

Exemplier n°1 - La justice et la loi

1.

CREON (à Antigone)

Et toi maintenant réponds en peu de mots. Connaisais-tu l'interdiction que j'avais fait proclamer ?

ANTIGONE

Comment ne l'aurais-je pas connue ? Elle était publique.

CREON

Et tu as osé passer outre à mon ordonnance ?

ANTIGONE

Oui, car ce n'est pas Zeus qui l'a promulguée, et la Justice qui siège auprès des dieux de sous terre n'en a point tracé de telles parmi les hommes. Je ne croyais pas, certes, que tes édits eussent tant de pouvoir qu'ils permissent à un mortel de violer les lois divines : lois non écrites, celles-là, mais intangibles. Ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier, c'est depuis l'origine qu'elles sont en vigueur, et personne ne les a vues naître. Leur désobéir, n'était-ce point, par un lâche respect pour l'autorité d'un homme, encourir la rigueur des dieux ? Je savais bien que je mourrais ; c'était inévitable – et même sans ton édit ! Si je péris avant le temps, je regarde la mort comme un bienfait. Quand on vit au milieu des maux, comment n'aurait-on pas avantage à mourir ? Non, le sort qui m'attend n'a rien qui me tourmente. Si j'avais dû laisser sans sépulture un corps que ma mère a mis au monde, je ne m'en serai jamais consolée ; maintenant, je ne me tourmente plus de rien. Si tu estimes que je me conduis comme une folle, peut-être n'as-tu rien à m'envier sur l'article de la folie !

Sophocle, *Antigone*, trad. R. Pignarre.

2.

"- Calliclès : Nature et loi, le plus souvent, se contredisent.

Donc, bien sûr, si on a honte, si on n'ose pas dire ce qu'on pense, on est forcé de se contredire. Voilà, c'est cela, le truc que tu as fini par comprendre, et tu t'en sers avec mauvaise foi dans les discussions. Si quelqu'un parle de ce qui est conforme à la loi, tu l'interroges sans qu'il le voie sur ce qui est conforme à la nature, et s'il te parle de la nature, tu l'amènes à te répondre sur la loi. C'est ce qui s'est passé tout à l'heure, quand vous parliez de commettre l'injustice et de la subir, Polos te disait qu'il était plus vilain de la commettre en se référant à la loi, et tu t'es mis à harceler ce qu'il disait comme s'il l'avait dit par rapport à la nature !

En effet, dans l'ordre de la nature, le plus vilain est aussi le plus mauvais : c'est subir l'injustice ; en revanche, selon la loi, le plus laid, c'est la commettre. L'homme qui se trouve dans la situation de devoir subir l'injustice n'est pas un homme, c'est un esclave, pour qui mourir est mieux que vivre s'il n'est même pas capable de se porter assistance à lui-même, ou aux êtres qui lui sont chers, quand on lui fait un tort injuste et qu'on l'outrage.

Certes, ce sont les faibles, la masse des gens, qui établissent les lois, j'en suis sûr. C'est donc en fonction d'eux-mêmes et de leur intérêt personnel que les faibles font les lois, qu'ils attribuent des louanges, qu'ils répartissent des blâmes. Ils veulent faire peur aux hommes plus forts qu'eux

et qui peuvent leur être supérieurs. C'est pour empêcher que ces hommes ne leur soient supérieurs qu'ils disent qu'il est laid, qu'il est injuste, d'être supérieur aux autres et que l'injustice consiste justement à vouloir avoir plus que les autres. Car, ce qui plaît aux faibles, c'est d'avoir l'air d'être égaux à de tels hommes, alors qu'ils leur sont inférieurs.

Et quand on dit qu'il est injuste, qu'il est laid, de vouloir avoir plus que la plupart des gens, on s'exprime en se référant à la loi. Or, au contraire, il est évident, selon moi, que la justice consiste en ce que le meilleur ait plus que le moins bon et le plus fort plus que le moins fort. Partout il en est ainsi, c'est ce que la nature enseigne, chez toutes les espèces animales, chez toutes les races humaines et dans toutes les cités ! Si le plus fort domine le moins fort et s'il est supérieur à lui, c'est là le signe que c'est juste.

De quelle justice Xerxès s'est-il servi lorsque avec son armée il attaqua la Grèce, ou son père quand il fit la guerre aux Scythes ? et encore, ce sont là deux cas parmi des milliers d'autres à citer ! Eh bien, Xerxès et son père ont agi, j'en suis sûr, conformément à la nature du droit - c'est-à-dire conformément à la loi, oui, par Zeus, à la loi de la nature -, mais ils n'ont certainement pas agi en respectant la loi que nous établissons, nous !

Chez nous, les êtres les meilleurs et les plus forts, nous commençons à les façonner, dès leur plus jeune âge, comme on fait pour dompter les lions ; avec nos formules magiques et nos tours de passe-passe, nous en faisons des esclaves, en leur répétant qu'il faut être égal aux autres et que l'égalité est ce qui est beau et juste. Mais, j'en suis sûr, s'il arrivait qu'un homme eût la nature qu'il faut pour, secouer tout ce fatras, le réduire en miettes et s'en délivrer, si cet homme pouvait fouler aux pieds nos grimoires, nos tours de magie, nos enchantements, et aussi toutes nos lois qui sont contraires à la nature - si cet homme, qui était un esclave, se redressait et nous apparaissait comme un maître, alors, à ce moment-là, le droit de la nature brillerait de tout son éclat."

Platon, *Gorgias*, 483 a – 484, tr. fr. Monique Canto, GF, 1987, p. 212-213.

"CALLICLES [1] - Voici ce qui est beau et juste suivant la nature, je te le dis en toute franchise, c'est que pour bien vivre, il faut laisser prendre à ses passions tout l'accroissement possible, au lieu de les réprimer, et, quand elles ont atteint toute leur force, être capable de leur donner satisfaction par son courage et son intelligence et de remplir tous ses désirs à mesure qu'ils éclosent.

Mais cela n'est pas, je suppose, la portée du vulgaire. De là vient qu'il décrie les gens qui en sont capables, parce qu'il a honte de lui-même et veut cacher sa propre impuissance. Il dit que l'intempérance est une chose laide, essayant par là d'asservir ceux qui sont mieux doués par la nature, et ne pouvant lui-même fournir à ses passions de quoi les contenter, il fait l'éloge de la tempérance et de la justice à cause de sa propre lâcheté [...]. la vérité que tu prétends chercher, Socrate, la voici : le luxe, l'incontinence et la liberté, quand ils sont soutenus par la force, constituent la vertu et le bonheur ; le reste, toutes ces belles idées, ces conventions contraires à la nature, ne sont que niaiseries et néant."

Platon, *Gorgias*, 492 a-c.

3.

[...] Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux. Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit ; comme, par exemple, que supposé qu'il y eût des sociétés d'hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois ; que, s'il y avait des êtres intelligents qui eussent reçu quelque bienfait d'un autre être, ils devraient en avoir de la reconnaissance ; que, si un être intelligent avait créé un être intelligent, le créé devrait rester dans la dépendance qu'il a eue dès son origine ; qu'un être intelligent, qui a fait du mal à un être intelligent, mérite de recevoir le même mal, et ainsi du reste.

Mais il s'en faut bien que le monde intelligent soit aussi bien gouverné que le monde physique. Car, quoique celui-là ait aussi des lois qui, par leur nature, sont invariables, il ne les suit pas constamment comme le monde physique suit les siennes. La raison en est que les êtres particuliers intelligents sont bomés par leur nature, et, par conséquent sujets à l'erreur ; et, d'un autre côté, il est de leur nature qu'ils agissent par eux-mêmes. Ils ne suivent donc pas constamment leurs lois primitives ; et celles même qu'ils se donnent, ils ne les suivent pas toujours.

Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Première partie, livre 1, chap. 1.

4.

"Il faut distinguer la notion de justice de celle du droit. La norme de justice prescrit de quelle manière le droit, c'est-à-dire un système de normes qui règlent le comportement humain, qui sont créées par des actes humains et qui ont une certaine efficacité, c'est-à-dire le droit positif, doit être élaboré quant à son contenu. Comme la norme de justice prescrit un traitement déterminé à appliquer à des hommes, elle se rapporte, comme nous l'avons montré plus haut, à l'acte par lequel le droit est créé. Si cet acte est conforme à la norme de justice, c'est-à-dire si la norme qu'il crée possède le contenu déterminé par la norme de justice, la norme ainsi créée est jugée juste ; si l'acte n'est pas conforme à la norme de justice, c'est-à-dire si la norme qu'il crée ne possède pas le contenu déterminé par la norme de justice, la norme ainsi créée est jugée injuste. En ce sens seulement la norme de justice sert de critère de valeur pour juger le droit positif. Aussi la justice ne peut-elle être identique au droit.

Le rapport qu'on admet entre justice et droit joue un rôle décisif dans la question de savoir si le droit est valable, c'est-à-dire si ses normes doivent être appliquées et observées. Sur ce point il existe deux conceptions qui s'opposent diamétralement. Selon la première, un droit positif ne peut être considéré comme valable que dans le cas et dans la mesure où droit ne peut signifier qu'ordre valable. C'est-à-dire que la validité de la norme de justice est le fondement de la validité du droit positif. Selon la seconde conception, la validité du droit positif ne dépend pas de la validité de la norme de justice. Un droit positif est valable, même s'il est injuste. Cela signifie, comme nous l'avons déjà constaté, qu'on ne peut pas présupposer une norme de justice comme valable si l'on considère comme valable une norme du droit positif dont la création ne correspond pas à la norme de justice. C'est la conséquence du positivisme juridique, c'est-à-dire d'une théorie du droit positiviste ou réaliste, par opposition à une théorie idéaliste.

Cette opposition est en rapport étroit avec l'opposition de la justice relative et de la justice absolue.

La norme de justice, qui prescrit un traitement déterminé à appliquer à des hommes, constitue une valeur absolue si elle prétend être la seule norme de justice possible, c'est-à-dire si elle exclut la possibilité d'une autre norme de justice qui prescrit un autre traitement à appliquer à des hommes. Cela signifie qu'on ne peut présupposer que cette norme de justice, et point d'autre. Une telle norme de justice constituant une valeur absolue ne peut, comme nous venons d'y insister, émaner que d'une autorité transcendante et comme telle elle est confrontée au droit positif, système de normes qui sont créées par des actes humains dans la réalité empirique.

On aboutit alors à un dualisme caractéristique : d'une part un ordre idéal transcendant, non créé par des hommes et supérieur à tout autre et d'autre part un ordre réel, créé par des hommes, c'est-à-dire positif. C'est le dualisme typique de toute métaphysique : sphère empirique et sphère transcendante, dont la forme classique est la théorie des idées de Platon, et qui constitue le fondement de la théologie chrétienne comme dualisme de ce monde et de l'au-delà, de l'homme et de Dieu. La théorie idéaliste du droit possède, au contraire de la théorie réaliste du droit, un caractère dualiste. Celle-ci est moniste, car elle ignore, à la différence de l'autre, la coexistence d'un droit idéal, non créé par des hommes et émanant d'une autorité transcendante, et d'un droit réel, créé par des hommes ; au contraire elle ne connaît qu'un droit : le droit positif créé par des hommes.

Le positivisme juridique

Si, du point de vue de la connaissance scientifique, on se refuse à admettre l'existence d'un être transcendant par-delà toute expérience humaine possible, c'est-à-dire l'existence d'un absolu en

général et de valeurs absolues en particulier, du point de vue d'une théorie scientifique du droit, la validité du droit positif ne peut dépendre de son rapport avec la justice. Car une telle dépendance ne peut exister que si la justice est une valeur absolue, si on suppose la validité d'une norme de justice qui exclut la validité de toute norme qui ne lui est pas conforme. Si on concède qu'il peut exister une pluralité de normes de justice différentes et éventuellement contradictoires, en ce sens qu'on peut présupposer l'une ou l'autre de ces normes de justice comme valable, et si par conséquent la valeur de justice n'est que relative, tout ordre juridique positif va fatalement entrer en contradiction avec l'une ou l'autre de ces normes de justice et il ne pourrait y avoir d'ordre juridique positif qui, vu qu'il contredirait l'une quelconque de ces normes de justice, ne devrait être considéré comme non valable. Mais d'autre part, tout ordre juridique positif peut être conforme à l'une quelconque des nombreuses normes de justice qui ne constituent que des valeurs relatives, sans que cette conformité soit considérée comme fondement de sa validité.

Une théorie positiviste, et cela veut dire réaliste, du droit ne prétend pas – il faut toujours y insister – qu'il n'y a pas de justice, mais qu'en fait un grand nombre de normes de justice différentes et contradictoires sont présupposées. Elle ne nie pas que l'élaboration d'un ordre juridique positif peut être déterminée et est en fait généralement déterminée par la représentation de l'une quelconque des normes de justice. En particulier elle ne nie pas que tout ordre juridique positif, c'est-à-dire les actes par lesquels ses normes sont créées, peut être évalué selon l'une de ces nombreuses normes de justice, c'est-à-dire jugé juste ou injuste. Mais elle maintient que ces critères de valeur n'ont qu'un caractère relatif et que par conséquent les actes par lesquels un ordre juridique positif est créé peuvent, si on les mesure avec tel critère, être légitimés comme justes, et si on les mesure avec tel autre, condamnés comme injustes, et qu'un ordre juridique positif est, dans sa validité, indépendant de la norme de justice d'après laquelle sont évalués les actes par lesquels ses normes sont créées. Car pour une théorie positiviste du droit, le fondement de validité d'un ordre juridique positif ne réside pas dans l'une des nombreuses normes de justice, vu qu'elle ne peut accorder à aucune d'elles l'avantage sur les autres ; il réside au contraire dans une norme fondamentale hypothétique, c'est-à-dire supposée dans la pensée juridique, selon laquelle on doit se comporter et traiter les hommes conformément à une constitution primitive qui a une certaine efficacité, sans s'inquiéter de savoir si l'ordre juridique édifié conformément à cette constitution est ou non conforme à une norme de justice quelconque. Dans la mesure où on met en question la validité du droit positif, aucune autre norme n'entre en ligne de compte que la norme fondamentale, et en particulier aucune norme de justice."

Hans Kelsen, « Justice et droit naturel », in *Droit naturel*, ouvrage collectif, tr. E. Mazingue, Paris, PUF, 1959, p. 647.

5.

"On ne saurait concevoir que chaque citoyen soit autorisé à interpréter les décisions ou lois nationales. Sinon, chacun s'érigerait ainsi en arbitre de sa propre conduite [...]

Tout citoyen, on le voit, est non pas indépendant, mais soumis à la nation, dont il est obligé d'exécuter tous les ordres. Il n'a aucunement le droit de décider quelle action est équitable ou inique, d'inspiration excellente ou détestable. Tant s'en faut ! L'État on l'a vu, est en même temps qu'un corps, une personnalité spirituelle ; la volonté de la nation devant passer, par suite, pour la volonté de tous, il faut admettre que les actes, déclarés justes et bons par la nation, le sont aussi de ce fait pour chacun des sujets. Dans l'hypothèse même, où l'un des sujets estimerait les décisions nationales parfaitement iniques, il ne serait pas moins obligé d'y conformer sa conduite.

Voici alors une objection qu'on va nous opposer : La raison ne nous interdit-elle pas de nous incliner entièrement devant le jugement d'un autre, et par conséquent, ne devrait-on pas tenir un tel état de société pour contraire aux exigences raisonnables ? de sorte que cet état social irrationnel ne pourrait plus être réalisé que par des hommes déraisonnables. Mais, répondrons-nous, il n'est pas possible qu'un seul des enseignements de la raison contredise la réalité naturelle. Or les hommes, étant en proie aux sentiments, la saine raison ne saurait exiger que chacun d'eux soit indépendant ; en d'autres termes, la raison elle-même affirme l'impossibilité de l'indépendance individuelle. D'autre part la raison enseigne également et sans réserve qu'il faut chercher à maintenir la paix. Comment la paix régnerait-elle, si la législation générale de la nation

n'était à l'abri de toute atteinte ? Ainsi pour ce motif encore, plus l'homme se laisse guider par la raison, c'est-à-dire plus il est libre, plus il s'astreindra à respecter la législation de son pays, ainsi qu'à exécuter les ordres de la souveraine Puissance à laquelle il est soumis. J'ajouterai enfin un dernier argument : l'état de société s'est imposé comme une solution naturelle, en vue de dissiper la crainte et d'éliminer les circonstances malheureuses auxquelles tous étaient exposés. Son but principal ne diffère pas de celui que tout homme raisonnable devrait s'efforcer d'atteindre – quoique sans aucune chance de succès – dans un état strictement naturel. D'où l'évidence de cette proposition : Alors même qu'un homme raisonnable se verrait un jour, pour obéir à son pays, contraint d'accomplir une action certainement contraire aux exigences de la raison, cet inconvénient particulier serait compensé, et au-delà par tout le bien dont le fait bénéficier en général l'état de société. L'une des lois de la raison prescrit qu'entre deux maux nous choisissons le moindre ; il est donc permis de soutenir que jamais personne n'accomplit une action contraire à la discipline de la raison, en se conformant aux lois de son pays."

Spinoza, *Traité de l'autorité politique*, 1677, Chapitre 3, § 4 à 6, Trad. R. Caillois, M. Francès, R. Misrahi, Pléiade.

6.

[...] La raison pratique pour laquelle, une fois le pouvoir échu aux mains du peuple, une majorité reçoit la permission de régner, et continue de la détenir pour une longue période, ce n'est pas parce qu'elle court plus de risque d'avoir raison, ni parce que cela semble plus juste à la minorité, mais parce qu'elle est physiquement plus forte. Or le gouvernement où la majorité décide dans tous les cas ne peut se fonder sur la justice, y compris au sens restreint où l'entend l'humanité. Ne peut-il exister un gouvernement dans lequel les majorités ne décident virtuellement du juste et de l'injuste, mais bien plutôt la conscience ? - dans lequel les majorités ne décident que de ces questions où la règle de l'utilité est opérante ? Le citoyen doit-il un seul instant abandonner sa conscience au législateur ? Pourquoi, alors, chacun aurait-il une conscience ? Je pense que nous devons d'abord être des hommes, des sujets ensuite. Le respect de la loi vient après celui du droit. La seule obligation que j'aie le droit d'adopter, c'est d'agir à tout moment selon ce qui me paraît juste.

Thoreau, *De la désobéissance civile*

7.

§55. La définition de la désobéissance civile

Je voudrais à présent illustrer le contenu des principes de l'obligation et du devoir naturels en esquissant une théorie de la désobéissance civile. Comme je l'ai déjà indiqué, cette théorie est conçue seulement pour le cas particulier d'une société presque juste, bien ordonnée dans sa plus grande partie, mais où néanmoins se produisent un certain nombre de violations graves de la justice. Comme je suppose qu'un Etat où la justice est presque réalisée exige un régime démocratique, la théorie concerne le rôle et la justification d'une autorité démocratique légitimement établie. Elle ne s'applique pas aux autres formes de gouvernement, ni si ce n'est accidentellement, aux autres formes de dissidence ou de résistance. Je n'examinerai pas ces formes de contestation ni l'action et la résistance militantes en tant que tactiques pour transformer ou même renverser un régime injuste et corrompu. Dans un cas pareil, une telle action ne pose pas de problèmes. (...)

Le problème de la désobéissance civile ne se pose, selon moi, que dans le cadre d'un Etat démocratique plus ou moins juste pour des Citoyens qui reconnaissent et admettent la légitimité de la constitution. La difficulté est celle du conflit des devoirs. Quand le devoir d'obéir aux lois

promulguées par une majorité législative (...) cesse-t-il d'être une obligation face au droit de défendre ses libertés et au devoir de lutter contre l'injustice ?

(...)

La désobéissance civile peut, tout d'abord, être définie comme un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement. En agissant ainsi, on s'adresse au sens de la justice de la majorité de la communauté et on déclare que, selon son opinion murement réfléchie, les principes de la coopération sociale entre des êtres libres et égaux ne sont pas actuellement respectés.

(...)

De plus, la désobéissance civile est un acte politique, pas seulement au sens où elle vise la majorité qui a le pouvoir politique, mais parce qu'elle est guidée et justifiée par des principes politiques, c'est-à-dire par les principes de la justice qui gouvernent la constitution et, d'une manière générale, les institutions de la société. Pour justifier la désobéissance civile, on ne fait pas appel aux principes de la moralité personnelle ou à des doctrines religieuses, même s'ils peuvent coïncider avec les revendications et les soutenir ; et il va sans dire que la désobéissance civile ne peut être fondée seulement sur des intérêts de groupe ou sur ceux d'un individu. Au contraire, on recourt à la conception commune de la justice qui sous-tend l'ordre politique. Nous avons fait l'hypothèse que, dans un régime démocratique relativement juste, il y a une conception publique de la justice qui permet aux citoyens de régler leurs affaires politiques et d'interpréter la constitution.

(...)

En outre, la désobéissance civile est un acte public. Non seulement elle fait appel à des principes publics, mais encore elle se manifeste publiquement.

(...)

La désobéissance civile est non violente pour une autre raison. Elle exprime la désobéissance à la loi dans le cadre de la fidélité à la loi, bien qu'elle se situe à sa limite extérieure. La loi est enfreinte, mais la fidélité à la loi est exprimée par la nature publique et non violente de l'acte, par le fait qu'on est prêt à assumer les conséquences légales de sa conduite.

J. Rawls, *Théorie de la justice*, §55.