

Justice et droit

Analyse du texte de Kelsen, *Justice et droit naturel*, 1959 (extrait p.461 du manuel)

Notions : Justice et droit

Repères : en fait / en droit, idéal / réel, légal / légitime.

« Il faut distinguer la notion de justice de celle de 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 il est créé en conformité avec l'exigence de justice. Le droit valable, c'est le droit juste ; un ordre injuste du comportement humain n'a pas de validité, et n'est pas le droit 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. »

Hans Kelsen, *Justice et droit naturel*, 1959.

I – Parcours du texte

Paragraphe 1

Le plus clair dans le premier paragraphe est la définition du droit. Kelsen ne parle ici que du « droit positif », c'est-à-dire d'un « système de normes qui règlent le comportement humain, qui sont créées par des actes humains et qui ont une certaine efficacité ». En gros, ce sont les lois écrites qui nous gouvernent. La justice est alors définie de deux manières.

Premièrement, elle est la norme en fonction de laquelle ce droit s'élabore. Elle « prescrit de quelle manière le droit doit être élaboré quant à son contenu ». Si je juge qu'il est juste de travailler à réduire le poids des inégalités, j'élaborerai un système d'impôts qui favorise cette réduction.

En un second sens, la « justice » est le caractère d'une loi *quand elle satisfait cette norme*. Ainsi on dira que l'impôt proportionnel est injuste, parce que si quelqu'un qui touche 1000 euros par mois doit verser un tiers de son revenu au titre de l'impôt sur le revenu, et si celui qui touche 100000 euros doit lui aussi en verser le tiers, cela creuse les inégalités au lieu de les réduire, puisque le premier devra vivre avec 666 euros, alors que l'autre en aura 66666 : l'impôt représente pour le premier une « complication » de l'existence bien supérieure à ce que l'imputation représente pour le second. On dira donc que la loi est injuste parce qu'elle ne permet pas de satisfaire la norme qui préside à son élaboration.

Paragraphe 2

Kelsen distingue alors deux conceptions du caractère « valable » du droit. L'enjeu est considérable, puisqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure « ses normes doivent être appliquées et conservées ». Derrière, il y a donc la question de la *désobéissance légitime*, de la mise en question active du droit lui-même.

Première idée : un droit est « non valable » quand il n'est pas conforme à « l'exigence de justice ». L'expression est ambiguë. De quelle exigence de justice s'agit-il ? Pas de celle qui a présidé à l'élaboration du droit. Il s'agit du caractère « valable » de la norme de justice elle-même : « la validité de la norme de justice est le fondement de la validité du droit positif ». Il ne s'agit donc pas de la conformité du droit à la norme qui l'inspire, mais de la valeur de cette norme elle-même. Et effectivement, si l'élaboration du droit vise à réaliser une idée de la justice qui pose, par exemple, que les races humaines sont inégales et qu'il est juste de renvoyer chaque race à sa place, les lois qui en découleront seront conformes à la norme, mais ne seront pas considérées comme justes pour autant, parce que cette idée de la justice, qui y préside et à laquelle ces lois sont conformes, ne nous paraît pas « valable ».

La deuxième idée paraît de ce fait peu recevable : c'est l'idée selon laquelle est « valable » tout système de droit conforme à la norme qui préside à son élaboration. En ce sens les lois de l'apartheid risquent d'apparaître « valables », puisque conformes à l'idée de justice qui préside à leur élaboration. On sent bien qu'ici « la validité du droit positif ne dépend pas de la validité de la norme de justice ». Remarquons que Kelsen ne dit pas que ces lois sont « justes ». Il dit qu'elles sont « valables », c'est-à-dire (voir plus haut) que « [ces] normes doivent être appliquées et observées ». Autrement dit, dans cette hypothèse, « un droit positif est valable, même s'il est injuste ». Concession au langage ordinaire, car lorsqu'on dit qu'une loi est juste, c'est souvent en considérant qu'elle satisfait, comme dit plus haut, aux exigences de la justice « tout court », et non d'une conception particulière de la justice.

La dernière phrase est un peu alambiquée. « 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 ». Si je juge « valable » un texte de loi et s'il contredit la norme de justice qui inspire le droit, cela frappe cette norme d'invalidité. Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela ne peut renvoyer qu'à la première hypothèse, puisque dans la deuxième un droit n'est valable que s'il est en accord avec la norme. Si donc un droit est jugé « valable » tout en étant en contradiction avec cette norme, c'est que je me réfère, pour le juger « valable », « directement » à « la » justice, par-delà la conception particulière qui prétend présider à l'élaboration de l'état de droit. En ce sens le *sentiment de l'injustice* devrait inviter à la *reformulation de la norme* et à sa *rectification*, pour la rendre plus conforme aux exigences de la justice « tout court ».

Problèmes

Ce texte n'est pas sans difficultés par lui-même. On ne s'y attardera pas, mais il est bon de les signaler.

A la lecture, on adhère plutôt à la première hypothèse, selon laquelle le caractère « valable » d'un droit positif dépend de la « validité » de la norme qu'il réalise. Mais cette position même n'est pas sans poser bien des problèmes :

- Qui sera juge de la « validité » de la norme ? Qui sera juge (première question) du rapport entre une norme supposée juste (par exemple un idéal d'égalité) et une loi particulière (par exemple une certaine organisation de l'impôt) ? Qui sera juge (deuxième question) de la *valeur* de cet idéal d'égalité lui-même ?

Si la « validité » des lois dépend de la « validité » de l'idée de justice qui préside à son élaboration, quel est le critère ? Cela ne revient-il pas à dire qu'il y a des conceptions « fausses » et des conceptions « valides » de la justice ? Et donc, qu'il y a une *vérité des valeurs*, ou autrement dit des valeurs universelles ? Et quelles sont-elles, et de quel droit prétendrais-je les détenir, à l'inverse de celui qui pense que les siennes sont « valides » ? C'est ce qu'affirme Platon lorsque, dans l'allégorie de la Caverne, il oppose aux feux qui donnent une lumière incertaine dans la (ou les) caverne(s), le soleil, source unique de lumière, qui fait apparaître les choses comme elles « doivent » apparaître. Comprenons bien l'image dans sa portée morale. Si j'étais éclairé par les valeurs « vraies », l'autre m'apparaîtrait tel qu'il est et tel que je dois le voir, c'est-à-dire, par exemple, que *ce que je lui dois* m'apparaîtrait clairement, avec l'impossibilité de le traiter comme on « n'a pas le droit » de traiter un homme.

Mais sommes-nous prêtes à assumer cette idée qu'il y a des vérités morales universelles ? Et quand nous en

accepterions l'idée, pouvons-nous prétendre non seulement qu'il y en a, mais encore que nous les connaissons, faute de quoi nous ne pourrions *juger* la validité de telle ou telle conception de la justice ? Celui qui fait exciser sa fille le fait sans doute par sentiment de devoir. Je pense que cela m'est interdit, non parce que ce ne sont pas des « valeurs », mais parce qu'absolument *on n'a pas le droit* d'imposer cette mutilation à quiconque. Il y en a au moins un des deux qui a tort, et peut-être les deux, mais il est impossible que les deux soient dans le vrai, et il est impossible de *ne pas poser la question de la vérité*. Car l'enjeu est un être, ici la petite fille, ailleurs (voir le nazisme) le sort des Juifs, des tziganes, des communistes et des malades mentaux, et je ne peux tout de même pas dire que j'ai mes valeurs et que je n'introduis donc pas ces discriminations, mais qu'il est tout à fait « normal » que sous d'autres cieux soumis à d'autres valeurs, on enferme, torture et extermine conformément à une autre idée de la justice.

On ne réglera évidemment pas ici cette question de l'universalité des valeurs. Il suffit de dire qu'il ne peut pas ne pas être posé, et qu'il peut l'être à partir de ce texte, parce qu'au fond il n'est pas si facile de trancher entre les deux conceptions « diamétralement opposées » que nous présente Kelsen.

Repères

Quoi qu'il en soit, on peut *en première analyse* associer la distinction de la justice et du droit à certains couples de repères au programme. Le droit positif définit ce qui est *légal*, alors que la question de la *légitimité* serait celle de la *justice*, laquelle peut prendre la forme du *légal*, mais ne se confond pas avec elle. De même la justice serait du côté de *l'idéal*, alors que le droit positif serait du côté du *réel*. On pourrait dire ainsi que le droit est *l'instrument de « réalisation » d'un idéal de justice*. On pourrait dire enfin, même si c'est un peu paradoxal, que la justice énonce ce qui devrait être *en droit*, alors que le droit positif énonce ce à quoi j'ai *effectivement droit*, donc ce à quoi j'ai droit « *en fait* » (réellement). Mais on sent dès ici que le vocabulaire est ambigu.

Idéal / Réel

Le droit positif n'énonce pas ce qui est, mais ce à quoi j'ai droit. En un sens il énonce un idéal. Par exemple la *propriété* est un droit ; mais si on me dépouille au coin de la rue, je conserve tous mes droits sur mon portefeuille, le seul problème est qu'un autre le possède. La propriété est un droit, la possession est un fait. Or ce qui assure la relative adéquation entre *l'idéal* qu'énonce le droit et la *réalité*, c'est *l'institution judiciaire*, c'est-à-dire qu'en un sens, **c'est bien la justice qui est la condition de la « réalisation » du droit.**

On dira que c'est prendre « justice » dans un autre sens, et c'est vrai. Remarquons d'abord qu'il ne faut pas oublier ce sens là, et le distinguer de l'autre. Remarquons ensuite que la justice *comme norme*, la justice *comme idéal*, n'est peut-être rien d'autre que le souci *d'accorder réellement à l'homme ce à quoi il a droit*. Par-delà le droit positif, le souci de justice se comprend bien comme souci de se conformer à un droit qui dépasse peut-être toute décision humaine, et qui confère à tout homme des droits dont aucun homme ne décide, mais dont on décide (ou non) de travailler ce qu'ils soient respectés.

Les *droits de l'homme* sont de ce point de vue situés sur deux terrains à la fois. Ils relèvent en un sens du *droit positif*, puisqu'ils sont proclamés dans des textes qui ont une certaine valeur de *principes d'organisation*, et que même certaines structures juridiques commencent à leur être associés. Mais ils relèvent en même temps d'un autre ordre de réalité. Ils affirment au fond que l'homme a des droits, *qu'on les lui reconnaisse ou non*. Et c'est parce que tout homme a des droits qu'il est urgent de les lui *reconnaître*, et de travailler à mettre la condition humaine en accord avec ce qu'il exige, peut-être de toute éternité.

On voit ici qu'il faut peut-être dire quelque chose de paradoxal. Les droits de l'homme ne sont pas un *idéal*, ils sont une *réalité*. Sinon je ne peux pas *exiger* leur proclamation et leur respect. Ils s'enracinent d'ailleurs, non dans une idée de ce que l'homme doit être, mais de ce que l'homme *est*, et donc de la condition qui *doit* être la sienne.

Prenons un exemple. Kant fonde l'idée de « droits inaliénables » sur une certaine idée de l'homme. L'homme est, d'après lui, un être soumis par nature au *devoir de se perfectionner par soi-même*. Et c'est parce qu'il est soumis à ce devoir qu'il est nécessaire de lui fournir les conditions dans lesquelles il pourra y satisfaire. Il y aurait effectivement contradiction à être soumis à un devoir qu'on ne peut accomplir. L'homme a donc des droits *parce qu'il a* des devoirs. Et ces devoirs ne tiennent pas chez Kant, ou ne sont pas ceux qui tiennent à des conventions humaines, ni même à la nécessité de s'adapter aux conditions d'une vie en commun, mais à la nature même de l'homme. C'est d'ailleurs aux yeux de Kant *parce que l'homme a le devoir de progresser en humanité* qu'il doit vivre en commun. La société est alors un moyen pour l'homme de réaliser son devoir, non la source du devoir. Autrement dit, et abstraction faite des difficultés propres à la pensée de Kant, c'est par réflexion sur ce que l'homme *est* que je tire l'idée qu'il « a » des droits, et que *donc* je dois les reconnaître et les garantir. Cela revient à dire qu'on a des droits même s'ils ne sont ni reconnus, ni proclamés, ni garantis, et cela semble aussi évident que difficile à défendre jusqu'au bout.

Pour le dire autrement, je vous invite à creuser, à partir de ce type de remarques, cette idée peu commune que *ce n'est pas l'idéal qui est la norme du réel, mais bien le réel qui est la norme de l'idéal*. Encore faut-il préciser de quelle réalité il s'agit. Mais il ne s'agit pas d'une réalité « intellectuelle » ou « virtuelle ». L'homme et ses droits sont à tout instant là, devant moi. La réalité de l'homme et l'évidence de ses droits, c'est la présence même, concrète, de l'autre, que je peux refuser de considérer (dé-considération...), mais que je ne peux rejeter dans le registre de l'idéal et de l'imaginaire sans une certaine mauvaise foi. (A lire : l'extrait de Lévinas p.67 du manuel, à partir de cette formule : « la relation au visage est d'emblée éthique ».)

En fait / en droit

Au fond on retrouverait ici la même analyse. Le droit ne dit pas (c'est d'ailleurs clair dans l'opposition) ce qui *est (en fait)*, mais ce qui *devrait être (en droit)*. Si on me dérobe ce qui m'appartient, je continue à y avoir droit, mais « de fait » je ne le possède plus. Et c'est l'institution judiciaire qui veille à ce que, comme on dit, le droit *s'inscrive dans les faits*. Et quand elle n'y veille pas, le droit reste *lettre morte*, comme quand on proclame le droit au logement sans procurer de logement. De même, de façon apparemment plus abstraite, l'exigence de justice (et peut-être la « vertu » de justice est la résolution que les droits (absolus) de l'homme s'inscrivent dans les faits. Les « Justes » (ceux qui ont sauvé des enfants juifs durant la seconde Guerre Mondiale) n'ont souvent le sentiment de n'avoir fait que ce qu'ils « devaient » faire, c'est-à-dire d'être simplement ceux par qui des droits qui s'imposaient évidemment sont devenus réalité. Mais encore une fois, il faudra dire pour finir que *ces droits, ou ce droit qu'on réalise, est lui-même un fait*, (par exemple, ici, toutes les lois votées par Vichy ne suppriment pas ce *fait* que ces enfants devaient être sauvés), pour les mêmes raisons que l'on a dit tout à l'heure que l'idéal se fonde sur le réel.

Légal / légitime

La notion de *légal* ne pose pas de problème, puisqu'elle représente la *conformité au droit positif*.

Il ne faut pas *opposer* le légal au légitime. La légalité est un critère fondamental de légitimité. Le président Sarkozy est légitime parce que légalement élu. Il est vrai qu'on discutera la légitimité du gouvernement de Vichy, désigné de façon tout à fait légale, de même qu'on pourra dire que le

général de Gaulle était légitime, alors même que son autorité n'avait aucun fondement légal. Cela revient à dire qu'il vaut mieux penser les deux notions comme deux ensembles à intersection non vide. Il y a ainsi du légal non légitime, du légitime non légal, du légal légitime, et de l'illégitime illégal. La notion de *légitime défense* ne sert pas à grand-chose, parce qu'au fond elle fixe les conditions du *meurtre légal*, comme le droit du bourreau à exécuter son semblable. Chaque exemple sera problématique, mais peuvent vous servir à préciser ce que vous entendez par légitime, notion bien plus complexe que celle de « légal ». On pourra chercher du côté des différents types de « lois », comme lorsqu'Antigone oppose la loi des dieux à la loi des hommes, et pose une claire hiérarchie entre les deux (ou leur nécessaire conflit, ce qui fait qu'elle accepte de mourir). Les lois auxquelles nous sommes soumis ne sont pas nécessairement compatibles. Mais il reste clair que même soumise à la loi divine, Antigone ne dira jamais que son action est « légale ». On pourra dire de même que les « Justes » obéissaient à ce qui « s'imposait » à eux, et qu'on peut appeler la « loi morale », sentiment intime du devoir. Et faire son devoir même contre les lois peut être considéré comme légitime (accueillir et protéger les sans-papiers par exemple), peut même être considéré comme forme d'obéissance à une loi (la loi morale), et ne sera jamais désigné comme *légal* pour autant, même si les deux mots viennent de *lex*, la loi.