (VI, 1317 b 3), Aristote disait : “La justice, selon la conception démocratique, réside dans l’égalité numérique et non dans l’égalité d’après le mérite”. Cette dernière conception du juste, fondamentalement élitiste, n’avait de sens, selon Aristote, que dans une Cité aristocratique.

³⁷ John Rawls, *Theory of Justice* (1971), traduction française, Seuil, 1987.

³⁸ *Ibid.*, p. 20.

est le lointain héritier de la conception aristotélicienne de la justice en sa dimension politico-sociale. La justice, dit-il, est “la première des institutions sociales”³⁹; elle est même le critère politique ultime de l’organisation sociale. Par la forme “publique” qui est la sienne, elle a vocation à répartir, dans une perspective consensuelle dont la figure parfaite serait l’unanimité des opinions⁴⁰, tous les avantages qui proviennent de la coopération sociale⁴¹. Avant tout concrète et réaliste, la justice exprimerait la “régularité” de l’Etat de droit. Pourtant, l’inspiration aristotélicienne de la théorie de John Rawls demeure un non-dit qui se cache derrière l’argumentation quelque peu contournée qui, non sans soulever de problèmes, se réclame de Kant. L’ouvrage d’Otfried Höffe intitulé *La justice politique*⁴² est, dans les pages qui tracent le schéma de “l’Etat de justice”, beaucoup plus philosophique que l’essai de J. Rawls. Rien, dit en substance l’auteur, n’interdit d’admettre l’existence d’une justice naturelle; mais, parce qu’en l’état de nature, elle ne peut réaliser ses promesses, la “positivisation” de la justice est nécessaire pour la rendre efficiente. L’idée, à tout prendre, serait banale si O. Höffe n’expliquait que, pour asseoir les principes de la justice politico-sociale, la “philosophie première du politique” doit être une philosophie normative du droit. C’est à ce prix en effet, dit-il, que la justice, en s’inscrivant dans un Etat constitutionnel et social, prend son sens et incarne le principe d’espérance dont elle est le lieu. Par sa conception socio-politique du juste, Aristote, jadis, avait l’intuition d’une telle modalité institutionnelle de la justice. Mais il lui manquait deux choses : d’une part, le sens de la synthèse par laquelle la garantie constitutionnelle des droits individuels doit aller de pair avec l’assomption du devoir social qui œuvre à la solidarité; d’autre part, le sens des “stratégies”, “méthodes, voies, forces et procédures” qui doivent lier effectivement l’exercice des pouvoirs publics à la justice.

Lors donc que l’on se demande en quel registre inscrire la notion de justice, l’embarras est extrême en raison du polymorphisme qui l’affecte et qui, de surcroît, tantôt la tire en des directions divergentes mais séparatrices et simplificatrices, tantôt superpose en son concept, de manière complexe, les connotations différentes et complémentaires d’une exigence morale, d’une catégorie juridique et d’un principe de politique sociale.

Nous allons voir que problématiser la justice en recherchant par d’autres voies sa nature spécifique conduit le philosophe à des controverses dont les débats sans fin sont, par leur existence même, l’indication d’une insurmontable ambiguïté.

³⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 172.

⁴¹ *Ibid.*, p. 33

⁴² Otfried Höffe, *La justice politique*, version française, PUF, 1991.

II. La nature ambiguë de la justice

Qu'elle soit comprise comme une vertu morale, comme la finalité du droit ou comme la clef d'un équilibre politique et social, la justice enserme en son concept une part de mystère que, seules, les *hypothèses doctrinales* ont cru, chacune à sa manière, pouvoir percer. La question est de savoir si la justice dont l'homme a le souci lancinant au point d'en faire la pierre de touche de la morale, du droit et de la politique, appartient à la "nature des choses" ou est le résultat d'une construction de son esprit. Tirillée entre *physis* et *nomos*, la justice a du mal à révéler sa véritable nature.

a. La justice et le droit naturel

L'aurore de la philosophie coïncida, comme le rappelle Leo Strauss⁴³, avec la découverte de la nature. Mais celle-ci fut aussitôt cachée par des "décisions souveraines" dont l'homme était l'auteur et qu'il appela "lois". Le premier geste de la philosophie fut de reconnaître la priorité fondamentale, d'ordre ontologique, de la nature par rapport à l'œuvre de l'art. La querelle entre *physis* et *nomos* était commencée, qui n'en finit pas de hanter l'interrogation philosophique. Le débat, amorcé par Socrate faisant face aux Sophistes, a traversé les siècles et conserve, encore aujourd'hui, une résonance qui ne laisse pas de troubler.

Même si les rapports de Socrate ou de Platon avec la rhétorique des Sophistes sont subtils, Socrate, aussi bien contre Antiphon et Hippias que contre Protagoras, déclare souhaiter que la justice obéisse dans la Cité à l'ordre hiérarchique de la nature. Dans le cadre même de la Cité où les Sophistes se complaisaient à accorder la prééminence aux lois et aux conventions, ce sont les faits, dit Socrate, qui prouvent l'existence d'un juste naturel comme réalité première⁴⁴. Par sa critique de l'hédonisme, le vieux Silène veut prouver que l'homme, en sa nature originelle, est un être social et que, par conséquent, il possède cette vertu sociale par excellence qu'est la justice. Dans la Cité comme en un essaim d'abeilles, l'important est que chaque chose ou chacun se trouve à la place que la nature lui a assignée⁴⁵. Aussi est-il juste que les hommes, différents les uns des autres par nature, ne revendiquent pas, comme cela est le cas dans la démocratie⁴⁶, une égalité qui est contre nature. La justice et le droit sont, en leur noyau ontologique, conformes à la nature.

Aristote, qui déclare renoncer au dualisme platonicien du monde intelligible et du monde sensible, repense la pensée de Platon sur d'autres bases. Il examine minutieusement la "justice politique" en laquelle, plus qu'en ses autres figures, la notion de justice, à ses yeux, livre son sens véritable. C'est

⁴³ Leo Strauss, *Droit naturel et histoire* (1953), traduction française, Plon (1954), p. 97 et 106; Flammarion (1986), p. 83 et 91.

⁴⁴ Platon, *La République*, 369 a.

⁴⁵ *Ibid.*, 520 b.

⁴⁶ *Ibid.*, 557 d e.

en effet seulement en la Cité que, de manière concrète et vivante, elle trouve son effectivité : entendons qu'elle y réalise sa plénitude en conjoignant la légalité et l'égalité; par la médiation de la loi civile, la justice, distributive (ou rétributive) et aussi correctrice, est productrice d'effets en établissant (ou en rétablissant) l'équilibre entre les diverses composantes de la communauté. Mais cela ne veut pas dire que, pour Aristote, la justice et la loi constituent en la Cité la même dimension structurelle. Dans la "justice politique" se côtoient, voire s'entremêlent la justice naturelle et la justice légale _ c'est-à-dire le droit naturel qui appartient à l'ordre des choses et le droit positif qui dépend de l'arbitre humain.

Le droit naturel, qui fait partie intégrante de la justice, est en elle l'expression de l'ordre finalisé et hiérarchisé du monde. Commentant un bref passage de *l'Éthique à Nicomaque*⁴⁷ (que la plupart des exégètes ont trouvé obscur), Leo Strauss remarque pertinemment⁴⁸ que, selon le Stagirite, "il n'y a pas de désaccord fondamental entre le droit naturel et les requêtes d'une société politique". Leur rencontre est délicate mais instructive. D'une part, la Cité est une communauté naturelle; d'autre part, c'est dans la Cité que le droit naturel atteint son plein épanouissement. Le droit naturel, sans se réclamer de principes universels et abstraits, est ce au nom de quoi les hommes peuvent trouver, entre les deux écueils d'un idéalisme inopérant et d'un cynisme inutile, une réponse expédiente lorsque surgit une situation imprévue et délicate. C'est en cela, précisément, que s'exprime la justice. Le fait qu'elle soit adaptable ("variable") à la diversité des situations n'est pas sa moindre qualité : comme une espèce d'idée régulatrice, elle manifeste la "prudence" qui consiste, pour le juge et pour le législateur, à ne pas s'écarter de l'ordre naturel où se déploie la contingence des choses.

En d'autres termes - c'est ce que comprendront les juristes de Rome -, la justice dans la Cité se caractérise par la co-présence, voire par l'alliance de l'homme et de la nature. Puisque l'ordre des idées s'accorde à l'ordre des choses, on peut dire que la justice est une idée unique qui se déploie dans une pluralité d'espèces. En elle, la pensée célèbre ses noces avec l'Être. Le jusnaturalisme à son principe ignorait donc tout de la "séparation ontologique" qui, en portant l'homme au devant de la scène du monde pour qu'il se fasse, en sa condition diasporique, "maître et possesseur de la nature", caractérisera l'idée du juste dans les temps modernes. La justice, en sa quiddité exceptionnelle et somptueuse, exprimait, dans le courant de pensée aristotélicien, les vertus téléologiques et axiologiques de la nature.

Mais l'humanisme et l'historicisme qui en sera l'ombre portée bousculeront la conception naturaliste de la justice. Malgré le "retour à Aristote" effectué par quelques auteurs dans la seconde moitié du XXe siècle - citons, malgré les différences philosophiques qui les séparent, Leo Strauss, Chaïm Perelman, Alasdair MacIntyre, Gustav Radbruch -, le concept du juste devait s'inscrire dans le cadre d'un "positivisme juridique" dont le principe retrou-

⁴⁷ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1134 b sq.

⁴⁸ Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, Plon, p. 170; Flammarion, p. 143.

vaît, d'une certaine manière, l'inspiration du *nomos* dans la sophistique des anciens Grecs. Ce basculement n'a pas été un mouvement simple. Le vieux schéma dualistique de la *physis* et du *nomos* serait simple, en ce qui concerne la justice et le droit, si ces notions n'avaient pas subi de nombreux avatars dans la doctrine. Or, leurs aventures philosophiques ont été longues et complexes⁴⁹ au cours desquelles la patristique chrétienne (par exemple dans la *Civitas Dei* de saint Augustin), la doctrine médiévale de l'Eglise (par exemple, au XIIe siècle, dans le décret du canoniste Gratien), la philosophie du droit exposée par saint Thomas dans la *Somme théologique*, la scolastique espagnole (de Vitoria au *De legibus* de Suarez), le jansénisme (dont Jean Domat se fait l'interprète dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*⁵⁰) ... ont troublé l'image de la justice naturelle. De surcroît, le jusnaturalisme, brouillé par des métamorphoses successives dont l'humanisme rationaliste devait accentuer les traits - il rattacha le droit et la justice à la nature de l'homme plutôt qu'à la nature des choses - s'est trouvé confronté, en un combat inégal, à des intentions "juspositivistes" multiples et hétérogènes. Eu égard à l'idée de justice, la difficulté, en cette transformation de la doctrine, vient non pas du renversement de Charybde en Scylla qui ferait retrouver la nomologie des Sophistes, mais de la superposition de paramètres disparates. Loin d'être levée, l'équivocité de l'idée de justice se trouve accrue et, corrélativement, sa problématisation piétine dans des chemins embarrassés où il est malaisé de dissiper la pénombre.

b. La justice et la loi

A Montaigne qui écrivait : "Les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois"⁵¹, Pascal répliquait en un passage célèbre des *Pensées* : "Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute jurisprudence; un méridien décide de la vérité ... Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà"⁵². Et il ajoutait : "L'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodité du souverain, l'autre la coutume présente; et c'est le plus sûr : rien, suivant la seule raison, n'est juste en soi; tout branle avec le temps"⁵³. S'interroger sur la nature de la justice est un casse-tête d'autant plus insurmontable que c'est pour avoir voulu des lois justes que les législateurs, imaginant que la justice est l'ordre établi au lieu de la chercher dans l'ordre naturel, sont devenus injustes. L'ambiguïté de la justice éclate en ce

⁴⁹ Il n'est évidemment pas question d'en rappeler amplement la teneur dans le cadre de cet article. Je renvoie à mon livre *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 199

⁵⁰ Cf. "La philosophie du droit de Jean Domat ou la convergence de l'ordre naturel et de l'ordre rationnel", in *Justice et force. Politiques au temps de Pascal*, G. Fereyrolles éd., Klincksieck, 1996, p. 187-205.

⁵¹ Montaigne, *Essais*, Bibliothèque de la Pléiade, 1937, p. 1042.

⁵² Pascal, *Pensées*, édition Brunschvicg in Livre de poche, fragment 230 (in édition Lafuma, Le Seuil, 69).

⁵³ *Ibid.*, fragment B. 284 (L. 320).

paradoxe. Ce dernier est le cryptogramme de son essence même et il est si lourd de questions que, par son incertitude et son potentiel de contradiction, il en vient à sécréter l'angoisse au cœur de l'homme.

Pour Pascal, il n'y a sans doute rien là qui doive étonner puisque l'homme porte en lui l'ambiguïté de son énigme⁵⁴ où s'entrecroisent grandeur et misère. Pourtant, il affirme : "La justice est ce qui est établi"⁵⁵ et il ajoute aussitôt : "ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu'elles sont établies". Autant dire que, dans la justice, la nature est perdue et qu'il est vain d'assimiler désormais le juste à l'expression du droit naturel (lequel, d'ailleurs, Pascal le sait très bien, n'est pas le droit tel que l'entendent les juristes). Il n'en peut être autrement : Pascal, suivant comme saint Augustin et Jansénius, le récit de la *Genèse*, estime que le péché d'Adam a corrompu toute la nature de l'homme. En conséquence, la justice humaine - "notre misérable justice" si éloignée de "la justice de Dieu" - ne peut être, sur terre, qu'une institution, qu'un "établissement"; fruit du hasard, l'institution de la justice ne peut s'exercer sans recourir à la force⁵⁶.

Hugo Grotius avait déjà souligné, en 1625, dans le *De jure belli ac pacis*, l'importance de cet "établissement humain". Un quart de siècle plus tard, Hobbes affirmait dans le *Léviathan* : "Les lois sont les règles du juste et de l'injuste; rien n'est réputé injuste qui ne soit contraire à la loi"⁵⁷. Même si l'idée qu'il se fait des "lois naturelles" retient Hobbes sur le seuil de la doctrine positiviste, il a d'elle un puissant pressentiment qui renverse les conceptions traditionnelles d'une justice naturelle. Le juste et l'injuste, comme le licite et l'illicite, comme la propriété, le vol ou le crime ..., sont définis par la loi - par la loi civile de l'Etat. Autrement dit, est juste ce qui ne va pas contre la loi civile posée par la souveraineté étatique. Hobbes, avec une intuition extrêmement puissante, comprend donc qu'il n'y a pas de justice sans contrainte juridique. L'idée parut longtemps scandaleuse et, parce que l'on assimilait la contrainte à une coercition faite de violence, on vit dans l'auteur du *Léviathan* un "fauteur de despotisme". La méprise, politiquement, était lourde. Juridiquement, l'idée possédait néanmoins une hardiesse doctrinale novatrice, même si, longtemps, la figure politique de l'Etat-Léviathan devait en occulter l'importance. De surcroît, l'on remarqua d'autant moins chez Hobbes la signification de la justice et de sa subordination au légalisme étatiste et centralisateur que Pufendorf, Leibniz, Cumberland, Thomasius, Barbeyrac ... parlaient encore beaucoup, quoique avec des inflexions philosophiques fort diverses, de "justice naturelle". Pourtant, dans la moderne pensée du droit, la maxime romaine *regula ex jure sumitur* semblait bel et bien oubliée. Bientôt, dans l'ombre du *Code civil* dont, en France, la rédaction était toute proche et devait prendre figure de modèle

⁵⁴ *Ibid.*, fragment B. 434 (L. 131).

⁵⁵ *Ibid.*, fragment B. 312 (L. 645).

⁵⁶ *Ibid.*, fragment B. 298 (L. 103).

⁵⁷ Hobbes, *Léviathan*, chapitre XXVI, traduction F. Tricaud, Sirey, 1971, p.

pour d'autres pays d'Europe, on aurait pu, à sa place, dire : *justitia ex regula sumitur*.

Hegel saisit superbement la mesure de cette extraordinaire mutation de l'idée de justice lorsque, justifiant rationnellement le droit qui ne trouve sa forme authentique, dit-il, que dans la loi (*Gesetz*), il écrit : "Dans le droit positif, ce qui est légal est la source de ce qui est juste"⁵⁸. En conséquence, il voit dans le tribunal la réalisation du juste⁵⁹. La "justice absolue" étant sur terre impossible, et les individus - fussent-ils princes - ne pouvant exercer eux-mêmes la justice, il appartient au système de la législation, afin d'effacer aussi bien le droit du plus fort (*Fausrecht*) que la vengeance privée (*jus talionis*), de l'instaurer et de l'administrer⁶⁰ selon une procédure que, conformément à la Constitution de l'Etat, sa publicité ouvre à la connaissance de tous⁶¹. Hegel ne déduit pas de là que le "pouvoir judiciaire", dans un système de "séparation des pouvoirs", est un "pouvoir" au sens plénier du terme. Comme Montesquieu, il voit dans l'exercice de la justice une fonction qui, afin d'endiguer les menaces de l'arbitraire, incombe au juge dans le tribunal⁶². La positivité et le légalisme de la justice sont, au dire de Hegel, en raison de l'effectivité qu'ils lui confèrent, une expression de "l'esprit objectif". Ainsi se trouve dépassé le rationalisme kantien que les *Principes de la philosophie du droit* accusent d'être entaché de formalisme abstrait.

Bien que la figure légalisée de la justice ait trouvé son lieu d'excellence dans la plupart des théories "positivistes" (toutes nuances confondues) du droit, la problématisation dont elle veut être une solution incisive et nette ne va pas sans difficultés - par exemple : quelle loi est la "bonne" loi ? quel est le code détenteur du juste véritable ? quoique réputée "rationnelle", la justice ne se trouve-t-elle pas rabattue au niveau des conditions sociales ou historiques qui la motivent ? dans le cas où, en un Etat, des "lois injustes" (au nom de quoi, d'ailleurs, peut-on les déclarer telles ?) sont édictées, est-il juste de leur obéir ou juste de prôner la "désobéissance civile" ? ... "Après réflexion, note Leo Strauss, les gens refusent d'assimiler la justice et la légalité puisqu'ils parlent de lois injustes"⁶³. Le problème, on en conviendra, n'est pas mince...

Les incertitudes qui, à tout le moins, s'attachent à de telles questions, révèlent les difficultés intrinsèques d'une positivisation radicale de la justice. Sa réduction positiviste la prive de référence et d'horizon. En la faisant, selon l'expression de Max Weber, "libre de toute valeur", donc "axiologiquement neutre", ne verse-t-elle pas, comme le croit Leo Strauss, dans un anti-juridisme qui tend au nihilisme ?

⁵⁸ Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 212, R.

⁵⁹ *Ibid.*, § 219; cf. *Encyclopédie*, § 531.

⁶⁰ *Ibid.*, § 220.

⁶¹ *Ibid.*, § 228.

⁶² *Ibid.*, § 219.

⁶³ Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, Plon, p. 116; Flammarion, p. 99.

Les quelques remarques qui précèdent suffisent à montrer, en évoquant l'antinomie théorique des courants jusnaturalistes et juspositivistes, combien il est délicat de se prononcer sur la quiddité de la justice. Ou bien l'essence du juste s'avère prisonnière dans l'étai de doctrines dualistiques dont le dogmatisme est, en chacune d'elles, invincible; ou bien elle risque de se dissoudre, comme le prophétisait Nietzsche, dans un monde que la dévalorisation de toutes les valeurs conduit à une banqueroute fatale.

L'ambivalence de la justice qu'il est difficile d'inscrire sans équivoque dans un *registre* spécifique, la conflictualité que font apparaître les doctrines qui en recherchent la *nature* et, finalement, en dissolvent l'essence, condamneraient-elles la problématisation du juste à déboucher inexorablement sur un constat d'échec ? En d'autres termes, la justice serait-elle un *flatus vocis* qui, au monde des hommes, serait dénué de sens ?

III. La signification philosophique de la justice des hommes

La justice divine étant inaccessible à l'homme, incapable à tout jamais de percer les intentions de la Providence, nous devons nous borner à une interrogation sur la justice humaine. Mais cette interrogation est embarrassante : non seulement parce que, comme nous l'avons entrevu, il est malaisé d'échapper au carcan des dogmatismes lorsque l'on parle de justice, mais, plus fondamentalement, parce que nous nous trouvons confrontés à la redoutable question philosophique des rapports de la théorie et de la pratique : *pourquoi* la justice des hommes est-elle à la fois une idée et une institution ?

a. La justice, idée ET institution

Il faut reconnaître à Kant le mérite d'avoir donné à la notion de justice, sous le regard critique, une tonalité inédite : "Est juste toute action qui peut ou dont la maxime peut laisser coexister la liberté de l'arbitre de tout un chacun avec la liberté de tout autre d'après une loi universelle"⁶⁴. Le problème qui se pose est donc de dégager tout ensemble les conditions de la détermination du juste et de l'administration de la justice. Or, explique Kant, la justice se détermine conformément à la trilogie modale qui, définie par la *Critique de la raison pure*⁶⁵, considère les jugements, du point de vue de la quantité, sous l'angle de l'universel, du particulier et du singulier. Ainsi se fait-elle justice tutélaire (*justitia tutatrix*), justice réglant l'acquisition réciproque des biens (*justitia commutativa*) et justice distributive (*justitia distributiva*)⁶⁶. Dans la dialectique kantienne des trois justices, chacune d'elles a son caractère spécifique bien qu'il n'implique en rien la réfutation des autres

⁶⁴ Kant, *Doctrine du droit*, Introduction, § C, in Bibliothèque de la Pléiade, tome III, p. 479; AK, VI, 230.

⁶⁵ Kant, *Critique de la raison pure*, Pléiade, tome I, p. 827; AK, III, 87; et p. 830, AK III, 89.

⁶⁶ Kant, *Doctrine du droit*, § 41, p.572; AK, VI, 306.

figures du juste. Ainsi, la justice tutélaire procède universellement du droit de l'humanité en la personne de chacun : elle est le principe d'une conduite juste intérieurement. La justice commutative, faisant éclater l'universalité de la sphère naturelle subjective, implique la liaison particulière spécifique de moi et d'autrui; elle correspond au niveau du droit privé, dont Kant a montré que, naturel-rationnel, il est simple présomption de droit (*presumptio juris*), donc encore privé de juridicité. Entre ces deux justices qu'expriment la *lex justitiae* et la *lex juridica*, existe une tension qui est celle du juste naturel subjectif et du juste naturel objectif. Cette tension est dépassée synthétiquement, dans l'état civil, par la *justitia distributiva* qui, pour chacun et en chaque cas, donc au niveau de la singularité, est toujours potentiellement apte à imposer, en cas de litige, conformément à la loi civile en l'Etat, la sentence (*jurisdictio*) d'un tribunal public - ce pourquoi, remarque Kant, "on nomme souvent le tribunal lui-même la *justice* d'un pays". Et le philosophe ajoute : "La question de savoir s'il existe ou non une telle justice peut être considérée comme le plus important de tous les problèmes juridiques"⁶⁷.

Comprenons que la justice distributive hausse le droit à la certitude de soi : l'état civil est, par son principe et par sa finalité, un état de justice distributive⁶⁸. Or, le principe formel de la justice distributive, condition de possibilité du passage du pré-monde du droit à l'état juridique, en même temps que raison de validité de cet état de droit, s'avère à la fois constitutif et organisateur. Il rend compte en particulier de ce que l'Etat en général (l'Etat en Idée < *in der Idee* >) contient en soi trois pouvoirs : *potestas legislatoria*, *potestas rectoria* et *potestas judiciaria*. Kant explique⁶⁹ qu'"un syllogisme de raison pratique", en mettant en évidence le caractère dialectique de la volonté générale unie en trois personnes (c'est la *trias politica*) permet de comprendre qu'il en soit ainsi. Dans ce raisonnement, la majeure contient la loi de la volonté souveraine; la mineure contient l'ordre de se conduire selon la loi; la conclusion prend toute sa netteté lorsque le juge, dans le prétoire, doit trancher une affaire contentieuse par la sentence qui attribue à chacun le sien selon la loi. Dans l'Etat, les trois pouvoirs ne sont donc pas des fictions logiques mais des fonctions. Leur coordination organique et leur subordination effective permettent l'union selon laquelle on reconnaît ce qui, de droit, revient en partage à chaque sujet⁷⁰. L'accord des trois pouvoirs est la condition de la justice institutionnelle en quoi réside le salut de l'Etat : *salus reipublicae suprema lex est*. Par conséquent, le lien de la justice et de l'Etat signifie d'une part, que nul ne saurait dire la justice en sa propre cause; d'autre part, que celui-là même qui gouverne ne se ferait seul détenteur de la justice qu'en versant dans l'arbitraire despotique et en falsifiant le juste⁷¹.

Kant - il est ici besoin de le rappeler - est philosophe et non juriste. Il n'a cure d'exposer les modalités techniques de l'institution qu'est, dans

⁶⁷ *Ibid.*, § 41, p. 572; AK, VI, 306.

⁶⁸ *Ibid.*, § 42, p. 574; AK, VI 307.

⁶⁹ *Ibid.*, § 45, p. 578; AK, VI 313.

⁷⁰ *Ibid.*, § 48, p. 582; AK, VI 313.

⁷¹ *Ibid.*, § 48, p. 582; AK, VI 317.

l'Etat, l'appareil de la justice. La logique transcendantale kantienne a d'autres visées. C'est notamment dans la législation pénale qu'il est le plus facile de les découvrir. En effet, celle-ci n'est pas un instrument pragmatique et circonstanciel, mais exprime l'impératif catégorique de la justice⁷². Autrement dit, la peine juridique (*poena forensis*) ne peut pas être considérée comme un "moyen" de restaurer l'ordre ou le bien soit pour l'auteur du délit ou du crime, soit pour la société civile. Elle doit être prononcée contre l'auteur du forfait pour la seule raison qu'il l'a commis. Entendons que la justice "ne se glisse pas dans les méandres de la doctrine du bonheur" afin d'y trouver quelque palliatif à l'injustice ou au crime. Elle ne considère l'homme que selon la dignité de la personne. Dans le cadre de la philosophie pratique, elle est une Idée de la raison et, comme telle, dépasse toujours la possibilité de l'expérience⁷³. De ce statut rationnel pur, il faut tirer la conséquence : l'Idée du juste, comme toute Idée, est "irréalisable". Au monde des phénomènes où nous vivons et agissons, l'institutionnalisation de la justice demeurera toujours imparfaite. Elle n'en est pas moins nécessaire en tant qu'elle exprime les *dictamina* de la raison pratique. Il faut dès lors reconnaître l'ambiguïté de la justice, à la fois Idée *et* institution : de l'une à l'autre, se découvre la différence des "points de vue" entre l'horizon nouménal et le monde des phénomènes; mais, il faut l'avouer, la clarté pénètre difficilement dans cet entre-deux incertain qui est le lieu de la justice.

Il ne faut pas s'étonner que le paradigme de la réflexion transcendantale - celui-là même qui conduisait Kant à affirmer, dans la justice, la nécessaire corrélation de l'Idée et de l'institution (ou, si l'on préfère, de la théorie et de la pratique), ait donné lieu à "révision". Les philosophes de l'après-kantisme ont voulu renouer (ou nouer autrement) les fils de la problématique des fondements transcendants du droit et, plus généralement, de l'éthique.

Karl Otto Apel, en "revisitant" le paradigme kantien de la réflexion transcendantale⁷⁴, entend, dit-il, se hausser au niveau d'une "proto-éthique" qui, ni plus ni moins que la proto-science ou la proto-technique⁷⁵, *présuppose* "une sphère spéciale de règles universelles"⁷⁶ faite de "normes de communication". C'est en cela que, selon lui, réside "la transformation de la philosophie"⁷⁷ - thème bientôt repris par Jürgen Habermas⁷⁸ qui remet délibérément en chantier, à travers l'idée de l'activité "communicationnelle", la rationalité de type critique. Il forge le paradigme de l'inter-compréhension

⁷² *Ibid.*, § 49, Remarque générale, E, p. 601; AK, VI 331

⁷³ *Critique de la raison pure*, p. 1022; AK, III 243.

⁷⁴ K.O. Apel, "La question d'une fondation ultime de la raison", in *Critique*, octobre 1981.

⁷⁵ K.O. Apel, "Types of Rationality to-day", in *Rationality to-day*, Th. Geräets éd., Ottawa, 1979, p. 322.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 324.

⁷⁷ K.O. Apel, *Transformation der philosophie*, 2 vol., Francfort, 1973; traduction partielle *L'éthique à l'âge de la science*, PU de Lille, 1987.

⁷⁸ Jürgen Habermas, "La redéfinition du rôle de la philosophie" (1981), repris in *Morale et communication* (1983), traduction française, Cerf, 1986, p. 23-40.

qui naît de la communication inter-subjective produite par le langage. La justice, donc, ne se peut penser ainsi que le disait Kant, à la lumière d'une exigence assertorique de validité grâce à quoi elle serait, dans l'ordre juridique, l'impératif de la raison pratique. Parce que la raison ne peut pas être sûre d'elle-même, elle a besoin, en théorie et *a fortiori* en pratique, d'une "légitimation".

On a pu voir en cette démarche de légitimation une "stratégie de réduction de l'incertitude"⁷⁹ qui entoure le fondement de la justice. Précisément, ce n'est là qu'une "stratégie", dont le caractère performant, en l'occurrence, n'est nullement assuré. En effet, d'un côté, tout est clair : à la lumière des révisions de la thèse de Kant, la justice, échappant aux raideurs et aux intolérances des dogmatismes naturalistes ou scientistes qui, par avance, avaient décidé de ses critères de vérité, s'avère avec une indéniable assurance, inséparable de la normativité qui l'anime. Mais, d'un autre côté, la justice demeure le lieu où l'embarras est extrême car, en elle, éclate la querelle des normes : feutré ou violent, mais toujours invincible à l'homme, leur conflit révèle alors, au miroir de la controverse, l'inéliminable fragilité qui lui est inhérente.

b. La justice et les limites de la raison

Hans Kelsen, dans une correspondance datée de 1927 et rapportée dans *Die Illusion der Gerechtigkeit*⁸⁰, estimait qu'il est impossible de confondre le caractère idéal du droit avec l'idéalité de l'Idée platonicienne. Il écrivait : "L'un des problèmes les plus difficiles de la science juridique [...] consiste à déterminer comment le sens incontestablement *normatif* dans lequel l'ordre juridique se rapporte au comportement qu'il régit, peut être relié au *fait*, également incontestable, qu'un événement réel, correspondant jusqu'à un certain point à cet ordre juridique, constitue le présupposé indispensable sans lequel on ne peut parler d'un ordre juridique *valide*". Nous voici au rouet : non point parce que la science juridique - donc, la compréhension, entre autres problèmes, de la justice - doit rendre compte de l'articulation du factuel et du normatif⁸¹, mais parce que la normativité elle-même condamne la raison qui la secrète à piétiner dans ce qui a de fortes chances d'être des impasses.

Si nul ne conteste que, pour comprendre les réquisitions, institutionnelles ou philosophiques, de la justice, le recours à un horizon normatif est indispensable, la difficulté vient de la conflictualité insurmontable qui règne sur cet horizon. En effet, le paradigme de la justice a beau appartenir au

⁷⁹ André Berten, "Démocratie, convention et inférence", in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1990, n° XVIII, PU Caen, p. 150.

⁸⁰ Hans Kelsen, *Die Illusion der Gerechtigkeit*, Vienne, 1985.

⁸¹ Notons au passage que ce problème est aussi celui qu'aborde J. Habermas dans son ouvrage *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, dont le sous-titre est *Faktizität und Geltung*, Francfort, 1992 (traduit en français sous le titre *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Gallimard, 1997). _ Cf. également *Vérité et justification*, Gallimard, 2001.

champ de la raison pratique, il est un paradigme brouillé. D'une part, il se meut, comme le montre l'activité juridictionnelle (qui est la justice en exercice) au-delà des limites des Codes dont les articles se veulent un discours de rationalité, voire "la raison écrite". Or, l'homme rationnel, et même le plus raisonnable d'entre les hommes, ne franchit ces limites qu'avec circonspection : au-delà d'elles, la voie n'est plus tracée; et on ne l'invente pas sans inquiétude. D'autre part et surtout, il y a dans la justice - en son idée comme en ses institutions spécialisées : justice pénale, justice sociale, justice politique ... - une tension immanente dont il est beaucoup trop simple de dire, à l'instar de J. Habermas, qu'elle a lieu "entre factualité et validité". La distinction du fait et de la valeur doit, ici, être dépassée. La tension qui est inhérente à la justice réside dans le principe même de sa validité.

Le concept de la justice - et non seulement la justice en son exercice - est miné en sa compréhension logique par la conflictualité des paramètres qui en font la substance : paramètres moraux, politiques, historiques, juridiques, sociaux, coutumiers, religieux ... Leur co-présence provoque l'existence de justices différentes et concurrentes. Ce conflit, que Georges Kalinowski dit "ontique"⁸², signifie que, si la normativité de la justice est, comme l'avait déjà montré Aristote en la déchiffrant comme un *telos* des conduites humaines, indéniable et incontestable, elle n'a rien d'une intentionnalité unique et homogène. Mais alors, si s'entrecroisent, se superposent ou s'opposent en elle des intentionnalités diverses, laquelle est la bonne ? Selon quel critère en juger ? Où le chercher ? Comment le choisir ? Ici éclate, au coeur même de la justice en son idée, le conflit normatif que suscite sa pluralité intentionnelle. Et, comme aucune démonstration ne peut apporter la preuve que telle fin de la justice possède plus de validité que telle autre, c'est une aberration spéculative de croire que nous pouvons trancher ce conflit selon un cheminement rationnel. Aucune démarche de la raison ne peut fonder un choix ou une décision qui se ferait pour ou contre la raison elle-même. Plus encore qu'à la diversité des fins visées par la justice (légalité, égalité, droits de l'individu, liberté, solidarité, ordre public, paix sociale, respect des coutumes et des croyances ...), c'est à sa propre rébellion intestine que se heurte en l'occurrence la raison pratique. A la guerre que, selon Max Weber, se livrent les dieux sur l'Olympe, ne peut pas correspondre sur cette terre la paix des hommes.

Le pluralisme des valeurs dont peut s'inspirer la justice et le choix normatif qu'il impose sont, comme le dit Raymond Aron, "inexpiables". Rien n'apaisera la querelle que font naître dans la justice la diversité des "points de vue" et le caractère rationnellement indémontrable de leur "rapport aux valeurs". La problématisation de la justice se heurte donc non seulement à la polyvalence de ses visées, mais, surtout, aux "limites de la rationalisation", en tous points comparables à celles que signalait Max Weber en scrutant les images religieuses du monde. La préférence accordée à telle orientation téléologique de la justice plutôt qu'à telle autre peut, certes, être l'aboutissement d'une controverse ou, comme on aime à le dire aujourd'hui,

⁸² Georges Kalinowski, *Querelle de la science normative*, LGDJ, 1969.

d'un "dialogue". Mais elle n'est jamais, et elle ne peut pas être, la conclusion d'un raisonnement démonstratif rigoureux; en dernier ressort, elle se réclame, de manière explicite ou, le plus souvent, implicite, d'un choix contingent "irrationnel" ou qui, à tout le moins, s'opère dans les marges de la raison; et chacun sait que, dans l'histoire et dans la quotidienneté de la vie sociale et politique, cette non-rationalité des choix risque de frôler l'arbitraire. Sans cautionner ces perspectives dramatiques dans l'ombre desquelles se profile le spectre des "lois injustes" et de leur sinistre cortège, il nous faut reconnaître que l'objectivité rationnelle et catégorique de la justice n'est pas accessible aux hommes.

Faut-il conclure que les difficultés invincibles auxquelles nous nous heurtons pour formuler une problématique pertinente de la justice nous condamnent à ce que Raymond Aron appelle "une philosophie du déchirement"⁸³ ? Si tel était le cas, il nous faudrait rejeter aussi bien la postulation naturaliste que la postulation rationaliste de la justice et nous exposer, comme chaque fois qu'un problème de valeur est posé, à un affrontement auquel, seul, l'arbitraire des choix est susceptible de mettre un terme. Une telle aventure intellectuelle n'est pas sans danger : dans la querelle des valeurs, ce "décisionnisme" aboutit tout au plus à un armistice; mais un armistice n'est pas la paix.

Le problème de la justice met ainsi en évidence, avec une rémanence que les siècles n'ont pu éliminer, l'illusion du projet de rationalisation complète de l'action humaine et des jugements de valeur qu'elle suscite. A travers les multiples formulations de ce problème et toutes les tentatives de résolution qu'en a façonnées la philosophie, la volonté de rationalisation qui anime l'homme rencontre obstinément "l'irrationalité éthique du monde".

Dans *Les justes*⁸⁴, Albert Camus montrait qu'un rapport quasiment mystique peut s'établir entre la volonté de justice et l'action terroriste. Dans *L'homme révolté*⁸⁵, il rappelait comment Lénine, prétendant vouloir la justice envers et contre tout, n'hésitait pas davantage que Caligula, qui "transformait sa philosophie en cadavres"⁸⁶, à biffer l'humanité des hommes pour atteindre cette fin. Ces situations fussent-elles des situations-limites, elles enseignent tragiquement que la problématique de la justice est telle qu'elle enveloppe son contraire. Comme du droit dont elle est inséparable, on peut dire d'elle : *summa justitia, summa injuria*.

La difficulté qu'a éprouvée la philosophie tout au long de son histoire à en trouver le registre propre et à en exprimer la nature est, sur le plan ontologique, le reflet de son essence polymorphe et parfois disloquée. Elle est aussi l'index des conflits axiologiques qui se nouent en elle. La problématique de la justice, qu'on la considère du point de vue de la morale ou à travers les prolongements juridico-politiques de l'éthique, semble rebelle,

⁸³ Cf. Raymond Aron, Introduction à Max Weber, *Le savant et le politique*.

⁸⁴ Albert Camus, *Les justes*, Gallimard, 1950.

⁸⁵ Albert Camus, *L'homme révolté*, Gallimard, 1951.

⁸⁶ Albert Camus, *Caligula*, Gallimard, 1946, 7^{ème} éd., p. 51.

contre toute attente puisqu'elle a la figure d'un idéal, à l'idéalisme spéculatif. Elle relève d'une philosophie pratique en laquelle se croisent nécessairement - ce serait folie de prêter à l'homme l'unité substantielle d'un dieu - l'ambition de rationalité qui est la marque de l'humain et la part de non-rationalité (infra-rationnelle ou supra-rationnelle) qui s'insinue dans le choix de ses valeurs. Pascal n'avait pas tort de déplorer les invincibles variances intra-mondaines de la justice et de décrypter, au tréfonds de la diversité et de la fluctuance de ses figures, l'équivocité qui caractérise toutes les entreprises humaines. A vrai dire, en sondant, selon l'expression de Leo Strauss, les "problèmes fondamentaux" de notre monde bourelé de difficultés de tous ordres, l'on s'aperçoit que l'homme n'est pas seulement tirillé, comme le pensait Pascal, entre la terre et le ciel. C'est en lui-même qu'il est sans cesse confronté à l'ambiguïté. Elle l'habite. Elle glisse en lui la pesanteur des contradictions, les duperies de l'instabilité et, pour tout dire, une part d'énigme. Se demander en quoi consiste la justice, c'est, au fond, poser la question qui, toujours nous met en question, et qui hante la philosophie : "qu'est-ce que l'homme ?"

Simone Goyard-Fabre