

Revue de droit d'Assas

N° 21 juin 2021

Portrait

Michel Grimaldi

Par Denis Mazeaud

Projet

**La juridiction transitionnelle
en Colombie**

Par Luis-Miguel Gutierrez

Dossier

**Droit naturel et droit positif
dans la philosophie antique**

Par Jérôme Chacornac, Emmanuelle Chevreau,
Raphaël Ehram, Olivier de Frouville,
Éric Martin-Hocquenghem, Marc Pichard,
Raphaëlle Théry

Perspectives

Droit constitutionnel

Par Denis Baranger, Olivier Beaud,
Bruno Dauger, Élisabeth Zoller

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier)

ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédactrices en chef :

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Responsable du développement :

Claire Leveneur

Chargés de la diffusion :

Simon Husser, Grégoire Lemarchand-Ghica

Chargée du financement :

Mélinda Benhaïem

Chargé de la communication :

Raphaël Galvao

Membres du comité de rédaction :

Mélinda Benhaïem, Loïc Burgun,

Thomas Caracache, Florian Carré,

François Chevallier, Guygonne-Bettina Deker,

Flavien Dréno, Thibaut Duchêne,

Rodolphe Eugène, Raphaël Galvao,

Simon Husser, Éloïse Le Hénaff,

Grégoire Lemarchand-Ghica, Philippe Morange,

Hugo Nadjar, Romain Raine, Gabriel Sebban

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien directeur scientifique de la *revue*

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien Président de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 21, juin 2021, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert, rédactrices en chef

Pas de répit pour la *Revue de droit d'Assas*, qui, à peine les bougies de ses dix ans soufflées, entame une nouvelle décennie avec la sortie d'un vingt-et-unième numéro, que certains pourraient qualifier... d'inorthodoxe.

Que le lecteur se rassure, cette qualification ne suggère ni anarchie formelle, ni perte substantielle. Au contraire, en s'inscrivant dans la continuité des précédents numéros tant du point de vue de la forme que de celui de la qualité des contributions qui le composent, le numéro vingt-et-un de la *Revue de droit d'Assas* suscite chez son lecteur une agréable sensation de sécurité que la vie civile peine à lui offrir en ce moment.

Et c'est bien en contraste avec cette vie civile – à l'heure où les rédactrices en chef rédigent ces lignes, le troisième confinement est de rigueur – que la singularité du vingt-et-unième numéro de la *Revue* se révèle. Car de barrières, le présent numéro n'en connaît pas. Ou plutôt, il s'en affranchit.

C'est ainsi qu'en cette période de fermeture des frontières, de renfort des mesures de distanciation sociale et de télétravail – réduisant ainsi les déplacements quotidiens de la majorité de nos lecteurs aux trois mètres séparant leur canapé-lit de leur bureau (selon la configuration classique de l'appartement parisien) –, la *Revue* leur propose de voyager et de renouer par là même avec l'esprit d'ouverture qui les habitait lors de leur « vie d'avant ». Et ce n'est pas *un* voyage qui lui est proposé, mais *deux* : un voyage dans l'espace et un voyage dans le temps. De quoi satisfaire les esprits aventuriers qui se pensaient jusqu'alors perdus...

Le présent numéro propose en premier lieu un voyage dans l'espace. Les frontières tombent ; l'heure est à l'exploration, à la découverte de ce qui se passe ailleurs. Et c'est bien ce à quoi nous invite dès les premières pages le *Portrait* de l'éminent professeur Michel Grimaldi, dont l'ouverture internationale aura marqué la longue et brillante carrière, faisant de lui, selon le mot de son portraitiste Denis Mazeaud, un « juriste sans frontières ».

À cette invitation, le lecteur pourra répondre positivement ; il n'aura ainsi qu'à poursuivre sa lecture jusqu'au *Projet*, qui l'emmènera tout

droit en Amérique latine, plus précisément en Colombie. Ainsi, Luis-Miguel Gutierrez, enseignant-chercheur en droit public à l'Université de Lille, lui présentera les travaux effectués par la Commission « Justice transitionnelle » de l'Association des juristes franco-colombiens qu'il coprécède.

Loin de se contenter d'une telle immersion internationale, le lecteur pourra alors, à loisir, entreprendre le voyage dans le temps que lui propose en second lieu le numéro vingt-et-un de la *Revue*. Celui-ci pourra s'effectuer tant au sein du passé qu'au sein du futur.

Un voyage dans le passé, tout d'abord, en ce que le *Dossier* du présent numéro est consacré à la publication du cycle de conférences « Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique », organisé en 2019 par Madame Raphaëlle Théry et Messieurs Éric Martin-Hocquenghem et Jérôme Chacornac au sein de l'Université Panthéon-Assas. Les conférences ainsi réunies, analysant la pensée des sophistes, de Socrate, de Platon, d'Aristote, des cyniques et des stoïciens, fourniront autant d'occasions de s'initier à la réflexion philosophique, en vue de nourrir sa réflexion juridique. De quoi rappeler au lecteur les vertus de l'ouverture à d'autres disciplines et la prise de hauteur que celle-ci permet, d'autant que les résonances de ce « passé » supposé avec les questionnements juridiques contemporains lui confèrent, en dernier ressort, une grande actualité.

À ce voyage dans le passé fera écho, *in fine*, une exploration du futur. Ainsi, au sein des *Perspectives* dédiées aux évolutions que le droit constitutionnel devrait connaître à l'avenir, des auteurs exploreront les rapports entretenus par le droit et la politique, soulevant notamment la question de la responsabilité de nos dirigeants, renouvelée par la crise sanitaire.

Le lecteur l'aura donc compris, le présent numéro est synonyme d'ouverture : ouverture à d'autres droits, à d'autres disciplines, à d'autres époques. Il ne nous reste donc plus qu'à souhaiter que ce mot, qui le fait tant contraster avec l'époque de la rédaction de ces lignes, le fasse au contraire coïncider avec l'époque de sa parution. En toute hypothèse, – et grâce au travail accompli par l'ensemble des membres de la *Revue de droit d'Assas*, que nous remercions chaleureusement, ainsi qu'au suivi attentif de Cécile Chainais, notre directrice scientifique –, le lecteur trouvera toujours ici le moyen de s'évader.

Alors à tous, bon voyage !

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 1

Portrait

Michel Grimaldi
Il n'est de Doctrine que d'hommes !
Denis Mazeaud

p. 5

Projet

La juridiction transitionnelle colombienne :
étude sur le système original de sanctions
pénales mis en place au sein du Tribunal
spécial pour la paix
Luis-Miguel Gutierrez

p. 7

Le droit positif repose-t-il
sur une convention ?

Raphaëlle Théry

p. 52

Emmanuelle Chevreau

p. 31

Justice, droit naturel et droit positif
chez Aristote

Éric Martin-Hocquenghem

p. 67

La technocratie, nouvelle République
des sages ?

Jérôme Chacornac

p. 88

Raphaël Ehrsam

p. 101

Le cosmopolitisme des Cyniques
et des Stoïciens

Olivier de Frouville

p. 111

Variétés autour du Droit

Du doctorant confiné au doctorant connecté
Simon Husser

p. 15

Perte d'énergie
Raphaël Galvao

p. 18

Assas v Oxford [2021] 21 RDA 19
Grégoire Lemarchand-Ghica

p. 19

Dossier

Droit naturel et droit positif
dans la philosophie antique

Avant-propos
Jérôme Chacornac, Éric Martin-Hocquenghem
et Raphaëlle Théry

p. 22

Les juristes positivistes (ne) sont-ils (que)
des sophistes ?

Marc Pichard

p. 24

Éric Martin-Hocquenghem

p. 31

Perspectives

Droit constitutionnel

Dans quel « État » se trouve
notre constitution ?

Denis Baranger

p. 126

Rétrospectives et perspectives sur la place
du droit comparé dans la jurisprudence
du Conseil Constitutionnel

Élisabeth Zoller

p. 134

La responsabilité politique a-t-elle encore
un avenir ?

Bruno Daugeron

p. 140

Le glissement d'une responsabilité politique
vers une responsabilité pénale des ministres :
regard critique sur un certain
exceptionnalisme français, révélé par le cas
de l'épidémie du coronavirus

Olivier Beaud

p. 151

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Denis BARANGER, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Olivier BEAUD, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Jérôme CHACORNAC, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Emmanuelle CHEVREAU, Professeur
à l'Université Panthéon-Assas

Bruno DAUGERON, Professeur à l'Université
Paris Descartes et Directeur du Centre
Maurice Hauriou

Jeanne de DINECHIN, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Raphaël EHRSAM, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Sorbonne,
Centre Emmanuel Levinas

Olivier de FROUVILLE, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Raphaël GALVAO, Doctorant contractuel
chargé d'une mission d'enseignement
à l'Université Panthéon-Assas

Mathilde GHEERAERT, Doctorante
contractuelle chargée d'une mission
d'enseignement à l'Université
Panthéon-Assas

Luis-Miguel GUTIERREZ, Enseignant-chercheur
à l'Université de Lille et Co-président
de la Commission « Justice transitionnelle »
de l'Association des juristes colombiens

Simon HUSSER, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Grégoire LEMARCHAND-GHICA, Doctorant
contractuel chargé d'une mission
d'enseignement à l'Université
Panthéon-Assas

Éric MARTIN-HOCQUENGHEM, Maître de
conférences à l'Université Panthéon-Assas

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Marc PICHARD, Professeur à l'Université Paris
Nanterre

Raphaëlle THERY, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Élisabeth ZOLLER, Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas

Portrait

Il n'est de Doctrine que d'hommes !

Denis Mazeaud

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

© Université Panthéon-Assas



Il n'est déjà pas simple d'écrire sur un collègue et néanmoins ami, comme le veut la formule souvent utilisée dans l'Université. Mais en ce qui concerne Michel Grimaldi, cela relève, dans une mesure certaine, des coulisses de l'exploit tant les risques de le décrire sont divers et variés...

C'est d'abord son éclectisme qu'il convient d'appréhender. En effet, Michel Grimaldi n'est pas, avant toute chose, un juriste comme les autres, puisqu'outre ses divers diplômes juridiques obtenus à l'Université Panthéon-Assas, il peut se prévaloir d'une licence ès-Lettres délivrée par l'Université Paris-Sorbonne. Il faut préciser qu'avant le Professeur, l'étudiant était particulièrement brillant puisque ces Universités lui ont toujours accordé une mention : Assez-Bien pour commencer, Bien pour continuer, Très-Bien pour finir. Excusez du peu !!!

« Juriste sans frontières », tel est, ensuite, un trait de caractère qui correspond parfaitement à Michel Grimaldi. Les frontières qu'il a franchies lors de sa carrière sont diverses et variées. Ce statut de grand voyageur du Droit, il l'a acquis notamment en sa qualité de Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française qui l'a conduit à organiser et à participer à de très nombreux congrès internationaux, non seulement en Europe, mais aussi en Afrique, en Amérique du Sud et en Asie. Ce même statut lui a valu une carrière universitaire internationale puisqu'il a été Professeur invité à Bogota, Fribourg, Keio, Osaka, Padoue, et a été nommé Docteur *honoris causa* des Universités de Bucarest, Liège, Louvain-la-Neuve et Mendoza, entre autres... On rappellera aussi, à ce sujet, qu'en dépit de fortes et virulentes critiques émises par certains de ses collègues et compatriotes, et qu'en raison de son aversion pour la politique de la chaise vide, il a fait en sorte que l'Association Henri Capitant contribue à l'harmonisation européenne du droit des contrats.

Autre trait caractéristique de Michel Grimaldi, l'influence considérable, et assez exceptionnelle en doctrine, qu'il a exercée sur une branche de la pratique professionnelle, à savoir le Notariat. Pour des générations de notaires, pour certains formés dans le diplôme qu'il a dirigé pendant de nombreuses années, ses ouvrages de *Droit patrimonial de la famille*¹ et de *Droit des successions*² ont constitué et représentent encore une véritable bible juridique. Au-delà du Notariat, son influence s'est encore fait sentir sur sa propre profession tant sont nombreux ceux de ses collègues actuels, dont celui qui tient la plume, qui ont embrassé la carrière universitaire parce qu'il les avait convaincus, en assistant aux

1. M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, six éditions entre 1997 et 2017.

2. M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, huit éditions entre 1989 et 2020.

cours qu'il assurait, que professeur d'université était bien, comme il l'a d'ailleurs soutenu dans un article publié dans les *Mélanges* dédiés à un collègue québécois, « Le plus beau métier du monde... »³.

« Le style, c'est l'homme », « Dis-moi, comment tu parles, je te dirai qui tu es », a-t-il été écrit par des spécialistes de l'art oratoire. Il est indiscutable que Michel Grimaldi est, par ailleurs, un artiste du verbe. Pour preuve, un jour que mon épouse, qui n'est pas très indulgente et encore moins flatteuse, avait assisté à un discours qu'il m'avait consacré lors d'une réunion de l'Association Capitant, celle-là dit en guise d'appréciation : « Bien fort heureusement, il a opportunément oublié d'évoquer tes défauts multiples et variés et t'a fait beaucoup trop de compliments, ce qui prouve qu'en fait il te connaît mal, mais je dois reconnaître que c'est vraiment un orateur d'exception avec une voix superbe et un style extraordinaire. Tout était dit avec tellement d'élégance et son ton est si beau, qu'il m'a presque convaincue que tu n'étais pas si critiquable que tu le mérites ! ».

Enfin, dernier trait caractéristique, du moins le dernier qui sera évoqué dans ce petit texte, son originalité. Je me souviens encore que lors de la première réunion qu'il avait organisée pour les candidats au Concours d'agrégation dont il avait été nommé Président du jury, il avait annoncé que pour les diverses leçons à présenter, l'utilisation des classiques plans en deux parties et sous-parties ne serait pas déterminante en vue de l'appréciation du jury et, donc, de la note obtenue. À ses dires, j'ai cru que les quelques collègues qui étaient présents dans le public allaient s'étrangler de rage. Ce qui le fit sourire encore et encore...

3. M. Grimaldi, « Le plus beau métier du monde... », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, éd. Yvon Blais, 2012, p. 1161.

Projet

La juridiction transitionnelle en Colombie : étude sur le système original de sanctions pénales mis en place au sein du Tribunal spécial pour la paix

Luis-Miguel Gutierrez

Enseignant-chercheur à l'Université de Lille

Co-président de la Commission « Justice transitionnelle »
de l'Association des juristes colombiens

Entretien entre **Mariana MESA TOBON**, étudiante du Master 2 Justice et droit du procès, pour la *Revue de droit d'Assas*, et **Luis-Miguel GUTIÉRREZ**, enseignant-chercheur en droit public à l'Université de Lille et co-président de la Commission « Justice transitionnelle » de l'Association des juristes franco-colombiens.

La commission est l'auteur d'une recherche collective à paraître sur la justice transitionnelle colombienne et singulièrement sur le régime spécifique de sanctions pénales émises par le Tribunal spécial pour la paix.

L'entretien a été recueilli en marge de la conférence organisée par **Cécile CHAINAIS** et **Manuel Bosque** au Centre de Recherche sur la Justice (CRJ) de l'Université Paris II, le 17 février 2021.

RDA – L'Association des juristes franco-colombiens s'est dotée d'une commission relative à la justice transitionnelle, que vous co-présidez. Afin d'éclairer nos lecteurs, pourriez-vous nous rappeler, à titre liminaire, ce que l'on peut entendre sous le concept de justice transitionnelle ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – La justice transitionnelle s'intéresse fondamentalement aux différents processus mis en place pour faire face aux graves violations des droits de l'Homme et aux infractions commises dans des contextes de dictature ou à l'occasion de conflits armés. Elle résulte d'un effort de théorisation des diverses expériences de démocratisation et de pacification ayant eu lieu en Amérique latine et en Europe de l'Est à partir des années 1980 et 1990. Il convient de noter que, malgré son apparition récente, elle fait toujours l'objet d'importantes évolutions ; certains proposent par exemple d'élargir son champ d'application à d'autres contextes qui vont du phénomène du terrorisme international, aux anciens processus de décolonisation, en passant par les conflits sociaux internes.

De manière générale, la notion de justice transitionnelle concerne aujourd'hui toutes les sociétés anéanties par des années de violence, qui ont décidé d'aborder les crimes du passé à partir d'un éventail de mécanismes spécifiques, différents des mécanismes de la justice ordinaire, notamment les

Commissions vérité et réconciliation, les Commissions d'enquête, les tribunaux pénaux *ad hoc* (internationaux, internationalisés ou nationaux), les programmes de réforme institutionnelle, les processus de réparations des victimes, les Centres de mémoire historique, d'archives et musées, etc.

Bien qu'il n'existe aucune définition unanimement acceptée de la justice transitionnelle, je propose de la définir de manière assez large, pour y inclure toute la diversité de ses représentations, comme « un régime juridique et un ensemble des processus dérogatoires mis en place lors de contextes particuliers pour faire face à certaines infractions commises dans une période déterminée antérieure, à partir de la promulgation des normes *ad hoc* qui sont appliquées à ces infractions de manière rétroactive » (*Justice transitionnelle et constitution*, Institut Universitaire Varenne, Lextenso/LGDJ, coll. des thèses, n° 171, Paris, 2018, p. 21).

RDA – Dans quel contexte se développe la justice transitionnelle dite « restaurative » ou « restauratrice » en Colombie ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – La Colombie donne à voir l'une des expériences de justice transitionnelle des plus ambitieuses mais aussi des plus complexes qui existent.

En effet, ce pays d'Amérique du sud connaît, depuis plus de cinquante ans, l'un des plus anciens conflits armés de la planète. Il s'agit, pour faire simple, d'une guerre qui a opposé plusieurs groupes de guérillas (dont les plus connus sont les anciennes FARC-EP – aujourd'hui démobilisées – et l'ELN qui est toujours en activité) aux Forces Armées régulières ainsi qu'aux groupes paramilitaires (dénommés jadis « Autodéfenses Unies de Colombie » (AUC), et désormais « Bandes criminelles » – BACRIM). Cette guerre a profondément affecté l'ensemble de la société colombienne.

Durant ce conflit, divers gouvernements ont entamé des négociations de paix, plus ou moins réussies, avec certains acteurs belligérants. En particulier, sous la première présidence d'Alvaro Uribe (2002-2006), un processus de démobilisation d'environ 32 000 combattants des AUC (le chiffre exact fait l'objet de controverses) fut mis en place. C'est précisément à ce moment-là que le discours de la *justice transitionnelle* émerge en Colombie afin de justifier les réponses politiques et juridiques envisagées pour traiter les crimes d'une extrême gravité commis par ces groupes paramilitaires. Concrètement, la loi 975 de 2005 instaure une procédure pénale spéciale dite de « justice et paix » qui permet aux anciens combattants de bénéficier d'une peine de prison allant de 5 à 8 ans au maximum, à condition de révéler toute la vérité sur les infractions commises et de contribuer à la réparation des victimes.

Il s'agit de toute évidence des peines considérablement réduites par rapport à celles qui existent dans la justice ordinaire. Par exemple, un meurtre ou assassinat est puni de 13 à 25 ans de réclusion criminelle (art. 103 du Code pénal); le maximum légal de la durée de la peine en cas de concours d'infractions était de 60 ans au moment des négociations de paix en Colombie (art. 31 du Code pénal, modifié par l'article 1^{er} de la Loi 890 de 2004).

Des années plus tard, entre 2012 et 2016, un long et difficile processus de négociation de paix a été mené, avec l'aide de la communauté internationale, entre le gouvernement du Président Juan Manuel Santos et l'ancienne guérilla des FARC-EP. Durant ces négociations, le point le plus sensible a été celui relatif à la justice transitionnelle. Il ne faut jamais oublier que dans ce type de négociation, les acteurs belligérants cherchent à protéger leurs intérêts et en particulier à limiter leur responsabilité pour les crimes commis. Pour autant, les accords de paix doivent aussi respecter les standards juridiques relatifs aux droits des victimes et aux obligations internationales des États, notamment concernant la poursuite et sanction des graves violations des droits de l'Homme et des crimes de droit international (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre). La Colombie a ratifié la compétence de la Cour pénale internationale et est soumise à la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. La jurisprudence de cette dernière a banni toute possibilité de promulguer une loi d'amnistie par rapport aux graves infractions commises à l'occasion du conflit armé interne.

En Colombie, un équilibre semble avoir été trouvé par l'Accord de paix signé le 26 septembre 2016 (puis modifié le 24 novembre 2016 après le référendum du 2 octobre 2016), qui met en place un *Système intégral de vérité, justice, réparation et non-répétition* dont les piliers institutionnels sont la Commission pour l'éclaircissement de la vérité, le vivre ensemble et la non-répétition, l'Unité de recherche des personnes disparues et la Juridiction spéciale pour la paix. Tous ces mécanismes éta-

blissent un modèle de justice transitionnelle restauratrice unique au monde et très ambitieux, centré à la fois sur les responsables des crimes et leurs victimes, afin de reconstruire un tissu social colombien déchiré par la violence du conflit armé.

RDA – Quel est, en particulier, le rôle spécifique joué par le tribunal spécial pour la paix (« *jurisdicción especial para la paz* », ou JEP) ? Comment ces sanctions sont-elles organisées ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – La « JEP » (acronyme en espagnol de la Juridiction spéciale pour la paix) constitue le volet pénal judiciaire du *Système intégral de vérité, justice, réparation et non-répétition*. La JEP est composée par un Tribunal pour la paix et par des Chambres de justice qui doivent enquêter, juger et sanctionner les plus hauts responsables des crimes les plus graves et représentatifs commis dans le cadre du conflit armé par les anciens membres des FARC-EP mais aussi par les membres des Forces armées de la Colombie. En outre, la JEP dispose d'une compétence personnelle en ce qui concerne les autres agents étatiques et des civils responsables des crimes qui se soumettent à sa juridiction de manière volontaire.

Deux types de procédure peuvent être alternativement mises en place au sein de la JEP.

Une première procédure s'applique aux individus qui acceptent de révéler toute la vérité et reconnaissent leur responsabilité pour les crimes commis. Ils pourront être bénéficiaires d'une sanction dite « propre » (*sanciones propias*) consistant en une peine de restriction effective de leur liberté (en particulier la liberté de circulation et d'établissement) de 5 à 8 ans au maximum, dans des conditions spéciales impliquant l'exécution de travaux d'intérêt général et d'actes de réparation des préjudices causés.

Une seconde procédure s'appliquera à ceux qui ne révèlent pas la vérité et qui ne reconnaissent pas leur responsabilité ou le font tardivement devant la JEP. Ceux-là devront affronter un procès judiciaire accusatoire et contradictoire (« *adversarial* » en anglais). S'ils acceptent leur responsabilité dans le déroulement de l'instance, ils pourront être bénéficiaires d'une sanction dite « alternative » (*sanciones alternativas*) consistant en une peine de privation de liberté (en milieu carcéral) allant de 5 à 8 ans au maximum ; la peine est dite « alternative » en ce sens qu'elle est autre que la peine qui serait encourue dans le cadre de la justice ordinaire, à savoir 60 ans maximum de réclusion criminelle en cas de concours d'infractions. En revanche, s'ils n'acceptent pas leur responsabilité mais qu'elle est démontrée à l'issue du procès, ils peuvent être condamnés à des peines allant de 15 à 20 ans de prison (*sanciones ordinarias*).

La JEP dispose donc d'un régime très original de sanctions pénales qui met à l'épreuve toutes nos conceptions (et nos préjugés !) sur ce qu'est (ou ce que peut être) la justice en période de pacification.

RDA – Dans ce cadre, vous venez d'achever une vaste recherche portant sur le régime des sanctions pénales émises par ce tribunal. Comment est née l'idée de ce vaste projet original ? Quel(s) objectif (s) lui avez-vous assigné(s) ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – Cette recherche (qui fera d'ailleurs l'objet d'une publication en espagnol au printemps) est le fruit d'un projet original mené pendant presque deux ans au sein de l'Association des juristes franco-colombiens. La mission de cette Association, qui réunit environ 250 juristes est, selon les mots de notre Président Manuel Bosqué, « de favoriser les relations juridiques entre la France et la Colombie, en permettant à ses membres de se retrouver, de faire connaissance, de rester en contact, d'échanger et de participer à des rencontres qui pourront avoir un but strictement amical, culturel et convivial, et/ou un but plus académique ou institutionnel ». C'est dans cet esprit que onze de nos juristes se sont focalisés sur le fonctionnement du système des sanctions de la justice transitionnelle restauratrice en Colombie. Il m'est agréable de les citer ici, pour leur rendre la reconnaissance que mérite leur engagement : Mónica AVELLA, Laetitia BRACONNIER, Felipe CALDERON, Silvia COTE, Efraín FANDIÑO, Antonio LAGUADO, Natalia RODRIGUEZ, Alejandro RODRIGUEZ, Elsa ROMERO, Alma OCHOA et Margaux STUDER.

Vous m'interrogez sur l'origine d'un tel projet, je dois vous avouer qu'il est né à la fois de la curiosité intellectuelle et d'une préoccupation partagée par les membres de notre Association quant à la mise en place des accords de paix en Colombie.

Curiosité intellectuelle d'abord, car le sujet a été évoqué dans un Colloque organisé par l'Université nationale de Colombie le 12 mars 2019, auquel ont assisté deux membres de notre Association. À cette occasion, le Magistrat de la JEP, Roberto Carlos Vidal a lancé un appel général à la société civile pour réfléchir ensemble aux multiples défis que rencontre la JEP dans son travail. L'un des aspects des plus problématiques réside sans doute dans les trois types de sanctions que la JEP est autorisée à imposer aux responsables des crimes de droit international et, au premier chef, les peines qui n'impliquent aucune privation de liberté en milieu carcéral. Il semble en effet extrêmement difficile de comprendre la possibilité que les plus hauts responsables des crimes extrêmement graves (crimes de guerre et crimes contre l'humanité) ne soient pas envoyés en prison pendant de longues années, après tout le mal qu'ils ont fait au pays.

Préoccupation partagée par les membres de l'Association, ensuite, car la Colombie traverse un moment historique unique pour faire face au passé, pacifier les rapports sociaux et préparer un avenir meilleur pour les générations futures. Cet avenir dépend en grande partie de l'application correcte des accords de paix mais aussi du respect des droits des victimes du conflit armé.

Nous avons échangé en interne sur nos capacités et nos disponibilités pour nous investir dans un sujet si complexe compte tenu du fait que le temps consacré à l'Association est accessoire de nos obligations professionnelles et personnelles habituelles. Notre volonté de pouvoir contribuer à ce débat nous a poussés presque naturellement à travailler sur ce projet avec détermination mais aussi avec beaucoup de modestie au regard de notre rôle et notre formation en tant que juristes.

Nous nous sommes ensuite réunis à deux reprises avec le Magistrat Roberto Carlos Vidal pour savoir plus précisément quels étaient les principaux doutes et interrogations de la JEP en la matière. À partir de ces discussions, nous avons décidé, au sein de l'Association, d'essayer de répondre de manière tout à fait libre et autonome aux questions suivantes : Comment le système de sanctions de la JEP peut-il répondre et matérialiser une logique de justice transitionnelle restauratrice en Colombie ? Est-il possible de concevoir et d'appliquer des sanctions autres que des peines de prison, ou une réduction considérable des peines, pour des crimes extrêmement graves dans des contextes de transition ou de post-conflit ? Ce type de sanction doit-il être interprété comme une manifestation de l'impunité face aux droits des victimes ? Existe-t-il d'autres expériences de justice transitionnelle restauratrice dans le monde qui mettent en œuvre ce type de sanctions ? Le système de sanctions de la JEP est-il compatible avec les obligations et les normes internationales qui incombent à l'État colombien ?

Pour la première fois, à notre connaissance, une recherche s'intéresse ainsi aux sanctions de la justice transitionnelle restauratrice sous trois angles complémentaires : le droit colombien, le droit comparé et le droit international.

RDA – Quelles ont été les différentes méthodes mises en œuvre pour mener à bien cette recherche ? Vous êtes-vous inspirés d'autres expériences de justice transitionnelle dans le monde ? Ou s'agit-il avant tout d'un projet original, tenant compte des spécificités de la justice transitionnelle colombienne ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – Sur le plan méthodologique, nous nous sommes mis facilement d'accord. En effet, les membres de notre Association partagent une double culture juridique – ayant étudié le droit à la fois en France et en Colombie – et une formation commune à la recherche. Nous avons donc structuré notre recherche autour de quatre grandes parties qui visent à analyser le sujet d'un point de vue à la fois conceptuel, contextuel, comparé et international.

Sur le plan conceptuel, la première partie de notre recherche collective effectue une analyse théorique des modèles de justice restauratrice et de justice transitionnelle ainsi que de leur processus d'hybridation en contexte de post-conflit. Cette étude s'appuie sur une critique de l'inefficacité de la nature rétributive de la justice pénale ordinaire, conduisant à la recherche d'un système qui pourrait satisfaire les droits des victimes de manière plus effective.

En ce qui concerne le contexte, la deuxième partie produit une étude de droit positif des normes constitutionnelles et législatives portant sur la justice transitionnelle en Colombie. Cette partie a pour objectif de montrer l'originalité du système de sanctions de la JEP dans l'ordre juridique interne.

La troisième partie de la recherche, la plus longue, réalise une étude de droit comparé à partir des expériences de justice transitionnelle restauratrice connues dans d'autres pays, et cela sans aucune ambition d'exhaustivité. En effet, le choix de ces pays a été opéré sur la base d'une liste établie par la Cour constitutionnelle de Colombie dans ses décisions de contrôle des normes relatives à l'accord de paix. Neuf expériences ont ainsi été sélectionnées : l'Afrique du Sud, le Rwanda, l'Irlande du Nord, la Sierra Leone, le Burundi, l'Ouganda, le Timor oriental, la République démocratique du Congo et l'Indonésie. À des fins comparatistes, tous les cas ont été saisis suivant une même méthodologie, qui consiste en trois aspects fondamentaux : d'abord, une description du contexte dans lequel le système de justice transitionnelle du pays s'est inscrit ; ensuite, l'identification et le fonctionnement des mécanismes de justice transitionnelle mis en œuvre par chacun des États, et enfin, comme point culminant, une analyse dans laquelle chaque auteur indique les leçons qui pourraient être utiles dans le cadre de la justice transitionnelle colombienne.

Un grand nombre de réflexions ont émergé. Nous avons pu mieux mettre en lumière comment l'administration de la justice, dans des contextes de transition, peut avoir une fonction thérapeutique lorsque les procès cherchent une certaine harmonisation entre les parties et la communauté. Nous avons pu également montrer pourquoi la réinsertion sociale des personnes condamnées pour des crimes graves est fondamentale et devrait être une priorité du processus de justice transitionnelle restauratrice, mais aussi quelle est la nécessité d'approches différenciées des sanctions, ou encore comprendre pourquoi il est nécessaire de permettre la participation politique des ex-combattants pendant leur intervention dans le processus judiciaire et pourquoi la justice transitionnelle restauratrice vise à guérir les blessures profondes qui affectent les sociétés en période de post-conflit.

D'un point de vue international, la quatrième et dernière partie effectue une analyse de la compatibilité du système de sanctions du Tribunal spécial pour la paix (JEP) avec certains standards normatifs internationaux. L'objectif étant principalement d'identifier les normes du système interaméricain des droits de l'Homme et du droit pénal international que la JEP devra prendre en compte à l'heure de prononcer ses condamnations et qui détermineront *in fine* la conventionnalité de ces décisions.

RDA – Quelles ont été les différentes difficultés rencontrées lors de la recherche ?

On imagine bien que dans le contexte colombien, le sujet est sensible, et charrie des enjeux juridiques, sociaux, voire politiques éminemment complexes...

Luis Miguel GUTIÉRREZ – Toute recherche académique est confrontée aux incertitudes de l'inconnu mais aussi à la remise en cause systématique de ce que l'on croit connaître. Dans le cadre de notre projet, nous nous sommes rapidement rendu compte qu'il existait plus de questions que des réponses car la typologie des sanctions dans la justice transitionnelle constitue une véritable nouveauté pour le droit. Nous avons aussi constaté que même lors que des réponses sont proposées, elles ne sont pas toujours satisfaisantes.

Il me semble que le premier grand défi auquel nous avons été confrontés a été celui d'ouvrir notre esprit à des nouveaux horizons et d'être conscients des préjugés et des *a priori* qui gouvernent notre pensée et qui sont dus en partie à la formation que l'on reçoit dans les Facultés de droit en matière de justice et surtout de justice pénale. En Occident, la prison est depuis des siècles la réponse privilégiée (et souvent unique !) que la société réserve aux responsables des infractions avec les résultats médiocres voire désastreux que l'on connaît – absence de resocialisation des criminels, manque d'accompagnement des victimes dans leur reconstruction sociale, des déficiences graves en termes de prévention de la récidive, entre autres. Nous avons donc dû repenser les théories classiques de la peine pour les confronter aux contextes de pacification ou de démocratisation de la justice transitionnelle.

Il faut noter que, de manière générale, la justice transitionnelle interroge les bases théoriques du droit « ordinaire », c'est-à-dire du droit non transitionnel, précisément par le fait qu'elle vient y déroger, s'y substituer lorsqu'à un moment donné une société considère que ce droit ordinaire n'est plus apte à répondre aux crimes commis par le passé. Il est évident que ce sujet suscite de fortes critiques, incertitudes et frustrations dans des sociétés en transition, qui sont par nature profondément divisées voire polarisées.

Le défi majeur, pour nous les juristes, dans ces contextes difficiles, me semble être de tenter de réfléchir, avec beaucoup de modestie, à la cohérence normative des systèmes de justice transitionnelle et à leur compatibilité avec certaines limites juridiques qui sont en train de se consolider, non sans entraves, en droit comparé et en droit international. Cela nécessite aussi une grande honnêteté intellectuelle pour ne pas tomber dans l'instrumentalisation des discours de la justice transitionnelle lorsque ceux-ci obéissent en réalité à des fins politiques voire électorales.

Il existe en Théorie du droit une distinction que l'on utilise souvent entre les « cas faciles » (caractérisés par l'application presque automatique des règles à une espèce) et les « cas difficiles » (dans lesquels il y a des doutes sur la règle applicable au litige). Je considère que la justice transitionnelle appartient plutôt à une troisième catégorie proposée par le Professeur espagnol Manuel Atienza : les « cas tragiques », c'est-à-dire « *une situation dans laquelle l'ordre juridique ne permet d'atteindre aucune solution correcte* ». Mais l'on peut malgré tout essayer de s'en approcher le plus possible ou en tout cas de ne pas trop s'en éloigner !

RDA – De manière plus générale, les pressions externes et les critiques auxquelles le tribunal spécial pour la paix doit régulièrement faire face peuvent-elles avoir une influence sur ce système original de sanctions ? Iriez-vous jusqu'à y voir une ingérence dans l'autonomie et l'indépendance du tribunal spécial pour la paix ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – Le système de sanctions de la JEP n'existe pas seulement dans les accords de paix négociés entre le gouvernement colombien et l'ancienne guérilla des FARC-EP. En effet, la Loi constitutionnelle 01 de 2017 a opéré une constitutionnalisation du *Système intégral de vérité, justice, réparation et non-répétition* dont le régime de sanctions constitue la conséquence pénale des crimes commis. Ce régime a été par la suite confirmé par la Loi 1957 du 6 juin de 2019.

En d'autres termes, les trois types de sanctions ainsi que les conditions qui régulent leur application font partie du droit positif et, par conséquent, la JEP, en tant qu'organe juridictionnel, doit les appliquer (ce n'est pas facultatif !). Il faut sans doute protéger le fonctionnement de la justice des polémiques politiques voire politiciennes inutiles et garantir l'exercice libre, autonome et indépendant des compétences de la JEP. Sa fonction juridictionnelle est en effet protégée par le principe de séparation des pouvoirs à valeur constitutionnelle en Colombie.

Cela n'empêche pourtant pas que la JEP soit attentive aux critiques légitimes qui peuvent lui être adressées, notamment par les victimes du conflit armé. De manière générale, mais particulièrement en contexte de justice transitionnelle, les juges ne doivent pas se placer dans une « tour d'ivoire » et se montrer totalement déconnectés de la réalité sociale qu'ils sont susceptibles de modeler (directement ou indirectement) par leurs décisions. La mission de la JEP dépasse largement celle d'un tribunal de justice ordinaire car le JEP doit aussi contribuer à la fois à la pacification du pays et à la satisfaction des droits des victimes.

La JEP devra donc être très courageuse pour prendre des décisions difficiles par rapport au conflit armé interne (et elle a déjà commencé à le faire !). Mais elle doit aussi être capable de les expliquer avec transparence tant aux victimes qu'aux responsables des crimes et à la société en général dans une démarche pédagogique constructive.

RDA – Quel premier bilan tirez-vous des sanctions déjà prononcées par le tribunal spécial pour la paix ? Vous paraissent-elles conformes à l'esprit de la négociation signée entre l'ancienne guérilla FARC-EP et le gouvernement colombien ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – La JEP a été effectivement mise en place le 15 mars 2018, même si dans la pratique, la Loi 1957 portant sur son organisation et son fonctionnement n'a été promulguée que le 6 juin 2019, après une forte opposition politique du gouvernement actuel du Président Ivan Duque. Jusqu'à aujourd'hui (28 février 2021), la JEP a prononcé 38 777 ordonnances et a tenu 124 audiences dans le cadre de sept « macro-affaires » ouvertes et qui sont en cours de jugement. Environ 12 738 personnes font l'objet d'un procès devant la JEP mais pour l'instant il n'y a encore aucune sanction prononcée par le Tribunal pour la paix.

En revanche, la macro-affaire n° 1 semble être la plus avancée et a donné lieu, le 28 janvier 2021, au premier acte d'accusation contre huit anciens chefs des FARC-EP pour plus de 21 000 enlèvements commis avant la signature de l'Accord de paix en 2016. Ces accusations sont d'une importance considérable en raison des qualifications pénales retenues, car ces actes ont été qualifiés comme crimes de guerre et crimes contre l'humanité. L'acte d'accusation s'efforce de construire un récit détaillé et contextualisé de 322 pages sur les enlèvements commis par les FARC-EP dans le cadre d'une politique nationale de caractère structurel.

Les accusés disposent de 30 jours ouvrables pour se prononcer sur ces accusations. De leur décision d'accepter ou non les actes incriminés dépendront donc la suite du procès et le type de sanction auquel ils pourront prétendre devant la JEP. Les premières décisions relatives aux sanctions pénales de la justice transitionnelle en Colombie sont donc très attendues et seront probablement prononcées par la JEP courant 2021.

RDA – Comment envisagez-vous l'avenir de ce système des sanctions au sein du tribunal spécial pour la paix ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – Il est un peu trop tôt pour le savoir et la prudence nous invite à attendre au moins les premières décisions rendues en la matière. Il convient de noter que le système de sanctions a été strictement contrôlé à deux reprises par la Cour constitutionnelle de Colombie. Tout d'abord, dans sa décision C-674 du 17 novembre de 2017 en ce qui concerne la Loi constitutionnelle 01 de 2017, qui incorpore dans la Constitution le *Système intégral de vérité, justice, réparation et non-répétition*. Ensuite, dans sa décision C-008 du 15 août 2018 qui effectue un contrôle automatique, *a priori* et obligatoire de la Loi 1957 du 6 juin de 2019 portant sur le fonctionnement de la JEP. Dans ces deux décisions, la Cour constitutionnelle valide l'existence de cette typologie des sanctions en soulignant leur nature mixte à la fois restauratrice et rétributive. La Cour considère en effet que ce système, tel qu'il est prévu, est compatible avec les droits des victimes et répond aux besoins généraux du processus de pacification en Colombie. Par conséquent, le régime des sanctions dispose d'un brevet de constitutionnalité qui lui accorde une forte sécurité juridique.

Mais il faudra attendre la concrétisation de ce système dans des cas précis pour pouvoir, ensuite, se prononcer sur son efficacité dans la pratique. Le plus gros avantage du système de sanctions réside sans doute dans la redirection des discussions et débats juridiques du cadre normatif général (qui n'est plus en question) vers son application concrète aux cas particuliers. Cela réduit considérablement le risque de l'État colombien de se voir un jour condamné par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme de manière générale pour le régime des sanctions adopté au niveau interne. Il faut remarquer que cette Cour n'a pas hésité à déclarer l'inconventionnalité totale de certaines mesures de justice transitionnelle (en particulier, les lois d'amnistie et d'auto-amnistie) promulguées dans la plupart des États latino-américains en période de post-dictature et post-conflit.

La situation de la Colombie est bien différente car la jurisprudence du système interaméricain des droits de l'Homme a été largement prise en compte dans le processus de négociation, mais aussi par la Cour constitutionnelle dans son contrôle de constitutionnalité. Pourtant, le contrôle de conventionnalité *in concreto*, tant interne qu'international, reste toujours une possibilité pour les victimes si jamais leurs droits ne sont pas garantis par la JEP.

RDA – Quels sont les défis qu'elle aura à surmonter à l'avenir ? Entrevoyez-vous des perspectives d'amélioration et de progrès pour permettre la consolidation de ce système original de justice restauratrice ?

Luis-Miguel GUTIÉRREZ – Dans notre étude, nous avons identifié certains défis auxquels la JEP peut être confrontée au moment de prononcer ses sanctions. Par exemple, la JEP ne dispose pas de pouvoirs propres en termes de réparation des victimes mais les sanctions restauratrices peuvent sans doute jouer un rôle important dans la reconstruction du tissu social dans les territoires entre les responsables des crimes et leurs victimes. La JEP dispose en revanche d'outils méthodologiques très importants pour accorder une participation pleine aux victimes dans toutes les étapes de la procédure judiciaire et peut envisager des approches différencielles en matière de peuples autochtones et de genre.

Il faudra cependant que la JEP fasse très attention à la sincérité du processus et à la collaboration effective des accusés en termes de vérité complète et reconnaissance des responsabilités. Il convient d'éviter les effets de mécanisation, d'instrumentalisation ou de banalisation de la procédure en vue de la simple obtention des bénéfices de la justice transitionnelle. La capacité de la JEP à faire respecter la logique restauratrice du régime des sanctions et à garantir un haut niveau de protection des droits des victimes seront des marqueurs déterminants pour la sécurité juridique du processus au regard de la surveillance internationale exercée par la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme et par la Cour pénale internationale.

La JEP doit aussi réfléchir à l'articulation de son travail avec les autres mécanismes de justice transitionnelle existant notamment la Commission vérité et l'Unité de recherche des personnes disparues. La forte fragmentation du processus de justice transitionnelle en Colombie peut donner lieu à des incohérences ou à un dédoublement du travail de ces institutions.

Voilà quelques défis que nous avons identifiés et approfondis dans notre recherche collective que nous vous invitons bien évidemment à lire et à commenter. Nous espérons ainsi pouvoir contribuer aux débats complexes de la justice transitionnelle qui viennent seulement de commencer concernant le système de sanctions de la JEP et qui s'annoncent passionnants.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

Du doctorant confiné au doctorant connecté

Simon Husser

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Panthéon-Assas

L'université, comme chacun sait, s'est vue imposer de multiples mutations par la pandémie de *Covid-19*. Si le passage forcé de l'enseignement « *en présentiel* » à l'enseignement « *en distanciel* » a fait couler beaucoup d'encre, une autre mutation, moins visible, ayant trait à la recherche universitaire, mérite d'être mise en lumière : la mutation du doctorant *confiné* en doctorant *connecté*.

Le doctorant confiné, confronté à la fermeture des centres de recherche ou des bibliothèques, fut en effet contraint de réinventer sa façon d'appréhender la recherche. À cette occasion, il vit sortir de l'ombre une figure, dont il ne soupçonnait pas nécessairement l'existence, celle du doctorant connecté.

Cet être particulier attendait en effet son heure, incertain de la réaction que l'étalage de ses méthodes susciterait parmi ces pairs. Car, il faut l'admettre, le syntagme « *doctorant connecté* » relève *a priori* de l'oxymore, le doctorant en droit étant, par définition, le produit d'une institution vénérable – l'université –, génératrice de mœurs bien particulières auxquelles il est naturel de vouloir se conformer. L'adhésion du jeune chercheur à certaines formules, notam-

ment : « *le confort papier est préférable pour la lecture* » ; ou encore : « *la prise de note à la main est la meilleure façon d'apprendre* » est ainsi gage d'une bonne intégration. À l'inverse, prôner le « *tout numérique* » et confesser une préférence pour la prise de note sur ordinateur par rapport la prise de note manuscrite – ne serait-ce que pour remédier à une incapacité à écrire lisiblement depuis le plus jeune âge –, relève assurément de l'anathème, tant ces méthodes sont présumées appartenir à une autre figure, tant honnie : l'étudiant en école de commerce !

En bref, la modernité de la recherche connectée se heurtait à la tradition de la recherche juridique. À l'universitaire le dos brisé par la pesanteur rassurante des ouvrages massifs ; au « *start-uppeur* » la dégradation de la vue du fait d'un temps d'écran excessif, ainsi que les anglicismes.

S'il n'est pas question d'inviter le chercheur en droit à céder aux sirènes d'un progrès débridé, il convient dans ces lignes de s'intéresser à quelques méthodes empreintes de modernité qui furent utiles à certains lors de cette crise et pourraient l'être à d'autres, même en dehors d'un contexte épidémique. Pour ménager la tra-

dition évoquée plus haut, une articulation latine en deux temps sera adoptée : *ante redactio* et *redactio*.

Ante redactio. La première étape du chercheur est celle de la collecte des sources. À cet égard, le cheminement du doctorant connecté apparaît d'emblée à contre-courant. Là où ses collègues impriment article après article, allant du virtuel vers le matériel, le doctorant connecté, à l'inverse, scanne. Il n'est cependant pas question, pour lui, de scanner à l'aide d'une machine aussi onéreuse que volumineuse, supposant une manipulation de l'ouvrage physique périlleuse et susceptible d'endommager le document. Non, le doctorant connecté numérise à l'aide de son *smartphone* et d'applications dédiées à ce processus¹, classant automatiquement les pages numérisées dans l'ordre et permettant la création d'un fichier *pdf* qu'il ne reste plus qu'à transmettre par courriel ou par *Bluetooth* vers son ordinateur.

S'engouffrant davantage dans les ténèbres de la modernité, le doctorant connecté aura parfois recours à des outils improbables, tels qu'un *penscanner* – « *stylo scannant* » dans la langue de Molière, que l'on ne saurait délaissier –, lui permettant de n'extraire que quelques citations de certains ouvrages volumineux ; ou encore des logiciels de *mind mapping* – de « *cartographie mentale* »² –, lui permettant cette fois de comprendre la démonstration induite par le plan d'une thèse lorsque son auteur s'est rendu coupable d'abus de section³.

Plus encore, le doctorant connecté aura parfois recours aux logiciels de saisie vocale pour dicter à son ordinateur le contenu d'un document. Cette dernière méthode, exclue en centre de recherche pour des raisons évidentes, permet également au doctorant confiné de travailler sa diction⁴.

Une fois les documents numérisés, le doctorant connecté s'attellera à les annoter et à en extraire les citations les plus utiles pour ses travaux. Délaissant les surligneurs à l'encre trop rapidement épuisée ou les criteriums à la mine vite défaite, le chercheur du *xxi*^e siècle utilisera des lecteurs de *pdf* permettant soulignements et surlignements en différentes couleurs, plans interactifs et annotations sans limite de place⁵.

Certains iront même jusqu'à investir dans une tablette graphique afin d'annoter manuscritement des documents numérisés, ce qui relève, à n'en pas douter d'une belle synthèse entre tradition et modernité.

Redactio. Une fois les sources numérisées et collectées, le doctorant connecté peut commencer à graver la montagne que représente la rédaction de ses travaux. Or, s'il a adopté les méthodes précédemment exposées, le voilà confronté à de nombreux fichiers informatiques à manier. Il en vient à se poser les questions, sinon existentielles, du moins sempiternelles : « *où ai-je lu cette phrase ?* » ; ou encore : « *la collection vient-elle après ou avant l'édition ?* ». Le référencement s'avère alors un préliminaire indispensable à la mobilisation des sources.

Quant au référencement, d'abord tenté par un tableau *Excel* au gigantisme inégalé, puis éconduit par la lourdeur du logiciel éponyme, le doctorant connecté se laissera séduire par le logiciel de référencement... de référence, à savoir : *Zotero*.

En un mot, ledit logiciel est à la recherche universitaire ce que l'hydroxychloroquine fut à la pandémie de *Covid-19* : un sujet clivant. Certains, quoiqu'informés de son existence⁶, n'y voient toujours qu'une perte de temps, tandis que le doctorant connecté en fait le graal de la recherche moderne⁷. Modernité du propos oblige, on se permettra de renvoyer à une vidéo explicative sur les bienfaits de ce programme par

1. L'heureux propriétaire d'un tel appareil trouvera sans peine lesdites applications dont on ne dressera pas la liste ici.

2. Par ex. : <https://urlz.fr/eG7V>

3. En effet, si le « *plan interactif* » permis par les logiciels de traitement de texte les plus connus est un outil extrêmement utile pour le doctorant connecté, il présente vite ses limites face à des travaux conséquents. Quant aux cartes mentales, on ajoutera qu'elles peuvent s'avérer très utiles pour construire et visualiser le plan de sa propre thèse.

4. On concédera que ce n'est pas l'argument le plus probant du doctorant connecté !

5. Par ex. : <https://urlz.fr/eG89>

6. Il convient de saluer à cet égard les formations à la recherche universitaire dispensées en première année de thèse présentant ce logiciel.

7. On précisera tout de même que l'analogie vaut essentiellement par rapport au clivage induit par le logiciel, son utilité faisant assurément moins de doute que le médicament évoqué.

rapport au processus de référencement des sources⁸.

Quant à la mobilisation des sources, là encore : *Zotero* est arrivé. Ce logiciel permet en effet de mobiliser ses sources avec une redoutable aisance, de par la création de mots clés, notamment. Plus encore, le logiciel permet de citer des sources en note de bas de page en quelques clics, voire même de réaliser automatiquement une bibliographie des ouvrages cités⁹.

En somme, les confinements successifs ont contraint certains doctorants à faire leurs méthodes du doctorant connecté. S'il est permis d'appréhender la mise en lumière de ces méthodes comme une conséquence positive de cette crise, il n'en demeure pas moins que le doctorant, qu'il soit connecté ou confiné, aspirera toujours à une connexion d'un autre ordre, nécessaire complément de toute recherche juridique : la connexion humaine.

8. <https://urlz.fr/eFVy>

9. Sur ces fonctionnalités : <https://urlz.fr/eFVs>

Perte d'énergie

Raphaël Galvao

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement
à l'Université Panthéon-Assas

Sibérie, URSS, 1954

Casemates. Bruits de bottes grises, uniformes gris, neige, ciel gris.

Un homme s'avance, grisonnant, regard dur, yeux gris. Devant lui, une foule en chaînes.

« Camarades ! Ici, au goulag, vous expiez vos crimes. Dorénavant, chaque jour, vous descendrez dans la mine. La centrale est vorace ! Le pays en a besoin. Vous minerez, vous minerez jusqu'à la fin de votre peine. Ne vous inquiétez pas, la patrie est reconnaissante envers ceux qui la chauffent, vous serez logés, nourris, ici même. La journée commence à l'aube et s'achève à la noirceur. Minez ! Désormais, cette pensée sera votre seule pensée. La croissance de la nation en dépend. »

Bruits de bottes. Foule affairée. Terre grise.

Paris, 11^e arrondissement, 2022

Open spaces. Bruits d'extracteurs de jus bio, Stan Smith, playlist « électro chill 12 h mix ».

Un homme s'avance, moustache éparse, chemise en jean. Derrière lui, des gens pédalent.

« Hey ! Salut man bienvenue chez Law-Delà, spécialiste des successions. Ici, t'es dans une *legaltech* du futur tu vas voir. On a un concept pour *maxer* la *growth* : en gros, tu vois les vélos là, ce sont des sièges de bureau. *Amazing* non ? En gros, ils sont reliés aux Mac et si tu veux les alimenter, tu dois pédaler. Toute la journée, tu pédales pour travailler et comme tu travailles, tu pédales ! *Healthy* non ? C'est notre *happiness officer* qui a trouvé ça, comme le ping-pong ça faisait perdre du temps de travail. Mais là, on gagne du temps sur ton sport ! Chez nous, tu fais de l'exercice et en plus t'es productif. On est assez *flex* sur les horaires mais bien sûr tu finis tes missions, faut en avoir dans les mollets. Entre nous, ça le fait moyen si tu *leaves* avant ta *team* et en général on gobe un *Feed* ensemble le soir avant d'enchaîner un peu. La rémunération ? En gros t'es essentiellement payé en visibilité – on te garantit mini 400 *likes* Instagram en plus par post avec notre *hashtag*, t'imagines ! – sinon on te verse aussi chaque mois une prime en fonction de tes perfs sous forme de *Avo-coins*, que tu peux dépenser ici, dans l'incubateur, chez nous et nos voisins. Du circuit-court quoi ! Allez, c'est ton premier jour mais mets-toi dans le bon *mindset* ASAP. Ici, c'est tout pour la croissance ! »

Bruits de baskets. Foule affairée. Lino gris.

Assas v Oxford [2021]

21 RDA 19¹

La guerre des universités n'aura pas lieu

Grégoire Lemarchand-Ghica

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement
à l'Université Panthéon-Assas

1. Parler d'Oxford l'Anglaise... est-ce utile ? À l'heure d'un Brexit consommé, d'une Covid-19 incontrôlée, des cours sur écran et des bars fermés, les carnets de voyage des étudiants partis en Angleterre se raréfient. Un petit retour d'expérience s'impose, même si le voyage fut plus court que celui de Marco Polo.

Comparer les modèles universitaires français et anglais... est-ce pertinent ? Le Styx semble séparer deux mondes dont Assas et Oxford sont des reflets. Reflets où le modèle français, qu'Assas illustre, semble écrasé par un modèle anglo-saxon que les classements internationaux affectionnent particulièrement et qu'Oxford éclaire admirablement. Un modèle invisible face à un modèle phare... Oxford est-il le pays des merveilles² universitaires ?

Comparer Assas et Oxford... un combat perdu d'avance ou un combat à la David et Goliath ? Les classements ne rendent pas justice au modèle français, qui est lui aussi très performant, mais à sa manière. Les études à Assas sont ressenties par les étudiants comme étant plus difficiles, exigeantes, et ses meilleurs diplômés ne sont pas moins bons que ceux d'Oxford. En réalité, Assas et Oxford ne sont pas en compétition sur un pied d'égalité, car presque tout semble séparer ces universités et une brève comparaison centrée sur les études suivies par les étudiants en licence révèle un choc de titans, celui de deux mondes universitaires divergents. Quelques exemples le démontrent.

2. **L'image (noms et traditions)** – Oxford a une image contribuant à sa féerie, sa magie et son identité.

Dans l'imaginaire collectif, « se rendre à Oxford » revient à étudier à l'Université d'Oxford, dans une ville où les bâtiments sont des châteaux hors du temps et les habitants, des étudiants « fils de bonne famille ». Oxford est principalement connue pour l'Université d'Oxford, alors même qu'il existe d'autres universités à Oxford et qu'il n'existe pas que des universités (usine d'automobiles, ...). D'un autre côté, « se rendre à Paris » revient à prendre un *selfie* en haut de la Tour Eiffel et un bon repas – à base de baguette, fromage et vin. Et si un pauvre étudiant d'Assas précise qu'il « étudie dans une université à Paris », alors n'importe quel étranger, très fier de connaître le monde universitaire français, répondra : « Sorbonne ? » – prononcer le « r » à l'anglaise³.

Oxford choie des traditions multiséculaires, absentes à Assas. La faute n'est pas à l'âge car l'Université de Paris, dont Assas est l'une des héritières, et l'Université d'Oxford ont toutes deux près d'un millénaire. Par exemple, la cérémonie de « *matriculation* » permet d'entrer officiellement à l'Université d'Oxford et les examens sont tous passés en uniforme – imaginez-vous les étudiants français entrer dans les salles d'examen avec une toque et un nœud papillon ?

1. Sur le modèle de référencement des décisions de justice en Angleterre : noms des parties [année de publication] volume revue/ report page.

2. *Les aventures d'Alice au pays des merveilles* est né sous la plume de Lewis Carroll à... Oxford.

3. Le nom « Université Panthéon-Assas Paris II » n'est d'ailleurs, pour un anglophone, pas très évident à retenir, ni à prononcer.

3. L'organisation de l'Université – Au premier abord, Assas et Oxford ont une organisation semblable. Il existe une entité, « Université », chapeautant l'ensemble des activités universitaires. À un niveau inférieur, il existe des « départements », « facultés » ou « écoles », disposant de salles de cours et de bibliothèques. Toutefois, Assas est largement tournée vers les études juridiques, tandis qu'Oxford est une université pluridisciplinaire (théologie, chimie, ...). Ce constat explique peut-être en partie le fait qu'Assas n'apparaisse pas dans les classements internationaux.

Par ailleurs, Oxford dispose d'entités complémentaires, les *colleges*. Ceux-ci disposent d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'« Université », même s'ils sont intégrés en son sein⁴. Les *colleges* sont des petits campus, quasiment auto-suffisants et regroupant des étudiants de différentes disciplines. Ils sont les lieux de vie où les étudiants dorment, prennent leurs repas, se rencontrent, échangent, ... Les *colleges* sont aussi des lieux d'étude, car certains cours y sont dispensés – les *tutorials* – et ils disposent de bibliothèques – certaines davantage ouvertes que les *fast-foods* 24 h/24 h « À l'heure où le McDonald's sera fermé, tu pourras toujours étudier ! ». Par ailleurs, les *colleges* disposent chacun de leur lieu de culte – Christ Church College abrite même une cathédrale. « En toute occasion, tu pourras sauver ton âme ! ». Enfin, la plupart des *colleges* ont leur bar et des lieux où des fêtes sont célébrées. « Tes études seront aussi réjouissances ! ».

4. L'organisation de l'enseignement – Les méthodes d'enseignement diffèrent, car le cœur du système universitaire d'Oxford repose sur les *tutorials*. L'étudiant d'Oxford travaille peu de matières, pour lesquelles il fait beaucoup de recherches personnelles.

À Assas, l'étudiant travaille une douzaine de matières par an, tandis qu'à Oxford, l'étudiant étudie, chaque trimestre, une à deux matières – la plupart des matières n'étant pas librement choisies. Autrement écrit, en un an, l'étudiant d'Assas travaille autant de matières que l'étudiant d'Oxford en trois ans ! En outre, à Assas, il existe de « véritables enseignements », grâce aux

cours d'amphithéâtre, base de la formation de l'étudiant, aux volumes horaires conséquents et fonctionnant, pour certains, en tandem avec les travaux dirigés. En revanche, la situation diffère à Oxford.

D'une part, les *lectures* à Oxford sont des cours d'amphithéâtre assez particuliers. Les cours d'une même matière sont séparés en des thèmes variés, enseignés par différents intervenants. Il vaut mieux avoir étudié le thème traité avant d'aller aux *lectures*, car ils ressemblent beaucoup à des « conférences » dans lesquelles le plan est assez souple, les intervenants vont assez vite sur certains points et les étudiants peuvent intervenir.

D'autre part, les *tutorials* ne ressemblent guère aux TD⁵. Les *tutorials* sont des cours personnalisés et interactifs regroupant autour d'un tuteur un à quatre étudiants – et pas une trentaine. La préparation du *tutorial* se fait à partir d'une fiche de lecture, composée principalement de décisions de justice et suivant un programme officiel, commun à tous les étudiants. Cette préparation demande plus de temps que celle d'un TD, car la préparation du *tutorial* permet à l'étudiant de construire son propre cours, alors qu'un TD permet d'approfondir le cours d'amphithéâtre. La séance en elle-même est beaucoup plus interactive qu'un TD, car elle ne consiste qu'en des échanges – questions et discussions – entre un tuteur et peu d'étudiants, afin d'approfondir la préparation⁶. Le *tutorial*, à l'opposé du TD, n'est pas vraiment l'occasion de traiter de méthodologie, qui n'est pas enseignée – que ce soit pour résoudre un cas pratique ou écrire un essai.

Ainsi, il est assez étonnant qu'à Oxford, « enseigner » soit synonyme de « chercher seul », car il n'y a pas vraiment d'« enseignements » venant d'un professeur, mais plutôt des discussions avec un tuteur. De plus, il est surprenant de constater que l'étudiant est poussé à s'affirmer car il lui est davantage demandé de critiquer les décisions de justice, que de les expliquer. À Assas, il est davantage demandé à l'étudiant d'expliquer les règles juridiques, avant de les apprécier.

4. Par exemple, l'« Université » décide d'intégrer ou non les *colleges* en son sein et ils doivent respecter un certain nombre de ses directives.
 5. Les *tutorials* et les TD ont des points communs : il y en a un par semaine d'une durée d'1 h 30 et il faut faire des lectures et préparer un exercice.
 6. Les *tutorials* ressemblent aux enseignements méthodologiques des masters 2 de recherche, avec moins d'étudiants.

5. **La mentalité** – La mentalité pour réussir ses études est perçue différemment par l'étudiant – il pourrait être question « de la carotte ou du bâton »⁷.

À Oxford, l'étudiant est encouragé, soutenu et accompagné personnellement. Ce qu'il fait est vu de manière positive ; l'étudiant doit étudier pour continuer de réussir. L'étudiant n'est jamais noté, sauf lors des examens finaux pour obtenir son diplôme. Très rares sont les étudiants ne les réussissant pas et le véritable enjeu est d'obtenir une mention. « Bravo, tu as réussi, continue ainsi ! ».

À Assas, les études « à la française » montrent à l'étudiant tout ce qu'il n'a pas compris et n'a pas réussi à accomplir ; il doit étudier pour ne pas continuer d'échouer. L'étudiant fait partie d'une masse d'autres étudiants à sélectionner et il est noté régulièrement. « Valider » son « semestre » est le véritable enjeu pour la plupart des étudiants. « Ressaisis-toi, tu es en échec ! ». Mais la réussite finale des meilleurs étudiants n'est pas moindre qu'à Oxford.

6. **Comparer l'incomparable** – Somme toute, Assas et Oxford sont difficilement comparables, notamment en raison de leurs moyens et méthodes dissemblables.

La sélection drastique et le coût des études – les moyens – permettent à Oxford de concentrer d'amples ressources sur quelques étudiants, afin de leur proposer un enseignement personnalisé, ainsi qu'une « expérience » – les méthodes. L'« expérience étudiante » – pour ne pas dire « expérience client » – est une forme de *all-inclusive package*.

Imagine-t-on une grande fête, avec musique, lumières et boissons alcoolisées, dans le patio du centre Assas ? Certes, la vie associative à Assas est développée, mais elle ne peut pas valoir un *college*. Car, à Oxford, la vie de l'étudiant est incluse dans ses études. Oxford offre un forfait tout-inclus, qui suit aussi l'étudiant diplômé. Être diplômé d'Oxford permet d'intégrer une communauté *alumni* dynamique, gérée par l'Université et organisant des événements régulièrement et partout dans le monde. Aussi efficaces soient-ils, mêmes les meilleurs masters 2 d'Assas ne peuvent proposer un tel réseau, ces réseaux étant gérés par des associations étudiantes et seulement au bout de cinq années d'études.

Il est assez « cocasse » d'essayer une fois dans sa vie de quitter son lit à... 3 h du matin... pour atteindre la chaise d'une bibliothèque... moins de trois minutes plus tard. Inimaginable à Assas, il ne s'agit pas, pour autant, de la preuve d'une formation de meilleure qualité.

Au contraire. À Assas, il est d'abord donné à l'étudiant un *enseignement*, des cours. À Oxford, il est d'abord donné à l'étudiant les moyens de faire des *recherches* personnelles dans son université.

La confrontation Assas-Oxford est-elle un combat inéquitable ? Le problème réside dans la comparaison des moyens et des méthodes de deux univers séparés par le Rubicon. Ne pas ressembler à Oxford ne signifie pas qu'Assas n'est pas au moins égale... mais que les deux universités, et les modèles qu'elles reflètent, ont leurs propres spécificités.

Et de toute façon, nous, nous avons un plafond en LED.

7. Un tuteur d'Oxford, ayant étudié au Canada « à la française », l'a confirmé.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Avant-propos

Éric Martin-Hocquenghem

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Raphaëlle Théry

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Jérôme Chacornac

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Durant le premier semestre de l'année 2019, un premier cycle de cinq conférences mensuelles de philosophie du droit a été organisé par le Laboratoire de sociologie juridique, en accord avec l'Institut Michel Villey et l'Institut d'histoire du droit pour la culture juridique et la philosophie du droit, au sein de l'École doctorale d'histoire du droit, philosophie du droit et sociologie du droit (ED 8)¹. L'aide apportée par M^{me} Sophie Démare-Lafont, directrice de l'ED 8, et M^{me} Dominique Fenouillet, directrice du Laboratoire de sociologie juridique, aura été décisive pour permettre la tenue de ces conférences. Les trois animateurs de celles-ci leur témoignent donc ici à nouveau leur reconnaissance.

Le thème « Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique » a constitué la trame commune aux cinq conférences. Chacune d'elle a traité d'un sujet en relation tantôt étroite, tantôt lâche avec ce thème, à partir de textes issus d'un mouvement ou d'une école philosophique de l'Antiquité² : les sophistes, Socrate, Platon, Aristote, les cyniques et les stoïciens. D'aucuns se demanderont pour quelle raison cette période de l'histoire de la pensée a été retenue, de préférence à une autre, plus récente. La philosophie, il est vrai, est fille de son temps, pour paraphraser Hegel³. Mais l'aspiration à l'universel qui caractérise la pensée grecque⁴ explique l'intérêt toujours actuel de la philosophie qu'elle a engendrée.

1. Le succès rencontré par ce premier cycle nous a incité à en organiser un second à partir de l'hiver 2020 sur le thème « Raison et Droit – la Renaissance ». La pandémie imputable au Covid-19 a malheureusement interrompu ce nouveau cycle, qui reprendra dès que les conditions sanitaires le permettront.

2. « Les juristes positivistes (ne) sont-ils (que) des sophistes ? » (première conférence); « Le droit positif repose-t-il sur une convention – à propos du procès de Socrate – ? » (deuxième conférence); « La technocratie, nouvelle république des sages ? » (troisième conférence); « Justice naturelle et justice civile chez Aristote » (quatrième conférence); « Le cosmopolitisme » (cinquième conférence).

3. G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, PUF, coll. Quadrige, 2013, préface, p. 132.

4. W. Jaeger, *Paideia*, trad. A. et S. Devyver, Gallimard, coll. Tel, 1988, p. 20; J. de Romilly, *Pourquoi la Grèce ?*, Le Livre de Poche, 1994.

Cela justifie, nous semble-t-il, le choix qui fut le nôtre.

Comme ces conférences de philosophie du droit s'adressaient à un public majoritairement composé de juristes, il a fallu imaginer un procédé pour les lui rendre intellectuellement accessibles. Le fonctionnement du séminaire repose sur une double intervention à chaque conférence, l'une d'un juriste « honnête homme », l'autre d'un philosophe s'exprimant généralement en second. Ainsi se sont succédé Marc Pichard et Éric Martin sur les sophistes, Emmanuelle Chevreau et Raphaëlle Théry sur Socrate, Jérôme Chacornac et Raphaël Ehram sur Platon, François Chénéde et Mathilde Unger sur Aristote, Olivier de Frouville et Giorgio Bottini sur les cyniques et stoïciens.

Les conférences avaient pour ambition d'initier l'auditoire à la réflexion philosophique, et non de servir de prétexte à des assauts d'érudition qui l'auraient fatalement rebuté. Aussi étudiants et enseignants-chercheurs composant cet auditoire reçurent-ils la possibilité, lors de chaque conférence, d'intervenir et de débattre longuement après avoir écouté les interventions. Conférenciers et public s'efforcèrent d'adopter, en cette occasion, une démarche philosophique et critique, en cherchant à se garder, dans l'expres-

sion de leurs idées, d'affirmations dogmatiques et de fausses évidences. Comme l'écrivait Montaigne : « tous les abus du monde s'engendrent de ce qu'on nous apprend à craindre de faire profession de notre ignorance »⁵.

Les communications n'étaient pas initialement destinées à une publication. Bien que celle-ci ne leur ait été proposée qu'après l'achèvement du cycle, la plupart des intervenants ont pu remettre leur ouvrage sur le métier, de manière à en fournir une version publiable : ce sont les articles qu'on lira ci-après, à l'exception de celui sur Aristote⁶. Nous en remercions les auteurs, ainsi que la direction scientifique et la rédaction de la *Revue de droit d'Assas*, pour avoir consenti à les publier, et Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert en particulier, pour en avoir assuré la relecture. Les conférences de philosophie du droit, dont ces articles proviennent, se sont tenues au sein de notre université et participent d'un mouvement d'ensemble tendant à y instiller une dose d'interdisciplinarité et de pluridisciplinarité. On ne pouvait dès lors espérer meilleur support de diffusion d'une telle initiative auprès des étudiants et enseignants-chercheurs de cette université, que la présente *Revue*.

5. Montaigne, *Essais*, édition modernisée Cl. Pinganaud, Arléa, 2004, livre III, chap. 11 « Des boiteux », p. 736.

6. Celui-ci a été ajouté pour que soit parfaitement respectée la progression du cycle de conférences. Afin de compléter l'information du lecteur, les organisateurs indiquent la publication d'un article qui développe le contenu de son intervention sur Aristote par l'un des participants : F. Chénéde, « Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé) », *RTD. civ.* 2020, p. 506. Les organisateurs se réjouissent que le lecteur curieux puisse y avoir accès, fût-ce dans un autre cadre.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Les juristes positivistes (ne) sont-ils (que) des sophistes ?

Marc Pichard

Professeur à l'Université Paris Nanterre

Telle qu'elle est posée, et malgré la précaution que constitue l'habile introduction de parenthèses, la question proposée à la réflexion exprime une défiance à l'égard des sophistes comme des juristes positivistes. « N'être que » implique que l'on n'est pas tout ce que l'on devrait être (ou en tout cas pas tout ce que l'interlocuteur souhaiterait que l'on soit) : si les positivistes ne sont *que* quelque chose, ils ne sont pas tout ce qu'ils pourraient ou devraient être (en tant que juristes). « N'être que » implique que le point de comparaison est connoté négativement : être sophiste ne semble guère valorisant. La question s'inscrit dans une longue tradition qui a fait le malheur des sophistes, « ces éternels battus d'avance, qui ne sont là que pour avoir tort »¹, ces éternels faire-valoir des « vrais » philosophes – et notamment de la figure tutélaire de Socrate. De là à dire que la question impliquerait que « les positivistes » ne sont pas de « vrais » juristes, il n'y a qu'un pas.

Oubliée sa connotation négative, oubliées les parenthèses (et leur contenu), la question, « les juristes positivistes sont-ils des sophistes ? », révèle alors une certaine étrangeté : l'invitation à la comparaison peut susciter la perplexité.

D'abord, la question met en relation deux catégories qui sont elles-mêmes très marquées

historiquement et qui couvrent des périodes très différentes – dès lors que l'expression « juristes positivistes » vise à l'évidence des auteurs contemporains. Notamment, la Grèce du ^{ve} siècle porte-t-elle une pensée du droit distingué des autres ordres normatifs – condition *sine qua non* pour que l'on puisse concevoir un positivisme juridique ? Que recouvre exactement *nomos* ? *diké* ? Pour un juriste privatiste sans compétences en méthodologie de l'histoire des idées, la pratique rigoureuse de la comparaison historique sur des périodes aussi éloignées est hors de portée. Au demeurant, même Michel Villey, avec toutes les ressources qui étaient les siennes, s'avérait très prudent en la matière, qui, à propos de la réaction de Socrate à la crise du ^{ve} siècle, écrivait : « Socrate semble bien avoir amorcé une réaction en faveur du droit et, pour la première fois, tenté de fonder rationnellement, en réponse à la crise sceptique de la sophistique, l'autorité des règles du droit. Œuvra-t-il en faveur des lois de l'État ou d'une justice supérieure ? On le distingue encore assez mal. Sans doute les deux termes se confondent dans cette vue des choses, profonde encore qu'extrêmement éloignée de notre pensée contemporaine »².

Ensuite, et au-delà de cet obstacle, c'est la possibilité de saisir l'entité « sophistes » qui sus-

1. G. Romeyer-Dherbey, *Les sophistes*, PUF, 2017, p. 4.

2. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, p. 64.

cite des doutes, et d'importance. Chacun admet qu'il n'y avait aucun esprit d'école, faute, d'ailleurs, d'école – d'équivalent de l'Académie ou du Lycée – pour les sophistes du siècle de Périclès³. Surtout, chacun sait que la littérature des sophistes a été très largement perdue, que la pensée des sophistes est principalement saisie à travers les écrits de leurs opposants – au premier rang desquels Platon et Aristote⁴. Le *corpus* disponible est donc mince, sa représentativité incertaine et son exploration par un béotien, pas même helléniste, encore moins philologue, hasardeuse.

Il a donc fallu être guidé par les organisateurs de ce cycle – et tout spécialement par notre collègue Éric Martin, qui a sélectionné quatre textes qui forment le *corpus* principal de cette contribution⁵ – pour se prêter à l'exercice, que complique toutefois l'autre terme de la comparaison. Car si « les sophistes » ne renvoient pas à une école de pensée, « les juristes positivistes » constituent à leur tour une catégorie si hétérogène qu'elle pourrait sembler abusive : « *There is no such thing as an essence of positivism* »⁶. Ainsi Michel Troper rappelle-t-il que Hart identifiait, en 1958, cinq acceptions possibles du « positivisme juridique » – « de sorte que le positiviste est celui qui adhère à l'une quelconque d'entre elles ou même, qui est accusé d'y adhérer »⁷. Ainsi Pierre Brunet expose-t-il les trois significations que recouvre l'expression « positivisme juridique » selon Bobbio : « s'il est clair et sans conteste que le "positivisme juridique" se caractérise par la séparation du droit et de la morale, cette thèse n'a pas toujours le même sens : dans un premier sens, la connaissance du droit ne dépend d'au-

cune évaluation morale; dans un deuxième sens, le contenu du droit ne dépend pas de la morale; dans un troisième sens, le droit doit se substituer à la morale »⁸. Très schématiquement, on peut soutenir que le premier sens renvoie à une approche résolument non prescriptive de la science du droit, le deuxième à l'autonomie des sources du droit par rapport aux autres ordres normatifs, le troisième à l'exigence d'obéissance au droit. Peut-on voir dans ces trois dimensions du positivisme, auquel tout juriste positiviste n'adhère du reste pas, des héritages de la pensée des sophistes ? Par ordre croissant de convergence, on envisagera successivement la question de l'obéissance au droit (I), celle des sources du droit (II) et enfin celle de la science du droit (III).

I. L'obéissance au droit

Dans le cadre du dialogue de la République entre Thrasymaque et Socrate, Platon fait adhérer à plusieurs reprises le premier à l'assimilation du juste à l'obéissance aux lois de la Cité : « – [Socrate] Ne prétends-tu pas qu'il est juste d'obéir aux gouvernants ? – [Thrasymaque] Je le prétends » ; « – [Socrate] Ce qu'ils [les gouvernants] ont institué doit être fait par les gouvernés, et en cela consiste la justice ? – [Thrasymaque] Certes » ; « – [Socrate] N'avons-nous pas reconnu qu'[...] il était juste que les gouvernés fissent ce que prescrivaient les gouvernants ? Ne l'avons-nous pas reconnu ? – [Thrasymaque] Je le crois, avoua-t-il » ; « Exécuter les ordres donnés par les gouvernants est ce que Thrasymaque a posé comme juste ». Pour sa part, Antiphon pose que « la justice consiste à ne pas transgresser la

3. V. Citot, « Grandeur et décadence de la philosophie grecque », *Le Philosophoire*, Vrin, 2014/2, n° 42, p. 135 et s., spéc. p. 154 : « Tous les sophistes ne sont pas des génies créateurs, mais la plupart sont animés d'une même exigence d'indépendance et d'autonomie intellectuelle : ils sont des libres penseurs. Aussi, n'ont-ils pas créé d'école de pensée : le mouvement sophistique est tout sauf une école constituée ».

4. G. Romeyer-Dherbey, *Les sophistes*, op. cit., p. 3 : « Les écrits des sophistes ont presque entièrement disparu, et nous connaissons leurs doctrines essentiellement par les philosophes qui les réfutent, à savoir par Platon et Aristote. La fortune historique de la pensée platonico-aristotélécienne, qui constitue l'ossature de la métaphysique occidentale, a rejeté à l'ombre les témoignages qui eussent été plus favorables aux sophistes ».

5. Un fragment d'Antiphon le Sophiste (« De la Vérité », Papyrus d'Oxyrhynchos, XI, 1364, fragment A, trad. J.-L. Poirier, in J.-L. Poirier (avec D. Delattre et J.-P. Dumont), « Les Présocratiques », Paris, Gallimard, 1988, p. 1106-1107) et trois textes de Platon : deux extraits de *La République* l'un relatant un discours de Thrasymaque (Livre I 338 c – 347), l'autre un discours de Glaucon (Livre II 358 e – 359 b) (trad. E. Chambry, Les Belles Lettres, 1932) – et un discours de Calliclès extrait de *Gorgias ou sur la Rhétorique* (482 c – 486 d) (trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion, 1967).

6. N. McCormick cité in M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, p. 27 et s., spéc. p. 27.

7. M. Troper, « Le positivisme juridique », préc., spéc. p. 27-28.

8. P. Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e Diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, 2005, p. 159 et s., spéc. n° 1.1.

loi de la cité où l'on exerce ses droits de citoyens ». Certes, le propos est ambigu qui soutient qu'il faut se plier à la puissance des lois « si c'est devant des témoins » mais que l'« homme s'attirera les plus grands avantages » en suivant la nature « s'il est seul et sans témoin » : on peut le comprendre comme posant la supériorité des prescriptions de la nature sur les prescriptions de la loi ; mais l'analyse a été avancée que le texte « ne recommande nullement le mépris des lois – pour la bonne raison qu'il ne recommande rien »⁹. Moins ambigu est le discours que Platon fait tenir à Calliclès, qui ne saurait passer pour un éloge de l'obéissance aux lois : « Nous formons les meilleurs et les plus forts d'entre nous, que nous prenons en bas-âge, comme des lionceaux, pour les asservir par des enchantements et des prestiges, en leur disant qu'il faut respecter l'égalité et que c'est en cela que consistent le beau et le juste. Mais qu'il paraisse un homme d'une nature assez forte pour secouer et briser ces entraves et s'en échapper, je suis sûr que, foulant aux pieds nos écrits, nos prestiges, nos incantations et toutes les lois contraires à la nature, il se révoltera, et que nous verrons apparaître notre maître dans cet homme qui était notre esclave ; et alors le droit de la nature brillera dans tout son éclat ». Il serait dès lors pour le moins audacieux, à la lecture du *corpus* sélectionné, de soutenir que l'obéissance à la loi fait consensus parmi les sophistes. Du reste, les spécialistes soulignent la diversité de leurs opinions en la matière : « On les répartit habituellement en deux groupes : les partisans de la nature critiquant le caractère artificiel de la loi humaine, et les partisans de la loi politique conventionnelle, d'inspiration prométhéenne »¹⁰. Faute donc de positionnement unanime des sophistes sur la question de la nécessité de l'obéissance à la loi, la comparaison avec les juristes positivistes

semble vouée à l'échec. On se contentera de souligner que la ligne de fracture qui divise les sophistes traverse également les positivistes.

« Le positivisme désigne une idéologie de la justice que résume la formule *Gesetz ist Gesetz* laquelle entend traduire qu'il y a une obligation morale d'obéir au droit (quel que soit son contenu) [...]. Dans cette conception, le droit positif est juste parce qu'il est le droit »¹¹ ; « on appelle "positiviste" une idéologie selon laquelle le droit positif doit être obéi, soit parce qu'il est nécessairement juste, dans la mesure où le juste est défini seulement comme ce qui est ordonné par le droit positif, soit parce qu'on fait prévaloir l'idéal de l'ordre et de la sécurité sur celui de la justice et qu'on professe qu'il existe une obligation d'obéir au droit, quel que soit son contenu, juste ou injuste »¹². Cette approche du positivisme correspondrait, selon un traité de référence de droit civil, à la *doxa* des civilistes français : « La conception commune du droit dans la doctrine civiliste française est dominée par deux idées. Le principe officiellement affirmé, en *héritage du positivisme étatique*, est celui de l'obéissance aux règles [nous soulignons], et plus spécialement à la loi »¹³. Or chacun sait que ce positivisme a fourni la matière au procès des positivistes : « Selon ses adversaires, le positivisme [...] conduirait [...] à prescrire l'obéissance inconditionnelle. Le procès a été instruit au lendemain de la Seconde Guerre mondiale : dès lors que le droit est un ensemble de normes obligatoires, que seul le droit positif est du droit et que tout droit positif est du droit, il s'ensuivrait que tout droit positif est obligatoire, le droit nazi comme celui des démocraties libérales. Le positivisme, en refusant de considérer qu'il y avait, notamment dans les droits de l'homme, des limites au pouvoir de l'État, aurait même facilité l'implantation du nazisme »¹⁴.

9. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les Belles Lettres, 1971, p. 83.

10. V. Citot, « Grandeur et décadence de la philosophie grecque », préc., spéc. p. 158.

11. P. Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », préc., spéc. n° 1.1.

12. M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 31 et s., spéc. p. 33. Et l'auteur de conclure : « Le positivisme, ainsi conçu, conduit donc à une soumission aveugle au droit, c'est-à-dire à l'État ».

13. J. Ghestin et H. Barbier, avec le concours de J.-S. Bergé, *Introduction générale*, t. 1, LGDJ, 2018, n° 12, p. 19. Et les auteurs de continuer : « Mais il est admis que les juristes, et spécialement le juge dans ses jugements, doivent rechercher concrètement la solution juste et utile ».

14. M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, préc., spéc. p. 32. Adde M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, Critique des droits, Billets d'honneur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007, p. 359 et s., spéc. p. 359 : le positiviste « prescrirait [...] d'obéir au droit quel qu'il soit [...]». Le positivisme juridique recommanderait d'obéir au droit positif quels que soient son contenu et sa valeur morale, au droit nazi comme à celui d'un État démocratique ».

En vérité, qu'il faille rattacher cette doctrine politique prescriptive au positivisme suscite les réserves les plus fortes qu'exprime en particulier Michel Troper : le positivisme « ne prescrit [...] rien et s'il existe des auteurs qui prêchent l'obéissance au droit positif, ces auteurs ne sont pas des positivistes, mais des pseudo-positivistes »¹⁵. Pour Michel Troper, dans le sillage d'Alf Ross, supposer « qu'il existe au-dessus du droit positif des normes qui prescrivent de lui obéir » – ce à quoi correspondrait l'idéologie prétendument positiviste – « ou de lui désobéir » – ce qui renvoie à la figure emblématique d'Antigone – caractérise le jusnaturalisme¹⁶. « Affirmer qu'il est obligatoire d'obéir au droit serait d'ailleurs énoncer une règle qui n'appartient pas au droit positif (mais à la morale), ce qui serait [...] en contradiction avec l'idée que seules les règles appartenant au droit positif sont obligatoires. Dire qu'un ensemble de règles forme un système juridique est donc très différent d'une recommandation de lui obéir »¹⁷. Comme l'Antiphon de Jacqueline de Romilly¹⁸, le positiviste de Michel Troper, en cette qualité, ne prescrit rien – pas plus l'obéissance que la désobéissance au droit.

II. Les sources du droit

L'affirmation du caractère conventionnel, artificiel, du droit, est regardée comme un des apports majeurs des sophistes à l'histoire des idées. Dans la République, Platon fait tenir à Glaucon, pour les besoins de la maïeutique, le discours d'un sophiste que ce disciple de Socrate n'était pas : « Une fois qu'ils se sont infligé mutuellement des injustices, et en ont subi les uns des autres, et qu'ils ont ainsi goûté à l'un et à l'autre, il paraît

profitable à ceux qui ne sont capables ni d'éviter (de les subir) ni de prendre le parti (de les commettre), de convenir entre eux de ne pas commettre d'injustices, de façon à ne pas en subir. Et on dit que c'est à partir de ce moment qu'ils ont commencé à instituer leurs propres lois et conventions, et à nommer ce qui est prescrit par la loi à la fois "légal" et "juste" ». À nouveau, l'ambiguïté est forte dans le propos : la dimension conventionnelle du droit n'est pas louée – « car celui qui est capable de la commettre [l'injustice] et qui est vraiment un homme n'irait jamais conclure une convention avec quiconque pour ne pas commettre ni subir d'injustice » ; elle n'en demeure pas moins posée avec force – « voilà donc la nature de la justice, Socrate, voilà son espèce, et voilà d'où elle est née, à ce qu'ils disent ». Antiphon soutient lui aussi la nature conventionnelle du droit : « Les prescriptions de la loi sont d'institution, alors que celles de la nature sont nécessaires. Celles des lois qui résultent d'un accord mutuel ne sont pas naturelles, mais celles de la nature, qui sont naturelles ne résultent pas d'un accord »¹⁹. Du *corpus* peuvent se dégager deux enseignements relatifs aux sources du droit.

En premier lieu, et au premier chef, le droit qui régit les sociétés est posé, posé par les hommes, produit selon des modalités humaines, et même des volontés humaines. Que le droit ne se constate pas mais se décide²⁰ constitue un apport théorique majeur des sophistes dont les juristes positivistes apparaissent dès lors, effectivement, les héritiers : « Définir le droit comme l'expression d'une volonté humaine »²¹ est l'une des propositions essentielles du positivisme juridique²². « Le positivisme juridique comme définition du droit ne se contente cependant pas de

15. M. Troper, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 286 et s., spéc. p. 287.

16. M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, préc., spéc. p. 34.

17. M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, Critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, préc., spéc. p. 359.

18. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 83 : « Dire que l'individu n'a pas intérêt à obéir aux lois s'il n'est pas vu en train de le faire a été pris pour un conseil [...]. Mais Antiphon ne donnait pas de conseils. Et l'erreur, qui a certainement été commise dès l'antiquité, a consisté à ne pas faire la différence entre une dialectique conceptuelle et un plaidoyer pratique ».

19. Chez Antiphon, « la nature représente en anthropologie la nécessité interne et la vérité, et la loi l'extériorité accidentelle et le conventionnel » (G. Romeyer-Dherbey, *Les sophistes*, op. cit., p. 15).

20. V. V. Citot, « Grandeur et décadence de la philosophie grecque », préc., spéc. p. 158 : « la sphère politique doit jouir d'une certaine autonomie dans la détermination du juste (le juste ne se constate pas ; il se décide) ».

21. E. Maulin, V^o « Positivisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy et PUF, 2003, p. 1174.

22. M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, préc., spéc. p. 36 : « L'objet d'une science positive du droit ne peut être que le droit positif, c'est-à-dire celui qui a été posé par une volonté humaine [nous soulignons] ».

présenter le droit comme un droit en vigueur d'origine humaine, mais il ajoute, d'une part, qu'il n'est de droit que statué ou posé et, d'autre part, que les formes dans lesquelles il est posé ou statué suffisent à établir son caractère de droit »²³. Cette première approche implique une certaine conception des rapports du droit avec les autres ordres normatifs : le droit « ne tire pas sa validité de sa conformité à la loi naturelle mais de ce qu'il est un impératif du souverain représentant »²⁴ ; il existe une autonomie absolue, radicale, du droit à l'égard d'autres ordres normatifs. Au-delà, du *corpus* s'évince l'idée que non seulement le droit est convention mais issu d'une convention originelle entre les hommes : le droit est ce qui permet de sortir par la convention d'un état naturel violent. Michel Villey le souligne : « on peut trouver [dans les paroles de Glaucon] un germe des thèses du contrat social »²⁵, une préfiguration de la pensée de Hobbes.

En second lieu, le droit, parce qu'il est politique, n'est pas neutre. Les sophistes mettent en scène un droit décidé par les uns dans leur intérêt contre celui des autres. Dans la République, Platon fait dire à Thrasymaque : « J'affirme que le juste n'est autre chose que l'avantageux au plus fort ». Incité par Socrate à expliciter son propos, celui-ci précise : « Chaque gouvernement établit les lois à son propre avantage : la démocratie des lois démocratiques, la tyrannie des lois tyranniques et les autres de même ; ces lois établies, ils déclarent juste, pour les gouvernés, leur propre avantage, et punissent celui qui le transgresse comme violateur de la loi et coupable d'injustice. [...] Dans toutes les cités le juste est une même chose : l'avantageux au gouvernement constitué ; or celui-ci est le plus fort, d'où il suit, pour tout homme qui raisonne bien, que partout le juste est une même chose : l'avantageux au plus fort »²⁶. Et le même Platon fait relater à Glaucon une histoire de la naissance du droit qui met en avant l'intérêt du grand nombre, des médiocres – « ceux qui ne sont capables ni

d'éviter de les subir [les injustices] ni de prendre le parti de les commettre » – que l'on retrouve dans le discours de Calliclès du Gorgias : « Selon moi, les lois sont faites pour les faibles et par le grand nombre. C'est pour eux et dans leur intérêt qu'ils les font et qu'ils distribuent les éloges et les blâmes ; et, pour effrayer les plus forts, ceux qui sont capables d'avoir l'avantage sur eux, pour les empêcher de l'obtenir, ils disent qu'il est honteux et injuste d'ambitionner plus que sa part et que c'est en cela que consiste l'injustice, à vouloir posséder plus que les autres [...]. Voilà pourquoi, dans l'ordre de la loi, on déclare injuste et laide l'ambition d'avoir plus que le commun des hommes, et c'est ce qu'on appelle injustice. Mais je vois que la nature elle-même proclame qu'il est juste que le meilleur ait plus que le pire et le plus puissant que le plus faible ». Au-delà de la dialectique de la loi et de la nature, les propos attribués aux sophistes témoignent d'une incontestable cohérence : si le droit est convention et artifice, son contenu dépend de ses conditions de production. Le droit est le produit des rapports sociaux et, partant, révélateur des rapports de force ou de domination qui imprègnent la société : la dimension nécessairement politique du droit est assumée, que les positivistes conséquents ne sauraient contester. D'ailleurs, Michel Villey n'hésite à procéder au rapprochement : « Dans le discours de Thrasymaque, on lira une bonne description, d'allure très positiviste [nous soulignons], de ce qui fut depuis lors appelé les "forces créatrices du droit" »²⁷.

III. La science du droit

En quoi Platon entend-il distinguer Socrate des sophistes ? Fondamentalement, Platon déplore l'inaptitude de ceux-ci à connaître le bien, la vertu ou le juste. Le Gorgias est tout entier tourné vers cette démonstration. Pour le dire très schématiquement, les sophistes ne seraient que des sophistes parce qu'ils ne poursuivent pas l'ambition de connaître le juste en soi. Or que

23. E. Maulin, V° « Positivisme », préc., spéc. p. 1174.

24. P. Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », préc., spéc. n° 1.1.

25. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 62.

26. La conclusion – provisoire – du dialogue est – comme il se doit – en rupture radicale avec l'affirmation de Thrasymaque : « Ainsi donc, Thrasymaque, [...] aucun chef, quelle que soit la nature de son autorité, dans la mesure où il est chef, ne se propose et n'ordonne son propre avantage, mais celui du sujet qu'il gouverne et pour qui il exerce son art ; c'est en vue de ce qui est avantageux et convenable à ce sujet qu'il dit tout ce qu'il dit et fait tout ce qu'il fait ».

27. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 62.

l'ambition de la science du droit ne soit pas et ne puisse pas être la connaissance du juste est, précisément, au cœur du positivisme que l'on qualifie parfois de méthodologique, au cœur du positivisme comme épistémologie. Pour les positivistes, « le juste et, en général, les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une connaissance, encore moins d'une connaissance "scientifique", quel que soit le sens que l'on donne à ce mot »²⁸. La science du droit « ne peut être que la connaissance du droit et, puisque le juste ne peut être connu, elle doit se donner un objet différent, qui soit connaissable »²⁹ – en quoi le positivisme juridique est un positivisme en un sens plus général de « doctrine de la connaissance qui postule qu'il est préférable de renoncer aux considérations spéculatives sur l'essence ou la finalité d'un objet, afin de le restituer dans sa factualité de donné d'une expérience. Le présupposé de tout positivisme est qu'il existe une instance du *fait objectif* et que la science peut en *rendre compte* »³⁰. En revanche, « les valeurs ne peuvent pas faire l'objet d'une connaissance objective »³¹. Dès lors que la connaissance du juste est impossible, les jugements de valeur sur le droit ne peuvent pas être portés au nom de la science du droit³². Souvent mal comprise, cette conséquence signifie uniquement qu'il n'est pas possible de porter de jugement de valeur au titre de la science du droit – et seulement à ce titre : « Il faut [...] rappeler la signification de la neutralité axiologique du positivisme. Il ne s'agit en aucune façon d'une doctrine éthique. [Le positi-

visme] n'affirme pas que telle conduite est juste et telle autre injuste. Il ne formule même pas une éthique de la science et ne prétend pas que la seule attitude juste de l'homme dans le monde soit d'en donner une description scientifique. Il n'interdit pas non plus de porter des jugements moraux sur le droit positif. Il se borne à indiquer que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science. En d'autres termes, il consiste simplement dans l'énoncé des conditions permettant de caractériser un discours comme scientifique »³³. En ce qu'ils ne croient pas possible de tenir un discours scientifique sur le juste, les juristes positivistes sont des sophistes : l'opposition que les œuvres de Platon donnent à voir des sophistes d'une part et de Socrate d'autre part recoupe fondamentalement l'opposition structurante du champ juridique entre positivistes d'une part et jusnaturalistes d'autre part.

Le trait pourra sembler forcé : il va sans dire qu'il n'est pas possible de découvrir dans les écrits des sophistes une épistémologie de la science du droit. Mais il faut souligner que la démarche des sophistes est compatible avec une telle épistémologie – dès lors qu'elle n'identifie pas la recherche ou la science à la quête d'un absolu³⁴ – quand la pensée platonicienne lui est orthogonale. Il faut à cet égard rappeler comment Protagoras défend, dans le dialogue du même nom, l'hypothèse de la relativité du bien – ou du bon – quelque chose de « varié et divers » ou de « bigarré »³⁵, selon les traductions, et comment Socrate oppose à cette démonstra-

28. M. Troper, « Le positivisme juridique », préc., spéc. p. 31. Adde M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, Critique des droits, Billets d'humeur de Danièle Lochak*, préc., spéc. p. 360 : « L'épistémologie positiviste, qui interdit de prescrire ou de porter des jugements, découle d'une métaéthique non cognitiviste, selon laquelle les valeurs n'ont pas d'existence objective ou ne sont en tout cas pas connaissables. Aussi, les jugements de valeur ne sont-ils que l'expression de nos émotions et ne peuvent-ils être énoncés par la science ».

29. M. Troper, « Le positivisme juridique », préc., spéc. p. 31.

30. E. Maulin, V^e « Positivisme », préc., spéc. p. 1171.

31. E. Maulin, V^e « Positivisme », préc., spéc. p. 1173.

32. M. Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, préc., spéc. p. 33 : « Dans un premier sens, l'expression "positivisme juridique" désigne un mode d'approche du droit, c'est-à-dire la volonté de constituer une science du droit sur le modèle des sciences empiriques. Cette science doit, comme toute science, être distincte de son objet et se borner à le décrire. Elle doit donc s'abstenir de tout jugement de valeur [nous soulignons]. Si elle prend le droit comme objet, celui-ci doit être défini indépendamment de sa conformité ou de sa non-conformité à la morale ». Adde M. Troper, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », préc., spéc. p. 287 : « Avant de porter sur le droit, le positivisme est une métathéorie, une conception de la science du droit qui relève de l'empirisme ; il s'agit de construire une science du droit, c'est-à-dire une science qui se borne à décrire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être ».

33. M. Troper, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », préc., spéc. p. 288.

34. V. Citot, « Grandeur et décadence de la philosophie grecque », préc., spéc. p. 156 : « Ce qui caractérise la pensée sophistique, c'est l'irrégularité et la relativisation des valeurs traditionnelles [...]. En s'attaquant à la mentalité religieuse, les sophistes en venaient nécessairement à renoncer aux absolus de toutes sortes ».

35. Platon, *Protagoras ou Les Sophistes*, 333d – 334d.

tion l'idée d'un bon en soi. Les spécialistes soulignent, du reste, à propos de Protagoras, son « *perspectivisme* qui tend à montrer qu'il n'existe pas de juste absolu et en soi, permettant de trancher dans le vif et à coup sûr dans les cas juridiques concrets »³⁶.

Au-delà de la science du droit, le relativisme qui caractérise les sophistes et qu'implique l'approche positiviste conduit à des convergences politiques que traduit l'hommage rendu par Kelsen aux sophistes : « Telle est [...] la grande question : l'homme peut-il connaître des vérités et appréhender des valeurs absolues ? Et à cette question se rattache l'opposition des philosophies du monde et de la vie, où vient s'insérer l'opposition entre démocratie et autocratie : la croyance à l'existence de vérités et de valeurs absolues pose les bases d'une conception métaphysique et en particulier mystico-religieuse du monde. La négation de ce principe, l'opinion que

la connaissance humaine ne peut atteindre qu'à des vérités et à des valeurs relatives, et que par suite toute vérité et toute valeur – de même que l'individu qui les trouve – doit être prête en tout temps à s'effacer devant d'autres, conduit à la conception du monde du criticisme et du positivisme, en entendant par là cette direction de la philosophie et de la science qui part du positif, c'est-à-dire du donné, du perceptible, de l'expérience qui peut toujours changer et change incessamment, et qui rejette donc l'idée d'un absolu transcendant à cette expérience »³⁷. Or l'auteur souligne en note : « les sophistes allient à leur empirisme philosophique la lutte pour la démocratie ». L'analyse – qui lie étroitement le relativisme commun aux sophistes et aux positivistes à la démocratie – pourrait être discutée. Nul doute qu'elle offre aux juristes positivistes de bonnes raisons d'être fiers d'être des sophistes !

36. G. Romeyer-Dherbey, *Les sophistes*, op. cit., p. 18.

37. H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Dalloz, 2004, p. 110. Sur cet aspect de la pensée de Kelsen, pour une présentation synthétique, v. F. Brunet, *La pensée juridique de ... Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2019, n° 273, p. 138 : « Ce relativisme est le lien fondamental entre sa théorie juridique et sa théorie politique. Kelsen y tient ardemment, puisqu'il constitue un vecteur de destitution des idoles politiques en tout genre : à l'aune du relativisme, les certitudes absolues n'ont plus aucune place en matière politique. Dès lors, la démocratie doit être regardée comme une procédure formelle (qui permet la discussion et un compromis relatif) et non pas comme processus de découverte d'une vérité absolue [...]. En quelque sorte, la démocratie est l'institutionnalisation du relativisme axiologique. C'est le régime politique de la vérité relative, de même que l'absolutisme de la valeur conduit à l'absolutisme politique. Car face à une vérité présentée comme absolue, la discussion n'a aucune place : seule l'obéissance est de mise ».

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Les juristes positivistes (ne) sont-ils (que) des sophistes ?

Éric Martin-Hocquenghem

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Introduction. – Il est, dans l'histoire de la pensée, des personnages douteux, qu'on conseille d'éviter soigneusement : les sophistes, qui traînent depuis l'Antiquité une réputation sulfureuse, sont de ceux-là¹. Les juristes positivistes doivent-ils être comptés au nombre de ces sophistes et seraient-ils, dès lors, devenus intellectuellement infréquentables ? Tel pourrait sembler, de prime abord, le sens de la question posée. Mais cette interprétation reposerait, en réalité, sur un malentendu, qu'une définition affinée, exempte de préjugés courants, des juristes positivistes et surtout des sophistes est de nature à dissiper.

Sont des « juristes positivistes », ceux qui, par contraste avec les idéalistes, estiment que *le droit tout entier se réduit aux règles juridiques en vigueur*². Sans doute la plupart des juristes positivistes ne se désintéressent-ils pas des

« valeurs », qu'un droit a pour but de promouvoir. Mais, tant que le droit en vigueur ne les a pas consacrées, ces valeurs restent, selon eux, en dehors du champ d'application de la science juridique. Le positivisme prend, à dire vrai, des formes diverses, dont le recensement varie selon les auteurs³. Néanmoins, toutes ses variantes se rejoignent dans une affirmation de l'exclusivité du droit positif et une négation corrélative de l'existence d'un droit naturel⁴.

Quant au mot « sophiste », conjugué avec la tournure négative sous-entendue de la question posée, on serait tenté, certes, de le comprendre spontanément en son sens courant de personne s'adonnant à des raisonnements captieux⁵, sans souci d'exactitude ou de vérité, attachant *davantage d'importance aux mots qu'aux idées*⁶. La question serait alors simplement polémique ; elle inviterait à examiner si, en se complaisant dans

1. P. Navarro, *Les sophistes et l'art de la parole, in limine*, https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782340010123_extrait.pdf

2. J. Carbone, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1^{re} éd., 2004, t. I, n° 38, p. 74.

3. V. par ex. W. Friedmann, *Legal theory*, 5^e éd., Columbia University Press, 1967, p. 253 et s. ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 223 et s. ; du même auteur, « Positivism and the Separation of Law and Morale », *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593 et s. : aimant sans doute à compliquer les choses, l'auteur n'y distingue pas moins de cinq formes de positivisme ; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1976, p. 26 et s. ; N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret avec la collaboration de Ch. Agostini, Bruylant & LGDJ, 1998, p. 23 et s., p. 39 et s. ; J. Carbone, *op. cit.*, t. I, n° 38-41.

4. W. Friedmann, *op. cit.*, p. 257 ; N. Bobbio, *op. cit.*, p. 39-40 ; H. Kelsen, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, appendice à *Théorie générale du droit et de l'État*, 1928, trad. B. Laroche et V. Faure, intr. S.L. Paulson, Bruylant & LGDJ, 1997, p. 435 et s., spéc. p. 438-441.

5. J. de Romilly, *Les grands sophistes dans l'Athènes de Périclès*, De Fallois, 1988, réimpr. Le Livre de Poche, 2004, p. 332.

6. *Ibid.*

les subtilités du droit positif, *les juristes ne réduisent pas leur discipline à un pur verbalisme, sans se soucier de la recherche de la justice.*

L'art juridique, de fait, se révèle propice aux sophismes. Déjà, pour illustrer la maxime proverbiale *Summum jus, summa injuria*, Cicéron⁷ citait le cas d'un personnage qui, après avoir conclu une trêve de trente jours avec l'ennemi, dévastait la nuit son territoire, sous prétexte qu'une trêve des jours, et non des nuits, avait été conclue : le droit strict, en l'occurrence l'application aveugle, à la lettre, de l'accord conclu, entraînait une extrême injustice, en permettant, en réalité, au débiteur d'éluder son obligation. Mais les « sophistes » et leurs sophismes ont survécu à la chute de la République romaine. Dans la doctrine moderne, un bel exemple de sophisme est celui par lequel Josserand prétendait justifier la notion d'abus de droit. Planiol, on le sait, jugeait cette notion contradictoire, dès lors que, un même acte ne pouvant être à la fois contraire et conforme au droit, « le droit cesse où l'abus commence »⁸. Or, à en croire Josserand, Planiol se serait ainsi rendu coupable d'un sophisme, en jouant habilement, dans sa formule, sur les deux sens du terme « droit ». En effet, écrivait Josserand⁹, « on peut parfaitement avoir pour soi tel droit déterminé et cependant avoir contre soi le droit tout entier », si bien que le concept d'abus de droit serait « parfaitement logique » : comme si les droits subjectifs n'étaient pas subordonnés, dans leur existence comme dans leur étendue, au droit

objectif... ainsi le procédé de Josserand a-t-il consisté à qualifier fallacieusement de « sophisme » l'objection de Planiol, pour sauver la notion d'abus de droit au prix d'un « vrai » sophisme, précisément¹⁰. En jurisprudence également, les exemples abondent, de sophismes employés pour justifier artificiellement des solutions. Afin de ne pas se montrer irrévérencieux à l'excès, on se contentera d'évoquer pudiquement la jurisprudence qualifiant artificiellement « d'inexistant » un acte juridique nul parce qu'il lui manque un élément essentiel, afin de le soustraire à une application, jugée inopportune, du régime des nullités¹¹. Les sophismes émaillent donc la littérature juridique et la pratique du droit.

Mais, pour regrettables qu'ils apparaissent, se borner à les déplorer ou ébaucher une sorte de tétatologie juridique en les prenant comme objets d'étude reviendrait à ignorer la portée philosophique de la question posée initialement. Cela impliquerait en effet de s'en tenir à un sens détourné, populaire, du mot sophiste. Or, avant d'acquérir son sens actuel par déformation, ce mot a désigné une catégorie de penseurs ayant prospéré à Athènes au siècle de Périclès, ce cinquième siècle avant Jésus-Christ qui a coïncidé, on le sait, avec l'apogée de la démocratie athénienne. Pour comprendre qui sont ces sophistes, il importe donc de ne pas se laisser abuser par la connotation péjorative que le terme « sophiste » a pris ultérieurement dans la langue courante¹².

7. Cicéron, *Les Devoirs*, intr., texte et trad. M. Testard, Les Belles Lettres, livre I, I, X, 33.

8. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 5^e éd., LGDJ, 1909, n° 871.

9. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits)*, 2^e éd., Dalloz, 1939, réimpr. 2006, préf. D. Deroussin, n° 245.

10. G. Ripert, « Abus ou relativité des droits (à propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*) », *Rev. crit. lég. jur.* 1929, p. 33 et s., n° 18.

11. Req. 30 déc. 1902, D. P. 1903, 1, 137, note E. Glasson ; S. 1903, 1, 257, note A. Tissier ; G. Durry, « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques en droit français », *Trav. Ass. H. Capitain*, 1962, T. XIV, Dalloz, 1965, 611 et s.

12. V. par ex. E. Zeller, *La philosophie des grecs considérée dans son développement historique*, trad. E. Boutroux, 1^{re} partie, t. II, Librairie Hachette, 1882, p. 483-484 ; H. Gomperz, *Les penseurs de la Grèce*, t. I, trad. A. Reymond, préf. A. Croiset, Payot, 1908, p. 435 et s. ; L. Robin, *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*, Albin Michel, rééd. format poche 1998, p. 162-163 ; W.K.C. Guthrie, *The sophists*, Cambridge University Press, 1971, p. 27 et s. ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, p. 13 et s. ; L. Brisson, « Les sophistes », in M. Canto-Sperber (dir.), *Philosophie grecque*, PUF, collection Quadrige, 2^e éd., 2017, p. 89.

I. Qui sont véritablement les sophistes ?¹³

Comme le signale Diogène Laërce¹⁴, σοφιστής était à l'origine un synonyme de σοφός, lequel pouvait vouloir dire, selon le contexte, habile ou sage¹⁵. Néanmoins, σοφιστής a fini par se détacher de σοφός, pour désigner « celui qui sait », c'est-à-dire « tout homme qui excelle dans un art », « habile à quelque chose »¹⁶. Le terme avait ainsi une acception assez large : dans une première approche, on pouvait ainsi appeler sophiste, celui qui sait des choses savantes¹⁷, un homme possédant à fond les ressources de son activité propre, qu'il soit devin, poète ou autre¹⁸. Cependant, très vite le terme se spécialisa pour désigner un groupe d'hommes ayant acquis leur notoriété dans l'Athènes de Périclès. Comme leur nom l'indique¹⁹, ces sophistes sont des « maîtres en savoir », des « maîtres à penser » et des « maîtres à parler »²⁰, des « professionnels de l'intelligence »²¹. « Le savoir était leur spécialité, comme

le piano est celle d'un pianiste »²². Les sophistes sont donc des techniciens : leur art (τέχνη) consiste à transmettre à leurs élèves un savoir qu'ils se flattent de posséder. D'après Platon, Protagoras d'Abdère fut le premier à avoir l'idée de se désigner comme sophiste, c'est-à-dire comme professeur de sagesse²³, à se présenter comme maître en éducation et vertu²⁴. Il fut également le premier à exiger un salaire en contrepartie de ses leçons²⁵. Les sophistes sont des professeurs qui se déplacent de ville en ville chercher leur auditoire et, moyennant rémunération, dispenser des cours à des élèves. Ils adaptent leurs prix au caractère public ou privé de la leçon et selon qu'elle est isolée ou qu'il s'agit d'un cours.

Les sophistes ne sont pas des « sages » – σοφοί –, car ce mot ne désigne pas une profession, mais un état²⁶. Encore que, pour Hegel, la sophistique soit une composante essentielle de l'histoire de la philosophie²⁷, le terme de philosophes leur sied également assez mal²⁸, car il suggère une recherche désintéressée²⁹, « une patiente aspira-

-
13. Pour les textes grecs, nous avons utilisé, outre les éditions des Oxford Classical Texts et celles, bilingues, des Belles Lettres et de la Loeb Classical Library, l'ouvrage classique de H. Diels et W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker* (cité ci-après DK), accessible en ligne, ainsi que d'autres ressources également disponibles en ligne, sur les sites suivants : <https://archive.org/search.php>; <http://www.remacle.org/>; <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>. Pour la traduction française, nous nous sommes notamment servi de l'ouvrage suivant : J.-F. Pradeau (dir.), *Les sophistes*, 2 vol., Garnier-Flammarion (cité ci-après [P]), comprenant une présentation générale par M. Pradeau puis classant les fragments par auteur, comme Diels et Kranz, puis M. Untersteiner (*I Sofisti. Testimozianze e frammenti*), l'avaient fait auparavant, en en offrant, pour chaque sophiste, une traduction précédée d'une notice rédigée par d'éminents spécialistes.
14. Diogène Laërce, *Vie et doctrine des philosophes illustres*, trad. M.-O. Goulet-Cazé, Le Livre de Poche, texte et trad. anglaise R.D. Hicks, Loeb Classical Library, I, 12.
15. G. Br. Kerferd, *Le mouvement sophistique*, trad. et prés. A. Tordesillas et D. Bigou, Vrin, 1999, p. 67-68; W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 27 et s.; L. Brisson, « Les sophistes », préc., spéc. p. 99-100. Les deux adjectifs dérivent du substantif σοφία, qui signifie tantôt « habileté », tantôt « savoir, science » ou « sagesse ».
16. L. Brisson, « Les sophistes », préc., *loc. cit.*; A. Bailly, *Dictionnaire grec-français*; H. Liddell, R. Scott & H.S. Jones, *A greek-english Lexicon* (cité ci-après LSJ).
17. V. la remarque d'Hippocrate, in Platon, *Protagoras*, 312 b et s.
18. Platon, *Protagoras* (dialogue sous-titré ἡ σοφισταὶ – « ou des sophistes ») texte et trad. A. Croiset avec la coll. de L. Bodin, Les Belles Lettres; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion; trad. L. Robin, Gallimard; trad. fr. Ildefonse, Garnier-Flammarion, 316 d – 316 e : Protagoras y affirme que son art – τέχνη – est ancien, mais que lui le pratique à visage découvert au lieu de le dissimuler sous un autre nom, comme l'ont fait jadis, de peur de susciter de la jalousie, des poètes, des devins et même des maîtres de gymnastique; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 21.
19. Platon, *Protagoras*, 312 c et s. : définition que propose, en première approche, le jeune Hippocrate et dont Socrate critique l'imprécision, en même temps qu'il s'inquiète de la vénalité des sophistes; J. de Romilly, *op. cit.*, p. 21.
20. Platon, *Protagoras*, 312 d.
21. J. de Romilly, *op. cit.*, *loc. cit.*; L. Brisson, « Les sophistes », préc., spéc. p. 91.
22. J. de Romilly, *op. cit.*, *loc. cit.*; v. Platon, *Protagoras*, 312 d-e.
23. Platon, *Protagoras*, 317 a-b – 349 a.
24. Platon, *Protagoras*, 349 a.
25. Platon, *Protagoras*, 349 a; Diogène Laërce, *op. cit.*, IX, 50; *adde* : Platon, *Menon*, texte et trad. A. Croiset et L. Bodin, Les Belles Lettres, 1923, 91 d; Platon, *Théétète*, texte et trad. A. Diès, Les Belles Lettres, 161 c; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion; trad. L. Robin, Gallimard, coll. La Pléiade; trad. M. Narcy, Garnier-Flammarion, 161 d-e, 179 a.
26. J. de Romilly, *op. cit.*, *loc. cit.*
27. V. *infra*.
28. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 494; W. Jaeger, *Paideia*, trad. A. et s. Devyver, Gallimard, coll. Tel, p. 341-342, p. 346.
29. W. Jaeger, *op. cit.*, *loc. cit.*

tion au vrai, plutôt qu'une optimiste confiance en sa propre compétence »³⁰. Il arrive toutefois même à Platon d'employer le terme sophiste comme synonyme de philosophe, ainsi lorsque Socrate déclare dans le *Protagoras* que Sparte (Lacédémone) et la Crète comprennent le plus grand nombre de sophistes parce que, en ces endroits, la philosophie est plus ancienne et plus répandue que nulle part ailleurs en Grèce, et qu'il fait l'éloge du laconisme³¹. Ce passage sous-entend qu'il y aurait de vrais sophistes, ceux qui s'expriment par des paroles brèves et pleines de sens, et des imposteurs qui, au contraire, sous le nom de sophistes, triomphent en se présentant comme des maîtres en rhétorique, un art du discours persuasif étranger à la recherche de la vérité³². Mais, sous la plume des adversaires de la sophistique, au premier rang desquels Platon et Aristote, le mot σοφιστής a surtout été employé dans une intention blessante, en un sens que la tradition a recueilli³³.

Ainsi, toujours dans le *Protagoras*³⁴, Socrate compare-t-il les sophistes à des sortes de négociants, qui vendent un savoir de ville en ville, ne se préoccupant pas plus de son effet bénéfique ou nocif sur l'âme, qu'un négociant de denrées de l'effet des aliments sur le corps, alors pourtant

que la santé de l'âme est encore plus importante que celle du corps. Dans le *Gorgias*³⁵, Socrate qualifie la sophistique d'imitation de la politique et de la législation, et la rhétorique, que Gorgias se flatte d'enseigner, d'imitation de la justice : contrairement aux arts qu'elles imitent, la sophistique et la rhétorique ne visent qu'à l'agrément, à attirer les crédules en produisant une illusion sans se soucier du bien. Dans la *République*, Socrate reproche aux sophistes de corrompre la jeunesse³⁶, de se faire rémunérer pour n'enseigner, sous couvert de sagesse, rien d'autres que des doctrines qui plaisent à la foule³⁷, d'usurper le titre de philosophe³⁸. Dans le *Sophiste*, Socrate n'énumère pas moins de sept définitions du sophiste, tout aussi dévalorisantes les unes que les autres, parmi lesquelles : une personne pratiquant l'art de la flatterie, en feignant l'intérêt pour la vertu pour se faire grassement rémunérer³⁹, un négociant en gros de discours et d'enseignements relatifs à la vertu⁴⁰, un imitateur⁴¹... Il leur reproche de donner l'illusion aux autres, par le discours, qu'ils possèdent la science⁴². De même, Aristote⁴³ reproche aux sophistes de chercher à paraître sages au lieu de l'être réellement, dans le but de faire commerce de cette sagesse apparente.

30. J. de Romilly, *op. cit.*, *loc. cit.* ; E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 485-486 ; W. Jaeger, *op. cit.*, p. 344-345. V. Platon, *Apologie*..., *op. cit.*, 21 d et s.

31. Platon, *Protagoras*, 342 b et s. La région de Laconie avait Sparte pour capitale.

32. Platon, *Gorgias*, texte et trad. M. Croiset avec la collaboration de L. Bodin, Les Belles Lettres ; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion ; trad. M. Canto-Sperber, Garnier-Flammarion ; trad. L. Robin, Gallimard, 450 b, 454 e – 455 a, 459 b-c.

33. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 482 et s. ; H. Gomperz, *op. cit.*, t. I, p. 441 et s. ; L. Robin, *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*, *op. cit.*, p. 162-63 ; J. de Romilly, *op. cit.*, p. 22 et p. 32 ; G. Br. Kerferd, *Le mouvement sophistique*, *op. cit.*, p. 43 et s. ; B. Cassin, « Sophistique », in J. Brunschwig, G. Lloyd et P. Pellegrin (dir.), *Le savoir grec (dictionnaire grec)*, 2^e éd., Flammarion, 2011, p. 1161 et s., p. 1163 et s.

34. Platon, *Protagoras*, 313 c-d – 314 c. Rapp. Xénophon, *Mémoires*, I, chap. VI, 13 : Socrate y compare les sophistes vendant la science à des prostituées faisant commerce de leur corps.

35. Platon, *Gorgias*, 463 d et s.

36. Platon, *La République*, texte et trad. E. Chambry, Les Belles Lettres ; trad. G. Leroux, Garnier-Flammarion ; trad. P. Pachet, Gallimard, coll. Folio ; trad. L. Robin, Gallimard, coll. La Pléiade, livre VI, 492 a.

37. *Ibid.*, 493 a.

38. *Ibid.*, 495 D-E.

39. Platon, *Le sophiste*, 223 a.

40. *Ibid.*, 224 c-d.

41. *Ibid.*, 235 a.

42. Platon, *Le sophiste*, 233 b – 235 a.

43. Aristote, *Réfutations sophistiques*, texte et trad. Angl. E.S.S. Forster et D.J. Furley, Loeb classical library ; trad. J. Brunschwig et M. Hecquet, prés. P. Pellerin, Garnier-Flammarion ; trad. L.-A. Dorion, préf. J. Brunschwig, 165 b 21-26 ; *Éthique à Nicomaque*, texte grec L. Bywater, Oxford classical texts ; trad. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, Peeters et Nauwelaerts, 2002, t. I, 2^e partie ; trad. J. Tricot, Vrin ; trad. R. Bodéüs, Garnier-Flammarion, livre IX, chap. 1, 1164, 22 et s. : dans ce dernier texte, Aristote oppose néanmoins Protagoras, qui demandait à son élève, une fois la leçon donnée, d'en évaluer le prix (v. Platon, *Protagoras*, 328 b), et les sophistes postérieurs, feignant un savoir illusoire afin de soutirer de l'argent à ceux qui suivent leurs leçons.

À dire vrai, les sophistes ne donnent pas tous le même objet à leur enseignement⁴⁴. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux définitions respectives que deux de leurs représentants les plus éminents, Protagoras d'Abdère, d'une part, Gorgias de Léontinoi, de l'autre, donnent respectivement de leur art. Gorgias se flatte d'enseigner la rhétorique (ἡ τέχνη τῆς ῥητορικῆς) qui permet à tout un chacun de triompher dans n'importe quel domaine par l'art oratoire, lequel vaut par lui-même, par la persuasion qu'il produit, indépendamment du contenu du discours⁴⁵. Protagoras, lui, affirme enseigner uniquement la vertu politique (ἡ πολιτικὴ τέχνη), consistant en la faculté de bien délibérer au sujet des affaires domestiques et de celles de la cité, de manière à former de bons citoyens⁴⁶. Il critique implicitement, à cet égard, des sophistes concurrents comme Hippias, qui instruisent leurs disciples dans des sciences techniques spécialisées et rébarbatives. Prodicos, dont Socrate fut l'élève, était, quant à lui, spécialisé dans la sémiologie⁴⁷. Les sophistes ne forment donc pas une école⁴⁸, contrairement à l'Académie de Platon ou le Lycée d'Aristote. Aussi bien, alors que les sommes payées par l'élève de l'École bénéficient exclusi-

vement à cette dernière, les sophistes tirent personnellement profit de leurs leçons⁴⁹.

Néanmoins au-delà de leur diversité, et pour autant qu'on puisse en juger en dépit de la difficulté qu'il y a à en reconstituer la doctrine à partir des fragments qu'on a conservés, les sophistes partagent plusieurs caractéristiques. Ces dernières témoignent de leur appartenance à un mouvement commun⁵⁰.

II. Le mouvement de pensée sophistique en général

Les caractéristiques communes aux différents sophistes sont essentiellement les suivantes : un relativisme confinant chez certains à un nihilisme ontologique, l'importance attachée à l'art oratoire, l'humanisme. On les reprendra successivement, avant d'en exposer les conséquences en philosophie du droit.

Le relativisme se déduit d'un aphorisme célèbre que Protagoras avait inséré au début de son ouvrage perdu *De la Vérité*⁵¹ ou *Des Discours terrassants*⁵² : Πάντων χρημάτων μέτρον ἐστὶν ἄνθρωπος, τῶν μὲν ὄντων ὡς ἔστιν, τῶν δὲ οὐκ ὄντων ὡς οὐκ ἔστιν⁵³. La signification littérale en semble la suivante : « L'homme est la mesure de

44. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 480 et s.; M. Untersteiner, *Les sophistes*, 2^e éd., trad. A. Tordesillas, préf. G. Romeyer-Dherbey, Vrin, 1993, t. I, p. 13; comp. W. Jaeger, *op. cit.*, p. 341.

45. Platon, *Gorgias*, 449 a, 449 d, 454 e – 455 a, 456 b-c, 459 b-c.

46. Platon, *Protagoras*, 318 e – 319 a; W. Jaeger, *op. cit.*, p. 347-348.

47. Platon, *Protagoras*, 341 a.

48. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 13.

49. V. par ex. Platon, *Apologie de Socrate*, texte et trad. M. Croiset, Les Belles Lettres, trad. L. Brisson, Flammarion; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion; trad. L. Robin, Gallimard, 19 e – 20 a; Platon, *Protagoras*, 313 cd – 314 c; Platon, *Le Sophiste*, texte et trad. A. Diès, Les Belles Lettres; trad. N.-L. Cordero, Garnier-Flammarion; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion; trad. L. Robin, Gallimard, coll. La Pléiade, 223 a.

50. V. par ex. : W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 47-48; W. Jaeger, *op. cit.*, p. 356 (qui parle d'une « grande famille »); M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 13-14; D. Bigout, « Diversité des sophistes, unité de la sophistique », *Noesis* 2, 1998, 37 et s. et les nombreuses réf.

51. Titre de l'ouvrage d'après Platon, *Théétète*, 161 c = DK B I [P 27 b].

52. Τὸν Καταβαλλόντων, titre de l'ouvrage d'après Sextus Empiricus, *Contre les professeurs*, intr., glossaire et index P. Pellegrin, trad. *Varii auctores*, Seuil, coll. Points – Essais, VII, 60 = DK B I [P 29 a]. M. Pradeau préfère traduire : *Des Discours démolisseurs* (sic).

53. Platon, *Théétète*, 152 a = DK B 21 [P 27 a]; Sextus Empiricus, *Contre les professeurs*, VII, 60 = DK B I [P 29 a]; Sextus Empiricus, *Esquisses pyrrhoniennes*, intr., texte, trad. et com. P. Pellerin, Seuil, coll. Points – Essais, I, 216 = DK A XIV [P 29 b]; Diogène Laërce, *op. cit.*, IX, 50 = DK A I [P 1]; *adde*, ne citant que la première partie la formule : Platon, *Cratyle*, texte et trad. L. Mériodier, Les Belles Lettres, 385 e – 386 a = DK A XIV [P 27 e]; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion; trad. L. Robin, Gallimard, coll. La Pléiade; trad. C. Dalimier, Garnier-Flammarion; Aristote, *Métaphysique*, texte grec, W. Jaeger, Oxford Classical Texts; texte grec, commentaire et introduction, W.D. Ross, Oxford Clarendon Press, I, 1053 a 35-36 [P 28 a]; trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, Garnier-Flammarion.

toutes choses, de celles qui sont, qu'elles sont, et de celles qui ne sont pas, qu'elles ne sont pas »⁵⁴. Cette traduction et, plus encore, l'interprétation de la formule ont néanmoins donné lieu à de nombreuses discussions⁵⁵ entre lesquelles nos connaissances superficielles ne nous permettent pas de trancher. Nous ne croyons toutefois pas inutile de les évoquer, ne serait-ce que pour inciter le lecteur à la prudence dans la lecture d'une formule dont l'apparente simplicité est trompeuse.

Comme chacun le sait, le terme « μέτρον », tout d'abord, veut dire « mesure ». Commentant séparément la formule de Protagoras, Platon⁵⁶ puis Sextus Empiricus⁵⁷ exposent que Protagoras aura ainsi voulu signifier que l'homme était le « critère » de tous les objets⁵⁸. Effectivement, l'un⁵⁹ et l'autre⁶⁰ entendent le terme χρήματα, que Protagoras emploie, comme un synonyme de πραγμάτα, mot signifiant, entre autres, les choses existantes, les événements. Cependant, des interprètes modernes ont contesté cette interprétation du terme μέτρον⁶¹. En énonçant que l'homme est mesure, Protagoras aurait en effet voulu signifier que l'homme « possède le contrôle » ou « possède la maîtrise » de toutes choses, de l'événement. À partir d'un « discours

faible », l'affirmation de la diversité des opinions, le mot μέτρον annoncerait donc un « discours fort », de confiance dans les capacités de l'être humain⁶². La formule représenterait une application de la célèbre promesse de Protagoras : « rendre plus fort un argument plus faible⁶³, de telle manière qu'il devienne « terrassant ».

Certains interprètes⁶⁴, ensuite, traduisent l'adverbe ὥς en lui donnant son sens habituel de « comme », « de la façon que », ce qui donne : « L'homme est la mesure de toutes choses, de celles qui sont comme elles sont et de celles qui ne sont pas, comme elles ne sont pas ». Mais, à suivre cette traduction, l'homme serait, pour Protagoras, la mesure des seules qualités, attributs des objets, à l'exclusion de leur substance, laquelle serait ainsi soustraite à la subjectivité du jugement humain : par exemple, il y aurait une essence de la justice, peu important comment chaque homme perçoit celle-ci⁶⁵. Or, ce serait prêter à tort⁶⁶ une ontologie à l'illustre sophiste, à rebours du sens donné à la formule de l'homme-mesure par Platon⁶⁷, Aristote⁶⁸ et Sextus Empiricus⁶⁹. En effet, pour Protagoras, selon la remarque d'Aristote, le sensible n'est rien indépendamment du fait de sentir, de la sensation⁷⁰.

54. P. Natorp, *Forschungen zur Geschichte des Erkenntnisproblems im Altertum: Protagoras, Demokrit, Epikur und die Skepsis*, Berlin, éd. Wilhelm Hertz, 1884, p. 14; H. Gomperz, *op. cit.*, t. I, p. 478; Cl. Ramnoux, « Les présocratiques », in B. Parain (dir.), *Histoire de la philosophie, I, Orient, Antiquité, Moyen-Âge*, Gallimard, coll. La Pléiade, p. 446; G. Romeyer-Dherbey, « Protagoras », in *Le savoir grec...*, *op. cit.*, p. 867 (ces deux auteurs omettent la conjonction de coordination « et »); B. Cassin, « Sophistique », *préc.*, *spéc.* p. 1162 (*idem*).

55. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 181 et s., p. 188 et s.; E. Dupréel, *Les sophistes*, Neuchâtel : Éditions du Griffon, 1948 p. 188 et s.; M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 73 et s. et p. 119 et s.; pour un résumé de ces discussions : M. Narcy, note 87, in Platon, *Théétète*.

56. Platon, *Théétète*, 178 b.

57. Sextus Empiricus, *op. cit.*, *loc. cit.* : « μέτρον » μὲν λέγων τὸ κριτήριον, « χρημάτων » δὲ τῶν πραγμάτων... Pour Sextus Empiricus, il s'agit d'expliquer en quoi les sophistes se démarquent du scepticisme pyrrhonien.

58. V. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 183; L. Brisson, « Les sophistes », *préc.*, *spéc.* p. 109.

59. Platon, *Cratyle*, 385 e – 386 a.

60. Sextus Empiricus, *op. cit.*, *loc. cit.*, passage reproduit à la note 57.

61. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 75 et s. et p. 121 et s.; Cl. Ramnoux, « Les présocratiques », in B. Parain, *Histoire de la philosophie, I, Orient, Antiquité, Moyen-Âge*, Gallimard, coll. La Pléiade, p. 446.

62. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 126-128.

63. Aristote, *Rhétorique*, texte et trad. M. Dufour, Les Belles Lettres, livre II, chap. 24, 1402 a 7 et Étienne de Byzance « entrée Abdère » = DK A XXI [P 41 a]; v. G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 159-160; J. de Romilly, *op. cit.*, p. 120 et s.; M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 86 et s.

64. G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 142.

65. Telle semble bien l'interprétation de G. Br. Kerferd (*op. cit.*, p. 144).

66. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 185-186; M. Narcy, *op. cit.*, *loc. cit.*

67. Platon, *Cratyle*, 385 e – 386 a.

68. Aristote, *Métaphysique*, Θ, 3, 1047 a 5-6.

69. Sextus Empiricus, *op. cit.*, *loc. cit.*, 219. V. la traduction de la formule de Protagoras par Chambry dans sa traduction du Théétète : « L'homme est la mesure de toutes choses, de l'existence de celles qui existent et de la non-existence de celles qui n'existent pas ». Mais cette traduction laisse entendre que, pour Protagoras, les choses n'auraient pas d'existence en dehors de la sensation. Or l'illustre sophiste veut simplement dire que nous ne les saisissons que par la sensation, et non pas qu'elles n'existent pas en dehors de celle-ci (L. Brisson, « Les sophistes », *préc.*, *spéc.* p. 109).

70. Aristote, *Métaphysique*, Θ, 3, 1047 a 5-6. V. Platon, *Théétète*, 156 a – 157 c et 167 a-b.

Du reste, les choses qui ne sont pas, et dont l'homme est aussi la mesure, d'après le sophiste, n'ont pas, à proprement parler, une manière de ne pas être⁷¹. C'est donc de ce que sont ou ne sont pas les choses, dont l'homme est la mesure, et non pas simplement de leurs qualités⁷².

Aussi d'aucuns préférèrent-ils tenir ici ὥς pour un équivalent de ὅτι, « que ». Cette traduction se justifie d'autant plus, font-ils valoir, qu'elle s'impose à propos d'une autre célèbre sentence de Protagoras, où ce dernier professe son agnosticisme⁷³, en exorde à un ouvrage perdu, intitulé Des dieux : Περί μὲν θεῶν οὐκ οἶδα οὐθ' ὥς εἰσὶν οὐθ' ὥς οὐκ εἰσὶν οὐθ' ὅποιοι τινες ἰδέαν· πολλὰ γὰρ τὰ κωλύοντα εἰδέναι, ἧ τ' ἀδηλότης καὶ βραχύς ὢν ὁ βίος τοῦ ἀνθρώπου⁷⁴ – « Au sujet des dieux, je ne sais ni qu'ils sont, ni qu'ils ne sont pas, ni quel est leur aspect : nombreux sont en effet les empêchements à le savoir, leur invisibilité et le fait que la vie de l'homme est courte »⁷⁵. Cependant, l'identité de traduction de ὥς dans les deux fragments peut se discuter d'un point de vue grammatical⁷⁶ et la traduction « que », dans le fragment sur l'homme présente le défaut d'atrophier, en quelque sorte, l'adverbe ὥς. D'autres

interprètes préfèrent dès lors traduire, d'une manière neutre : « L'homme est la mesure de toutes choses : pour celles qui sont, mesure de leur être, pour celles qui ne sont pas, mesure de leur non-être »⁷⁷; ou encore : « L'homme est la mesure de toutes choses, de celles qui sont en tant qu'elles sont; de celles qui ne sont pas en tant qu'elles ne sont pas »⁷⁸.

Quoi qu'il en soit, il reste à résoudre une difficulté majeure d'interprétation, et non plus de traduction : qu'entendait exactement Protagoras par « homme » – ἄνθρωπος ? À suivre Platon dans le *Théétète*, où Socrate discute longuement la théorie de la connaissance de l'illustre sophiste⁷⁹, l'homme est, en l'occurrence, chacun d'entre nous, l'individu, et non l'Homme en général : « Telles les choses me paraissent, telles elles sont pour moi; telles elles te paraissent, telles elles sont pour toi : homme, tu es et moi aussi », selon une autre formule également attribuée à Protagoras⁸⁰. Aristote⁸¹ et Sextus Empiricus⁸² partagent cette interprétation, ainsi que la majorité des interprètes modernes⁸³. Le critère de la connaissance varie donc en fonction des personnes et des circonstances⁸⁴ : pour chacun

71. H. Gomperz, *op. cit.*, t. I, p. 479; F.M. Cornford, *Plato's theory of knowledge*, 1935, réimpr. The Library of Liberal Arts, 1957, p. 35-36.

72. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 126-127 et note 34, p. 136; F.M. Cornford, *op. cit.*, loc. cit.; W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, loc. cit.

73. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 53-54; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 153-154.

74. Eusèbe, *Préparation évangélique*, XIV, 3, 7 = DK B IV. La formule est aussi citée sous une forme un peu différente par Sextus Empiricus (*Contre les mathématiciens*, IX, 55-56 = DK A XII) et partiellement par Platon (*Théétète*, 162 e), ainsi que par Diogène Laërce (*op. cit.*, IX, 51 = DK B 4).

75. H. Gomperz, *op. cit.*, t. I, loc. cit.; G. Romeyer-Dherbey, *préc.*, spéc. p. 862 et 864; B. Cassin, *préc.*, spéc. p. 1162. V. ég. la traduction de J. de Romilly (*Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 154) : « Sur les dieux, je ne puis savoir qu'ils existent, ni qu'ils n'existent pas, ni quelle forme est la leur; bien des circonstances empêchent de le savoir : l'absence de données sensibles et la brièveté de la vie ».

76. M. Narcy, note 87, in Platon, *Théétète* : dans le fragment sur les dieux, la proposition complétive débutant par « que » s'impose tout naturellement après le verbe εἰδέναι (savoir). Au contraire, dans le fragment sur l'homme, le « que » se greffe malaisément sur le génitif pluriel complément de μέτρον.

77. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 128 et p. 146; L. Brisson, « Les sophistes », *préc.*, spéc. p. 108 (traduction proche).

78. J.-F. Pradeau, *op. cit.*, 27 a.

79. Platon, *Théétète*, 152 a et s.

80. Platon, *Théétète*, 152 a et s. : Οὐκοῦν οὕτω πως λέγει, ὥς οἷα μὲν ἕκαστα ἐμοὶ φαίνεται τοιαῦτα μὲν ἔστιν ἐμοί, οἷα δὲ σοί, τοιαῦτα δὲ αὐτῷ σοί; Platon, *Cratyle*, 385 e – 386 a : même citation. L'ajout ἄνθρωπος δὲ σύ τε καὶ γῶ (« tu es homme et moi aussi ») ne figure que dans le *Théétète*.

81. Aristote, *Métaphysique*, Γ, 5, 1009 a 9-12; K, 6, 1062 b 14-15.

82. Sextus Empiricus, *Esquisses pyrrhoniennes*, *op. cit.*, loc. cit., encore que l'auteur y parle ensuite de l'homme en général (219), afin de bien distinguer le scepticisme pyrrhonien du relativisme de Protagoras.

83. V. par ex. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 498-499; P. Natorp, *op. cit.*, p. 1 et s., spéc. p. 14 et s., insistant longuement sur le fait qu'il n'y a aucune raison de mettre en doute, à cet égard, la sincérité du témoignage de Platon dans le *Théétète*; L. Robin, *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*, *op. cit.*, p. 174-175; W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 186 et s.; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 142.

84. Platon, *Euthydème*, texte et trad. L. Meridier, Les Belles Lettres; trad. M. Canto-Sperber, Garnier-Flammarion; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion; trad. L. Robin, Gallimard, coll. La Pléiade, 286 b-c; Aristote, *Métaphysique*, Γ, 4, 1007 b 18, Γ, 5, 1009 a 6 et K, 6, 1062 b 13.

d'entre nous, il n'y a que les phénomènes, les objets tels que la sensation nous les fait apparaître⁸⁵. L'apparence et l'opinion se substituent ainsi à la vérité en soi comme objet de science⁸⁶. Aussi chacun peut-il être soit croyant, soit athée et s'il est croyant, se faire sa propre idée des dieux, différente de ce qu'ils sont⁸⁷.

Il résulte de ce relativisme que toute contradiction est impossible, puisque ce qui apparaît tel à l'un, apparaît autrement à l'autre⁸⁸. Ainsi, selon Protagoras, peut-on, sur toute chose, tenir deux discours exactement contraires sans se contredire mutuellement⁸⁹, car telle que la chose lui apparaît, elle est vraie pour chacun. Protagoras, nous dit Diogène Laërce, fut le premier à appliquer cette méthode à la discussion⁹⁰, comme le montrent les Discours doubles (Δισσοί λόγοι)⁹¹ qu'on attribue traditionnellement à un sophiste anonyme principalement influencé par Protagoras. Ce sont en effet des exercices rhétoriques, sous la forme d'une succession d'antilogies au sujet du bien et du mal, du beau et du laid, du juste et de l'injuste, de la vérité et de l'erreur... Le langage, qui permet de communiquer avec autrui, revêt dès lors une importance primordiale. Aussi bien, dans Le Sophiste⁹², Socrate

définît-il le sophiste, entre autres, comme un contradictoire, toujours prêt à disputer sur quelque matière que ce soit. Comme Diogène Laërce le dit de Protagoras⁹³ : « laissant de côté le sens, il ne disputa que des mots ». Protagoras était, de fait, réputé dans la Grèce entière pour ses talents d'orateur⁹⁴.

Quant à Gorgias, il supprime le critère de la vérité plus radicalement encore que Protagoras. Dans un passage d'un ouvrage perdu intitulé Du non-être ou de la nature⁹⁵, à la portée du reste controversée⁹⁶, il professe en effet un « nihilisme ontologique »⁹⁷, qu'il résume en trois propositions. En premier lieu, rien n'est, d'où la vanité radicale de toute ontologie positive, comme négative. En deuxième lieu, même si quelque chose était, l'homme ne pourrait l'appréhender, ce qui revient à affirmer la séparation de l'être et de la pensée et le caractère fictif de cette dernière. En troisième lieu, même si on pouvait l'appréhender, on ne pourrait ni le formuler, ni l'expliquer aux autres, d'où l'autonomie du discours, du langage, qui puise sa raison d'être dans l'impossibilité d'une ontologie⁹⁸. Gorgias fonde ainsi une science du discours libérée de la science des choses, la rhétorique, qu'il se flatte d'ensei-

85. Platon, *Théétète*, 152 c; Sextus Empiricus, *op. cit.*, *loc. cit.*; M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 80.

86. Platon, *Théétète*, 170 c.

87. G. Romeyer-Dherbey, *préc.*, spéc. p. 867.

88. Platon, *Euthydème*, 286 b-c; Aristote, *Métaphysique*, Γ, 4, 1007 b 18, Γ, 5, 1009 a 6 et K, 6, 1062 b 13.

89. Diogène Laërce, *op. cit.*, *loc. cit.* = DK A 1 [P 1].

90. *Ibid.*

91. T.M. Robinson (ed.), *Contrasting Arguments: An Edition of the Dissoi Logoi*, London, Arno Press, 1979; J.-F. Pradeau (dir.), *op. cit.*, t. II, trad., *prés.*, notes L. Dorion, p. 123 et s.; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 147.

92. Platon, *Le sophiste*, 232 b – 232 e.

93. *Ibid.*

94. Platon, *Protagoras*, 328 d, 329 b, 335 a – 336 c; Diogène Laërce, *op. cit.*, *loc. cit.*

95. Gorgias, *Du non-être, ou de la nature*, in Sextus Empiricus, *Contre les mathématiciens*, VII, 65-87 = DK B III [P 41]; Anonyme, *Sur Mélissos, Xénophane et Gorgias*, 979 a 12 – 980 b 21 [P 42].

96. Tout d'abord, les interprètes se sont interrogés sur la version qu'il convenait de faire prévaloir lorsque les passages de Sextus Empiricus et de l'Anonyme divergeaient. Ensuite, les interprètes se sont demandé si Gorgias se livrait à un simple exercice rhétorique ou s'il devait être pris au sérieux. Enfin, quant à la traduction, on a hésité entre attribuer son sens existentiel, absolu au verbe εἶναι, que Gorgias emploie, ou bien ne lui reconnaître que son sens copulatif, comme lorsqu'on dit, par exemple, que la neige est blanche. Ainsi, selon qu'on retient l'un ou l'autre de ces sens, on traduira le premier argument développé ci-après par « rien n'existe » ou par « rien n'est ». Le passage constitue la critique, par Gorgias, des thèses de Parménide dans son poème *De la Nature (Parménide – Le poème)*, *prés.* J. Beaufret, *texte et trad.* En annexe, PUF, coll. Epiméthée), selon laquelle (VI) « l'être est, et il n'est pas possible qu'il ne soit pas » (τ'ὅν [...] ἔστι γὰρ εἶναι, μὴδὲν δ'οὐκ ἔστιν = DK B 6) et (III) « c'est en effet la même chose que penser et être » (τὸ γὰρ αὐτὸ νοεῖν ἐστίν τε καὶ εἶναι = DK B 5). Sans doute doit-on comprendre dès lors que, par ses affirmations « premièrement rien n'est » (πρῶτον οὐδὲν ἔστιν), « deuxièmement si quelque chose était, l'homme ne pourrait l'appréhender » (δεύτερον ὅτι εἰ καὶ ἔστιν, ἀκατάληπτον ἀνθρώπῳ), Gorgias a voulu dénoncer l'équivoque parméniennne, par laquelle les sens existentiel et copulatif de « être », précisément, tendent à se confondre. V. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 499 et s.; L. Robin, *La pensée grecque...*, *op. cit.*, p. 175-176; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 150 et s.; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 145-146; B. Cassin, « Sophistique », *préc.*, spéc. p. 1167-1168; W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 1193 et s.

97. Cl. Ramnoux, « Les sophistes », *préc.*, spéc. p. 443.

98. J.-M. Poirier, in Dumont (dir.), « Les présocratiques », Gallimard, coll. La Pléiade, p. 1537.

gner⁹⁹. L'art de la persuasion¹⁰⁰ se substitue chez lui à des valeurs stables et universelles¹⁰¹. Il compare la rhétorique à un sport de combat, dans les techniques duquel l'entraîneur instruit son élève pour qu'il en fasse bon usage, sans devoir pour autant répondre de l'emploi malintentionné que ce dernier pourrait en faire¹⁰².

Cependant, à rebours de l'interprétation relativiste de la formule précitée de Protagoras, d'aucuns ont soutenu que l'homme-mesure serait l'Homme universel, et non l'individu¹⁰³. Selon cette interprétation, en un certain sens¹⁰⁴ pré-kantienne, Protagoras aurait voulu dire, rejetant toute transcendance, que la connaissance de l'homme est bornée aux phénomènes, aux choses telles qu'elles lui apparaissent par la sensation. Aussi comprend-on qu'il soit dès lors impossible de connaître les dieux, bien qu'on doive enseigner d'y croire¹⁰⁵.

D'après beaucoup d'interprètes contemporains¹⁰⁶, les deux interprétations de la formule de Protagoras ne doivent pas, en réalité, s'exclure. Bien que « l'homme » s'y entende indéniablement de l'individu, ce dernier ne doit pas être pensé isolément de la collectivité à laquelle il appartient, dissociée de l'homme en soi pourrait-on aller jusqu'à écrire¹⁰⁷. Le terme revêt donc

également un sens générique. Sans doute, puisque, selon lui, l'individu est la mesure de toutes choses, Protagoras – ironise Platon par la voix de Socrate – aurait-il tout aussi bien pu dire que le porc, le babouin ou toute autre créature dotée de sensation l'est pareillement¹⁰⁸. Toutefois, de ce que nul ne possède la vérité davantage qu'un autre, il ne faut pas déduire que la sagesse doit être niée¹⁰⁹. Si tel était le cas, en effet, Protagoras s'enfermerait dans une auto-réfutation, car, de son propre aveu, la plupart pourrait parfaitement tenir pour fallacieuse sa vérité¹¹⁰.

Aussi, au dire de Socrate dans le *Théétète*, se défendant de buter sur cet écueil, Protagoras a-t-il remplacé la notion de vérité par celle d'utilité : que la vérité soit propre à chaque individu, n'empêche pas que certaines choses soient utiles, avantageuses à l'homme vivant en société, et d'autres nuisibles¹¹¹. L'emploi par Protagoras, dans sa formule, du terme *χρήματα*¹¹² de préférence à celui de *πραγμάτα* pourrait d'ailleurs inciter à ériger l'homme en mesure, maîtrise de l'utilité des choses, au-delà de leur existence¹¹³. À cet égard, Protagoras dresse un parallèle entre l'art politique et l'art médical : comme le médecin par ses drogues, le sophiste, par ses discours, fait passer d'un état moins bon à un état meilleur.

99. Platon, *Gorgias*, 449 a, 450 b.

100. Platon, *Gorgias*, 453 a, 454 e – 455 a, 456 b-c.

101. Platon, *Gorgias*, 454 e – 455 a. Sur l'art du moment opportun (*καιρός*) dans le discours chez Gorgias, v. Denys d'Halicarnasse, *Comp. stylistique*, XII, 5 = DK B XVIII [P 55]; M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 282 et s.; J.-M. Poirier, in Dumont (dir.), « Les présocratiques », *op. cit.*, p. 1536-1537.

102. Platon, *Gorgias*, 456 c – 457 c. La comparaison de l'art sophistique du discours à un sport et, plus particulièrement, à un sport de combat, revient souvent chez Platon (*Euthydème*, 271 c – 272 a; *Protagoras*, 335 e – 336 a et 339 e; *Le sophiste*, 225 a – 226 a).

103. H. Gomperz, *op. cit.*, t. I, p. 478 et s.

104. En effet, contrairement à E. Kant (*Critique de la raison pure*, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, PUF, « Analytique transcendantale », « Analytique des principes »), Protagoras n'envisage pas de noumènes, de choses en soi, que notre entendement ne pourrait connaître, mais uniquement penser. Pour lui, en effet, il n'y a pas de réalité en dehors de ce qui est senti, on l'a vu. V.M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 79.

105. V. *infra*.

106. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 74, p. 89 et s., p. 128 et s.; E. Dupréel, *op. cit.*, p. 14 et s.; W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 187; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 149 et s.; Dumont et alii, *op. cit.*, p. 1525-1526; G. Romeyer-Dherbey, *préc.*, spéc. p. 868; L. Brisson, *préc.*, spéc. p. 109; M. Narcy, note 87, in Platon, *Théétète*, *op. cit.*

107. M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 129-130 et le renvoi à K. Joël, *Geschichte der antiken Philosophie*, Tübingen, 1921, p. 704-707, p. 711-712 et à d'autres interprètes.

108. Platon, *Théétète*, 161 c.

109. *Ibid.*, 166 a et s.

110. *Ibid.*, 161 c – 162 a, 171 b.

111. *Ibid.*, 166 a – 167 d.

112. *Χρήμα* : chose dont on se sert et, au pluriel *χρήματα*, également avoirs, richesses.

113. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 190 et s.; B. Cassin, *préc.*, spéc. p. 1171-1172; L. Brisson, « Les sophistes », *préc.*, spéc. p. 109. Il convient néanmoins de ne pas attribuer une portée trop grande à l'emploi d'un terme plutôt que l'autre, car *πραγμάτα* peut aussi signifier les choses auxquelles l'homme a affaire (M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 120-121; M. Narcy, in Platon, *Théétète*, *op. cit.*, note 87).

leur¹¹⁴. En effet, l'orateur sage et bon fait qu'aux cités, apparaissent justes (δίκαια) les choses bénéfiques (χρηστά) au lieu de celles maléfiques (πονηρά)¹¹⁵. Certes, semblent justes et belles à chaque cité les choses qu'elle décrète comme telles¹¹⁶. Mais le sage fait qu'elles sont et apparaissent bénéfiques, au lieu chacune de maléfiques¹¹⁷. Pour la même raison, le sophiste capable de diriger ainsi ses élèves est sage et mérite une importante rémunération de la part de ceux qu'il a instruits¹¹⁸. Protagoras substitue ainsi l'affirmation de valeurs partageables, que l'art du sophiste tend à faire devenir réalité, à la recherche spéculative du vrai. Le talon d'Achille de cette doctrine réside toutefois dans l'absence d'un critère permettant d'identifier, parmi les valeurs relatives susceptibles d'être poursuivies par le législateur, celles dignes d'être promues dès lors que l'éviction de la notion de vérité exclut la possibilité de valeurs absolues¹¹⁹.

Avec les sophistes, l'homme, « mesure de toute chose », devient ainsi le centre de la spéculation. Un humanisme, qui se veut lucide, succède au naturalisme qui l'avait précédé¹²⁰, celui d'Héraclite d'Éphèse ou d'autres présocratiques. L'homme doit en effet s'occuper des seules choses humaines. Du passé, les sophistes font ainsi « table rase », selon l'expression de Jacqueline de Romilly. L'univers des sophistes n'admet ni transcendance, ni vérité absolue, ni divinité¹²¹.

S'il est vrai que Protagoras soutient qu'on doit enseigner le respect des lois divines, il ne le justifie que par l'utilité d'un tel enseignement, qui rend la cité possible en contribuant à inculquer la vertu politique à l'homme¹²², indépendamment de l'existence ou non des dieux¹²³. Les sophistes ont été ainsi les premiers à dispenser, en vue de la vie pratique, un enseignement intellectuel, comme cela se fait encore aujourd'hui. Ils lui ont donné la forme d'un enseignement par la rhétorique, ce qui a duré jusqu'à nous¹²⁴. Bien que ces doctrines n'eussent pas la vérité pour but, le soin que Platon met à les combattre dans ses dialogues atteste suffisamment de leur importance¹²⁵. À Hegel¹²⁶ revient le mérite d'avoir, le premier, réhabilité les sophistes, ces « maîtres de la Grèce », comme il les a appelés. Mais la manière dont il a justifié le rôle capital des sophistes dans l'histoire de la pensée n'a pas permis de corriger l'hostilité dont ils faisaient traditionnellement l'objet¹²⁷. Il appréhende en effet leur mouvement sous un angle négatif : leur négation des conceptions qui les ont précédés les ayant égarés dans de vaines ratiocinations, dans une réflexion critique généralisée, aura imposé la synthèse platonicienne puis aristotélicienne¹²⁸.

Au dix-neuvième et au vingtième siècles, des ouvrages importants, notamment celui de l'historien utilitariste Georges Grote¹²⁹, tendent, en revanche, à souligner qu'à l'instar du dieu Janus,

114. Platon, *Théétète*, 167 a.

115. *Ibid.*, 167 c et v. trad. A. Diès.

116. *Ibid.*, 167 c et 172 a-b.

117. *Ibid.*, 167 c (traduction difficile et controversée).

118. *Ibid.*, 167 c-d ; B. Cassin, *préc.*, spec. p. 1171.

119. E. Dupréel, *op. cit.*, p. 56 et s.

120. W. Jaeger, *Paideia*, *op. cit.*, p. 348 et s. ; L. Robin, *op. cit.*, p. 162 ; M. Untersteiner, *op. cit.*, t. I, p. 13-14 ; E. Dupréel, *op. cit.*, p. 35 et 55 ; E. Bréhier, *Histoire de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige Manuels, réimpr. 2014, p. 74 ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 261-262 et p. 285 et s.

121. Platon, *Les lois*, texte et trad. A. Diès, Les Belles Lettres ; trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion ; trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion ; trad. L. Robin et J. Moreau, Gallimard, coll. La Pléiade, livre X, 889 e.

122. Platon, *Protagoras*, 325a – 325 e ; W. Jaeger, *op. cit.*, p. 347 et s. ; G. Romeyer-Dherbey, *préc.*, spec. p. 869-870.

123. H. Gomperz, *op. cit.*, t. I, p. 476-477 ; W. Jaeger, *op. cit.*, p. 349-351. Sur cette existence, en effet, on l'a vu, Protagoras n'entend pas se prononcer.

124. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 331.

125. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 332.

126. G.W.F. Hegel, *Leçons d'histoire de la philosophie*, éd. Vrin, trad. P. Garneron, t. II p. 239 et s., not. p. 244 ; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 46 et s. ; R. Sasso, « Un moment de l'histoire de la philosophie : les sophistes selon Hegel », in E. Bonnargent (dir.), *Pourquoi a-t-on tué les sophistes ?*, *Noesis* n° 2, 1998, p. 63 et s. ; D. Bigou, « Diversité des sophistes... », *préc.*, spec. note 77, p. 60.

127. G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 46.

128. C'est là une illustration classique de l'Aufhebung hégélienne : le conflit entre la thèse et l'antithèse entraîne, le moment venu, la synthèse.

129. G. Grote, *A History of Greece from the earliest Period to the Close of the Generation Contemporary with Alexander the Great*, 10 vol., 6^e éd., vol. 7, London, 1888.

le mouvement sophistique a deux faces, l'une visible et l'autre cachée¹³⁰. La face visible, celle que Platon et Aristote mettent complaisamment en lumière pour la critiquer et la réfuter et qui a retenu l'attention de la postérité, est négative : elle rejette toute métaphysique et transcendance, récuse l'idée d'une vérité en soi. Mais la face cachée de la sophistique est positive, car elle consiste à construire une philosophie fondée sur l'homme et pour l'homme. Aussi les sophistes ne défendaient-ils probablement pas, d'une manière générale, cet amoralisme qu'on leur a à tort reproché¹³¹. Néanmoins, au lieu de tirer son existence des dieux, ou bien de valeurs absolues, la morale des sophistes est construite sur l'analyse positive des problèmes posés par la vie en société¹³². S'ils ont fait table rase de la vérité sur le plan métaphysique, ils ont prôné la recherche de l'avantage commun dans la vie collective et dans la cité. Ce bien commun, en vue duquel les cités ont été inventées, devient une fin à poursuivre dans les activités humaines, fin prenant la place de la « Vérité détrônée », pour reprendre une autre expression brillante de Jacqueline de Romilly¹³³. À défaut d'œuvres achevées qui aient survécu, cette face cachée de la sophistique se déduit de divers fragments conservés. L'un d'entre eux, déjà évoqué, est l'apologie de Protagoras par Socrate dans le *Théétète*. Nous en évoquerons d'autres ci-après, en soulignant l'opposition sophistique de la nature et de la loi. Les

sophistes étaient donc des penseurs, et pas seulement des pragmatistes ou des réalistes, tournés vers une activité pratique¹³⁴.

III. L'antinomie sophistique entre nature et loi

C'est surtout dans le domaine de la politique et du droit que les sophistes ont affirmé le pouvoir et l'autonomie de l'être humain¹³⁵. Ils opposent en effet la loi (νόμος) à la nature (φύσις)¹³⁶ : les deux notions forment chez eux un « couple antinomique »¹³⁷. Comme l'écrit par exemple Hippias, résolument critique, dans le *Protagoras* : « la loi, tyran des hommes, fait souvent violence à la nature »¹³⁸. Semblablement, Calliclès débute sa fameuse tirade dans le *Gorgias* par l'affirmation selon laquelle « le plus souvent, la loi et la nature se contredisent »¹³⁹. Antiphon le Sophiste explique la raison d'être de cette opposition¹⁴⁰. En effet, observe-t-il, « ce qui est des lois est accident¹⁴¹, ce qui est de la nature est nécessaire ; ce qui est des lois est établi par convention et ne se produit pas de soi-même ; ce qui est de la nature se produit de soi-même et n'est pas convenu »¹⁴². Aussi ne doit-on pas s'étonner que, « le plus souvent, ce qui est juste selon la loi se trouve en conflit avec la nature »¹⁴³.

Pour que la portée de cette opposition soit bien saisie, le sens des deux termes qui la composent doit toutefois être explicité¹⁴⁴. Φύσις¹⁴⁵,

130. V. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 10 et s., et les ouvrages cités.

131. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, p. 227-228 et p. 285 et s. ; M. Canto-Sperber, « Éthique », in Brunschwig et alii, *Le savoir grec*, *op. cit.*, p. 143-144 ; L. Brisson, « Les sophistes », in Canto-Sperber (dir.), *Philosophie grecque*, p. 91-92.

132. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 260-261.

133. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 270-271.

134. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 141 et s., p. 331 ; L. Brisson, *préc.*, spéc. p. 92 et s.

135. E. Bréhier, *op. cit.*, p. 75.

136. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 55 et s. ; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 171 et s. ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 166 et s.

137. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, 2^e éd., 2^e tirage, Les Belles Lettres, 2002, p. 74.

138. Platon, *Protagoras*, 337 d.

139. Platon, *Gorgias*, 482 e. Calliclès n'est pas lui-même un sophiste, mais il exploite cette opposition sophistique entre loi et nature (v. *infra*).

140. Antiphon, *De la vérité (fragment du Papyrus d'Oxyrhyncos)*, in Antiphon, *Discours suivis des fragments d'Antiphon le Sophiste*, texte et trad. L. Gernet, 4 ; fragment A = DK B XLIV [P 65].

141. Ἐπιθετα (trad. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 179 et *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 81) ; « occasionnel » (M. Untersteiner, *op. cit.*, t. II, p. 63).

142. Καὶ τὰ μὲν τῶν νόμων ὁμολογηθέντα οὐ φύντ' ἐστίν, τὰ δὲ τῆς φύσεως φύντα οὐχ ὁμολογηθέντα (trad. calquée sur celle de J. de Romilly, *op. cit.*, *loc. cit.*).

143. τὰ πολλὰ τῶν κατὰ νόμον δικαίων πολεμῶς τῇ φύσει κεῖται.

144. F. Heinemann, *Nomos und Physis ; Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Bâle : Friedrich Reinhardt, 1965, p. 110 et s., et not., sur le fragment d'Antiphon, p. 133 et s.

145. Φύσις dérive du verbe φεῖν, lequel signifie, à l'actif, pousser faire naître, faire croître et, au moyen, naître, croître.

tout d'abord, signifie traditionnellement une manière d'être innée, qui n'est pas sujette à se transformer, mais qui renferme au contraire en elle, dès l'origine, tous les prémices de son développement¹⁴⁶, si bien qu'elle a un caractère de nécessité¹⁴⁷. Νόμος est généralement traduit par loi, mais le terme ne doit pas être pris dans une acception moderne et restrictive. En effet, νόμος désigne, à partir de la fin du sixième siècle ou du début du cinquième¹⁴⁸, une règle de conduite quelconque, prescrite par la loi ou coutumière¹⁴⁹, en bref une norme de comportement¹⁵⁰. En l'opposant à la nature, φύσις, les sophistes conçoivent donc la loi en un sens extensif, νόμος, comme une invention humaine, et, partant, comme une œuvre arbitraire¹⁵¹ et artificielle¹⁵². Ils opposent ainsi deux ordres, l'un naturel et indépendant du jugement humain, l'autre artificiel et imposé du dehors¹⁵³.

Or, comme le dira Aristote¹⁵⁴, tout le monde en convient, du moins dans une première

approche, celui qui respecte la loi est juste¹⁵⁵ et celui qui la viole, injuste. Il en résulte, ajoute-t-il, que tout ce qui est légal, est, d'une certaine façon, juste¹⁵⁶. Cette justice légale est, aux yeux des gens, poursuit le Stagirite¹⁵⁷, la plus grande des vertus. La justice était effectivement la règle d'or de la morale grecque¹⁵⁸. Ainsi, pour les sophistes, la loi étant une création humaine, la justice, que la loi a pour objet de prescrire, l'est pareillement. Ils n'admettent dès lors d'autre juste que le juste légal (τὸ νόμιμον δίκαιον)¹⁵⁹ correspondant aux lois en vigueur dans la cité : « La justice consiste à ne transgresser aucune des règles légales admises par la cité dont on fait partie », déclare Antiphon¹⁶⁰. Ce dernier nie donc qu'une loi naturelle universelle, d'origine divine, transcende les lois de la cité et les inspire, comme le soutenait Héraclite¹⁶¹, l'affirmera Platon¹⁶² ou l'évoquera Aristote dans la *Rhétorique* en se référant à l'Antigone de Sophocle¹⁶³. Au contraire, nous l'avons vu, pour Antiphon, ce qui

146. Aristote, *Physique*, texte et trad. H. Carteron, Les Belles Lettres, livre II, 193 a 10-15 = DK B 15 [P 34 b].

147. F. Heinimann, *Nomos und Physis...*, op. cit., p. 125-26; *adde* : L. Brisson, « Les sophistes », préc., spéc. p. 112.

148. Pour l'étymologie et l'origine du mot, v. F. Heinimann, op. cit., p. 59 et s.; W.K.C. Guthrie, op. cit., p. 53-57; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 13 et s.; *adde* le résumé de L. Brisson, « Les sophistes », préc., spéc. p. 112-113. Le substantif νόμος provient vraisemblablement du verbe νημεῖν, « distribuer », « partager ».

149. G. Br. Kerferd, op. cit., p. 72; F. Heinimann, op. cit., p. 139-40; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 13 et s.

150. G. Br. Kerferd, op. cit., loc. cit.

151. Au sens étymologique du terme, c'est-à-dire le fruit d'une décision, et non pas péjoratif.

152. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 73 et s.; E. Bréhier, op. cit., t. I, p. 74.

153. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 75.

154. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre V, chap. 2, 1129 a 32-34; 1129 b 12.

155. Et de l'égalité, ajoute Aristote, pour introduire ce qu'il appelle la justice particulière, qu'il différencie de la justice légale. Mais il ne s'agit pas ici de traiter de la conception aristotélicienne du juste.

156. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1129 b 12-13. « Car », explique-t-il, « les choses définies par la législation sont légales et chacune d'elles est juste » (1129 b 13-14).

157. *Ibid.*, 1129 b 27-28.

158. J. de Romilly, op. cit., p. 216.

159. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 73 et s.; du même auteur, *Les grands sophistes...*, op. cit., p. 164 et s., p. 176 et s.

160. Antiphon, *De la vérité*, op. cit. : Δικαιοσύνη πάντα τὰ τῆς πόλεως νόμιμα ἢ ἂν πολιτεύηται τις μὴ παραβαίνειν. On trouve déjà formulée cette conception du juste chez le philosophe Archélaos, disciple d'Anaxagore et maître de Socrate (Diogène Laërce, op. cit., II, 6) : Ἐλεγε [...] καὶ τὸ δίκαιον εἶναι καὶ τὸ αἰσχροὺν οὐ φύσει ἀλλὰ ν μῶ : « il disait [...] que tant le juste que le honteux ne sont pas par nature mais par la loi ». J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 74-75. Dans le passage suivant du fragment sur la Vérité cité *supra* note 142, M. Untersteiner (op. cit., t. II, p. 63 et note 103, p. 87-88) et d'autres traduisent τὰ τῶν νόμων par « les lois positives » et τὰ τῆς φύσεως par « les prescriptions de la nature » ou « les lois de la nature ». De cette traduction, on serait tenté d'inférer qu'Antiphon oppose le droit positif à un droit naturel. Cependant Antiphon n'emploie pas littéralement l'expression de « loi naturelle »; et, en tout cas, on peut répugner à comprendre cette expression dans le sens moderne de règle de conduite, comme tendent à le faire certains (F. Heinimann, op. cit., p. 135-137) pour interpréter le fragment : la valeur normative de l'ordre naturel ne tient, chez ce sophiste, qu'à son caractère nécessaire (J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 82-83). Antiphon n'est pas jurnaturaliste.

161. Héraclite, *Fragments*, texte, trad. et com. M. Conche, PUF, coll. Epiméthée, 47; prés., trad. et notes J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion, 119 = DK B 114.

162. Platon, *Les lois*, livre IV, 716 a et s.; livre X, 890 d-e. V. ég. Platon, *Gorgias*, 508 a, où Socrate affirme que l'univers obéit à un ordre et à la justice et reproche à Calliclès, en exploitant des thèses sophistiques, d'ignorer la toute-puissance de l'égalité géométrique; *Les lois*, VI, 756 et s.

163. Aristote, *Rhétorique*, livre I, chap. 13, 1373 b 3 et s.

est juste selon la loi est, le plus souvent, en conflit avec la nature.

Sur cette conception artificielle de la justice, invention humaine, les sophistes greffent leur relativisme : l'homme étant la mesure de toutes choses, l'est aussi du νόμος et, partant du juste (τὸ δίκαιον)¹⁶⁴. Le substantif νόμος lui-même invitait d'ailleurs à une telle analyse de la loi. Si, en effet, il désigne une règle de comportement, il veut dire aussi, par extension, une manière de voir établie¹⁶⁵ ; d'où le verbe νομιζέιν, lequel signifie « tenir pour », « penser »¹⁶⁶. Aussi, dans le *Théétète*¹⁶⁷, Socrate tire-t-il les conséquences en politique du relativisme de Protagoras : « donc, en politique aussi, beau et laid, juste et injuste, pie et impie, tout ce que chaque cité croit tel et pose comme légal pour elle-même, tout cela est tel en vérité pour chacune ; et, dans ce domaine, il n'y a donc nulle supériorité de sagesse, ni d'individu à individu, ni de cité à cité. » De son côté, Gorgias soutient que la rhétorique, qu'il se flatte de posséder et d'enseigner¹⁶⁸, est l'art de la persuasion ayant pour objet le juste et l'injuste¹⁶⁹. Ainsi n'instruit-elle pas sur le juste et l'injuste, mais est-elle simplement productrice d'une croyance, d'une opinion à leur sujet¹⁷⁰. Pour les sophistes, la variété des lois justifie donc leur récusation d'une essence immuable de la justice, d'une justice en soi¹⁷¹.

Cependant, malgré la contingence et la variabilité qu'ils attribuent au juste, les sophistes ou, en tout cas, certains d'entre eux, se sont efforcés de justifier l'autorité de la loi en présentant

celle-ci comme une invention humaine salubre¹⁷². Pour ce faire, ils ont insisté soit sur l'utilité de la loi, soit sur l'existence d'une convention à l'origine de son établissement. Parfois, les deux justifications sont mêlées.

Ainsi, dans son fameux mythe¹⁷³, procédé d'exposition paradoxal, au passage, pour un agnostique¹⁷⁴, Protagoras soutient-il que l'utilité commune impose certaines vertus que les lois civiles doivent promouvoir. Selon ce mythe, confronté à un oubli d'Épiméthée, Zeus a chargé Hermès d'attribuer la pudeur (αἰδώς) et la justice (δική) en partage à tous les hommes afin de leur permettre de survivre dans un environnement hostile. Dans ce passage, la justice renvoie à la norme publique qui doit être respectée, la pudeur sans doute au sentiment d'avoir à la respecter¹⁷⁵. Le fragment doit être mis en relation avec celui, déjà cité, du *Théétète* où, prenant la défense de Protagoras en son absence, Socrate lui fait soutenir que si personne ne détient la vérité plus qu'un autre, lui pas plus qu'un autre, la sagesse n'en existe pas moins et consiste à promouvoir par le discours les choses utiles à la cité. Les fragments du *Protreptique* de Jamblique, attribués à « l'Anonyme », qu'on considère généralement comme un sophiste, exposent une thèse analogue. « L'Anonyme » dresse en effet un éloge des lois et de la justice humaines, fondé sur la nécessité, pour l'homme, de vivre en société¹⁷⁶. Cependant, d'autres sophistes font explicitement reposer l'autorité de la loi sur une convention (συνθήκη), un accord (ὁμολογία),

164. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 520 ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 164.

165. *Dictionnaire Bailly* et LSJ.

166. F. Heinemann, *Nomos und Physis*, *op. cit.*, p. 73 et s. ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 73 ; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 172-173 ; L. Brisson, « Les sophistes », *préc.*, spéc. p. 112.

167. Platon, *Théétète*, *op. cit.*, 172 a ; F. Heinemann, *op. cit.*, p. 119 ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 75-76. V. éq. Platon, *Le sophiste*, 232 d.

168. Platon, *Gorgias*, 449 a et s.

169. *Ibid.* 454 b.

170. *Ibid.* 455 a.

171. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 164 et s. ; Xénophon, *Mémoires*, livre IV, chap. IV, § 14 (déclaration du sophiste Hippias) ; Platon, *Les Lois*, livre X, 889 d – 890 a.

172. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 238.

173. Platon, *Protagoras*, 320 d et s., et not. 322 c ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 83 et s. ; du même auteur, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 231-232.

174. V. *supra* ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, *loc. cit.* D'après M. Untersteiner (*op. cit.*, t. I, p. 94 et s., not. p. 97-98), le paradoxe n'est qu'apparent.

175. αἰδώς est difficilement traduisible en français. V. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 66 ; B. Cassin, *préc.*, spéc., p. 1173 ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 265, note 3 ; M. 50.

176. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 240 et s. ; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 188 et s. ; W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 71 et s.

pour garantir les droits de chacun, tel Antiphon¹⁷⁷. Enfin, dans *La République*, Glaucon, frère de Platon, combine ces deux justifications de la loi, en en attribuant implicitement la paternité aux sophistes, que suivent les gens qui pensent comme eux¹⁷⁸. Selon eux, commettre l'injustice est par nature un bien, la subir un mal, mais le mal l'emporte sur le bien. Aussi les hommes ont-ils estimé utile de s'entendre entre eux pour ne plus commettre ni subir l'injustice. De là procèdent les lois et les conventions, et les prescriptions de la loi furent appelées légalité et justice. Telle est l'origine et l'essence du juste, milieu entre le plus grand bien, commettre l'injustice, et le plus grand mal, l'impuissance à se venger de l'injustice.

Les textes sophistiques se référant à une convention pour justifier l'autorité de la loi renferment en germe l'idée de contrat social, sans toutefois qu'elle emprunte les formes rigoureuses que les auteurs lui donneront à l'époque moderne¹⁷⁹. La pensée sophistique annonce, à cet égard, le système de Hobbes, cet autre contempteur, moderne celui-là, de la métaphysique et des notions de substance et d'essence¹⁸⁰. Pour Hobbes, l'Homme étant un loup pour l'Homme¹⁸¹, l'état de nature est un état de guerre

de tous contre tous ; les notions de juste et d'injuste n'y ont pas leur place¹⁸². Y règne le droit de nature (*right of nature*), à savoir la liberté de chacun d'utiliser de son pouvoir propre pour la préservation de sa nature propre¹⁸³. Comme les autres lois de nature (*laws of nature*), préceptes, règles générales découvertes par la raison¹⁸⁴, la justice, que Hobbes définit comme le fait d'exécuter les conventions, n'est effective que dans l'État civil¹⁸⁵. Par un contrat lui donnant naissance artificiellement, les citoyens y ont en effet abandonné au souverain le pouvoir contraignant d'édicter des lois dans leur intérêt commun, pour leur sécurité¹⁸⁶. Aussi est-ce la loi civile (*civil law*) uniquement qui détermine ce qui est juste ou injuste¹⁸⁷ : la loi civile peut sans doute être inéquitable, mais elle ne peut jamais être injuste¹⁸⁸.

La philosophie morale et politique de Hume trahit également une influence sophistique. Selon le philosophe écossais¹⁸⁹, en effet, la justice n'existe que par convention et éducation, par artifice et non par nature. La vie en société la rend nécessaire, pour garantir à chacun la propriété, le droit, l'obligation. Cette conception artificielle et utilitariste de la justice¹⁹⁰ semble trop proche de celle des sophistes pour ne pas en être inspirée.

177. Antiphon, *op. cit.* ; v. ég. le sophiste Lycophron, cité par Aristote, *Politique*, texte et trad. J. Aubonnet, Les Belles Lettres ; trad. P. Pellegrin, Garnier-Flammarion ; trad. J. Tricot, Vrin, livre III, chap. 9, 1280 b, 6-12 : *Καὶ ὁ νόμος συνθήκη καὶ, καθάπερ ἔφη Λυκόφρων ὁ σοφιστής, ἐγγυητὴς ἀλλήλοις τῶν δικαίων* (« et la loi est une convention et, comme l'a dit le sophiste Lycophron, une garantie réciproque des droits »).

178. Platon, *La République*, livre II, 358 a et 358 c et c.

179. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 135 et s. ; F. Heinemann, *Nomos und Physis...*, p. 139 et p. 162 ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 236-237 ; A.E. Taylor, *Plato – The man and his work*, 4^e éd., Methuen & co, 1937, p. 270.

180. Th. Hobbes, *Leviathan*, éd. et intr. Mac Pherson, Penguin, 4^e partie, chap. XLVI ; *Éléments of Philosophy, the first section, concerning body*, éd. W. Molesworth, London, 1839, first part, chapter VI, sect. 6 et 7) a prétendu en effet fonder sa philosophie politique sur l'épistémologie mécaniste qui est celle de Galilée en physique.

181. Th. Hobbes, *Le Citoyen ou les fondements de la politique*, trad. S. Sorbière, intr. S. Goyard-Fabre, Garnier-Flammarion, épître dédicatoire.

182. Hobbes, *Leviathan*, 1^{re} partie, chap. XIII.

183. *Ibid.*, 1^{re} partie, chap. XIV.

184. *Ibid.*

185. *Ibid.*, 1^{re} partie, chap. XV et chap. XVII.

186. *Ibid.*, 1^{re} partie, chap. XVII.

187. *Ibid.*, 1^{re} partie, chap. XIII et chap. XV ; 2^e partie, chap. XVII.

188. Th. Hobbes, *Leviathan*, chap. XVIII ; du même auteur : *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*, trad. C. Ducouloux-Favard, intr. T. Ascarelli, préf. A. Tunc, Dalloz, p. 90.

189. D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, coll. Penguin Classics, book 3 « Of morals », part. 2 « Of justice and injustice », sect. 1 « Justice, whether a natural or artificial virtue » ; sect. 2 « Of the origin of justice and property » ; trad. et prés. Ph. Saltel, Garnier-Flammarion.

190. W. Friedmann, *Legal Theory*, *op. cit.*, p. 130 ; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 298 ; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., 1962, réimpr. Dalloz, 2002, p. 72.

IV. Le positivisme sophistique

Surtout, en opposant la loi et la nature, en niant corrélativement la notion de droit naturel, les sophistes ont fondé un positivisme¹⁹¹. Sans doute serait-il hasardeux de rechercher un lien direct de filiation entre leur positivisme et le positivisme juridique moderne. Mais la domination exercée par celui-ci depuis la fin du dix-neuvième siècle¹⁹² se présente, en tout cas, comme une revanche indirecte et tardive de la sophistique sur la tradition métaphysique. Au point de vue de l'histoire de la pensée, les causes de ce retour de balancier semblent relativement aisées à cerner.

Bien que Platon les ait décriés, les sophistes ont joué un rôle décisif dans l'élaboration de sa philosophie, ne serait-ce que par les réponses qu'ils ont exigées de lui. L'antagonisme entre Socrate et les sophistes, mis en relief par Platon, l'a en effet amené à dresser une philosophie pour répondre à ce qui lui paraissait condamnable dans leur enseignement. On a ainsi assisté, dans la même cité, Athènes, à une double naissance : la rhétorique des sophistes et la philosophie de Platon, l'une et l'autre formes de pensée neuves mais opposées. L'une n'est qu'humanisme et l'autre n'est que transcendance, dans l'une tout est pratique, dans l'autre tout est idéaliste¹⁹³. À Protagoras, selon lequel « l'homme est la mesure de toutes choses », Platon réplique que « Dieu est la mesure de toutes choses, au plus haut point », « et bien plus [...] que ne l'est l'homme »¹⁹⁴. Aussi, déclare Platon, Dieu est-il la justice même¹⁹⁵. À ces deux formes de pensée

est associée, comme le souligne Jacqueline de Romilly, une double image du législateur : l'un, Protagoras, celui de Thourioi qui, se fondant sur l'expérience et la comparaison, rédige des lois, aujourd'hui perdues, pour une citée réelle de la Grande Grèce¹⁹⁶, l'autre, Platon, celui de la *République* et des *Lois*, qui déduit un système idéal d'une analyse sans compromis¹⁹⁷.

Mais, ne serait-ce que parce que les dialogues de Platon ont subsisté, contrairement aux ouvrages des sophistes disparus, la philosophie l'a emporté et les disciples en ont entretenu la flamme¹⁹⁸. Socrate, Platon puis Aristote ont jeté le discrédit sur les sophistes, et ceux-ci ne s'en sont pas relevés. Si c'est Socrate qui a été condamné à boire la ciguë, peine capitale qu'aucun sophiste n'a, semble-t-il, encourue¹⁹⁹, il n'en est pas moins le fossoyeur des sophistes, un « sophisticide »²⁰⁰. Pour Hegel²⁰¹, c'est le mouvement dialectique de la pensée qui a d'ailleurs rendu nécessaire ce meurtre intellectuel des sophistes. Quoi qu'il en soit, il en est résulté que la réflexion ultérieure sur le droit en général s'est traditionnellement, sinon unanimement, assignée pour but la recherche d'un juste idéal au-delà des manifestations sensibles du droit, à telle enseigne que Carbonnier a déclaré que la philosophie du droit mériterait mieux d'être appelée « métaphysique juridique »²⁰². Kant²⁰³ a synthétisé cette manière de penser dans sa distinction célèbre entre la question *Was ist Recht ?* – « Qu'est-ce que le droit ? », *Quid jus ?* – et la question *Was Rechtsens sei ?* – « Qu'est-ce qui est droit ? », *Quid sit juris ?*. La première question

191. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 164 ; A. Bayonas, « L'art politique d'après Protagoras », *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 1967 (t. 157), p. 43 et s., p. 56 ; M. Canto-Sperber, « Éthique », in Brunschwig et alii, *Le savoir grec, op. cit.*, p. 142 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige Manuels, 4^e tirage, 2018, p. 62.

192. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 392.

193. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 328-329.

194. Platon, *Les lois*, livre IV, 716 c : Ὁ δὲ θεὸς [...] πάντων χρημάτων μέτρον ἂν εἴη μάλιστα, καὶ πολὺ μᾶλλον [...] ἄνθρωπος ; W. Jaeger, *op. cit.*, p. 349 ; G. Romeyer-Dherbey, *préc.*, spéc. p. 867 ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 153.

195. Platon, *Théétète*, 176 b-c.

196. Diogène Laërce, *op. cit.*, IX, 50 = DK A I [P 1].

197. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 329-330.

198. *Ibid.*, p. 330.

199. Même si Protagoras, à en croire du moins Diogène Laërce (*op. cit.*, livre IX, chap. 8, 51) fut condamné à l'exil et ses livres brûlés, pour avoir refusé d'affirmer l'existence des dieux (v. *supra*).

200. R. Sasso, « Un moment d'histoire de la philosophie : les sophistes selon Hegel », *préc.*

201. V. *supra* ; E. Bonnargent (dir.), *Pourquoi a-t-on tué les sophistes ?*, *Noesis* 2, 1998.

202. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, t. I, n° 37, p. 73.

203. E. Kant, *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, introd., trad. et notes A. Philonenko, préf. M. Villey, Vrin ; trad. A. Renaut, Garnier-Flammariion, « Introduction à la doctrine du droit », § B ; E. Kant, *Le conflit des facultés en trois sections*, trad., intr. et notes J. Gibelin, Vrin, 1^{re} section « Le conflit de la Faculté de philosophie avec la Faculté de théologie », I « De la condition des facultés », B. « Caractère particulier de la Faculté de droit ».

embarrasse le juriste comme la question « Qu'est-ce que la vérité ? » embarrasse le logicien²⁰⁴, car sa réponse suppose de délaissier les règles de droit positif, empiriques, pour rechercher le critère universel, *a priori*, auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste²⁰⁵; la seconde question revient, au contraire, à rechercher quelles sont les règles de droit positif applicables²⁰⁶. Or, le juriste n'ayant pas à apprécier le caractère juste ou injuste des règles de droit en elles-mêmes mais à s'y plier, cette seconde question est finalement la seule qu'il puisse légitimement prétendre résoudre²⁰⁷. La première question, elle, est donc du ressort du philosophe.

Cependant, depuis la fin du dix-neuvième siècle et à l'instar d'autres sciences humaines, la science juridique a prétendu s'affranchir du joug de la philosophie. Pour la majorité des juristes contemporains, en effet, une réflexion pertinente sur ce qu'est le droit devrait prendre empiriquement le droit positif comme objet, car celui-ci est la seule réalité tangible²⁰⁸. Aussi cette réflexion serait-elle l'apanage des juristes, dès

lors qu'ils maîtrisent, par profession, la matière de ce droit positif, contrairement aux philosophes. Une discipline concurrente de la philosophie du droit, la théorie générale du droit²⁰⁹, laquelle se voudrait purifiée de toute métaphysique et, par là-même, émancipée de la philosophie, a donc pris naissance. Née en Angleterre avec Austin²¹⁰, elle a connu un essor en Allemagne avec le courant de l'*allgemeine Rechtslehre*, initié par Merkel²¹¹. De nombreux auteurs ont adopté le postulat fondamental de cette nouvelle discipline selon lequel la théorie du droit doit avoir pour objet le droit tel qu'il est, et non le droit tel qu'il devrait être, comme les partisans du droit naturel l'avaient imaginé : par exemple, Jellinek²¹² ou Kelsen²¹³ en Allemagne, Roguin²¹⁴ en Suisse, Dabin²¹⁵ en Belgique, Carré de Malberg²¹⁶, Ripert²¹⁷ ou Roubier²¹⁸ en France.

Cette prétention de soustraire le droit à l'emprise de la métaphysique et d'en réduire le concept au droit positif s'apparente beaucoup à la démarche des sophistes. Mais l'intérêt de ce rapprochement n'est pas, à notre avis, d'ordre

204. E. Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., loc. cit.

205. *Ibid.*

206. *Ibid.*

207. E. Kant, *Le conflit des facultés*, op. cit., loc. cit.

208. Sur l'histoire et les différents courants du positivisme juridique, v. surtout F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1996; tr. anglaise T. Weir, Oxford University Press, 1995, p. 341 et s.; W. Friedmann, *Legal theory*, op. cit., p. 256 et s.

209. M. Villey, *Philosophie du droit*, 1984-1986, réimpr. Dalloz, 2001, n° 13; du même auteur : « Qu'est-ce que la philosophie du droit ? », *APD* 1962, p. 160 et s., reproduit in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p. 7 et s.; W. Friedmann, op. cit., p. 4; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 22-24; S. Goyard-Fabre, « Les rapports de la philosophie et du droit », *Revue de Métaphysique et de Morale* oct.-déc. 1997, n° 4, p. 541 et s., spéc. p. 545-546.

210. J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, 1832, réimpr. Londres, Weidenfeld & Nicolson, préf. H.L.A. Hart, 1954, spéc. p. 9 et p. 122 et s.

211. A. Merkel, « Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft », *Grünhuts Z. für Privat und öffentliches Recht*, 1874, 1 et s., 300 et s. V. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 26; G. Fasso, *Histoire de la philosophie du droit – XIX^e et XX^e siècles*, trad. C. Rouffet, LGDJ, 1974, p. 144-145.

212. G. Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, 2^e éd., Berlin, 1905, t. I, *Allgemeine Staatslehre*, erstes Buch, « die Aufgabe der Staatslehre », p. 17; trad. G. Fardis 1911, réimpr. Éditions Panthéon-Assas avec préf. O. Jouanjan, intr., chap. 1, p. 23. V. W. Friedmann, op. cit., p. 260-261.

213. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 1 et s. V. W. Friedmann, op. cit., p. 275 et s.; Fasso, op. cit., p. 217 et s.; adde M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 285 et s.; F. Wieacker, op. cit., p. 465.

214. E. Roguin, *La science juridique pure*, t. I, Paris et Lausanne, 1923, n° 335, n° 410-411, n° 413.

215. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n° 4-5; du même auteur : *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, 1929, *passim*; « Qu'est-ce que la philosophie du droit ? », *APD* 1962, 106 et s.

216. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Sirey, 1920, réimpr. Dalloz, 2003, préf. E. Maulin, n° 71 et s., 109 et s.

217. G. Ripert, « Droit naturel et positivisme juridique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, Nouvelle série, n° 1, 1918, réimpr. avec préf. et com. Ph. Jestaz, Dalloz, 2013; du même auteur : *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 26.

218. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1951, rééd. Dalloz 2005, avant-propos et n° 20-21; adde, par ex. : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, 2003, n° 4; M. Virally, *La pensée juridique*, Paris : LGDJ-Montchrestien, 1960, réimpr. Éditions Panthéon-Assas, LGDJ, EJA, 1998, avant-propos P.-M. Dupuis et Ch. Leben, p. XXXI-XLI.

généalogique. En effet, peu importe, en définitive, que des juristes positivistes se soient ou non inspirés de la sophistique en développant leur théorie générale du droit ; c'est, à dire vrai, peu probable. En revanche, la mise en évidence de similitudes entre ces deux mouvements permet de relativiser les apparences novatrices²¹⁹, dont le positivisme s'est volontiers paré, en s'affublant des oripeaux d'une fausse science²²⁰. Sans doute serait-il outrageusement simplificateur et, partant, erroné de qualifier le positivisme de simple avatar de la sophistique, de fondre l'épistémologie de celui-là dans le relativisme de celle-ci. Néanmoins, les dialogues de Platon, notamment, traitent déjà – et avec quelle acuité – des difficultés, communes à ces deux mouvements de pensée, qu'une conception empirique de la justice, dépouillée de sa transcendance, soulève. Mieux que personne, Platon avait, en outre, fait ressortir les faiblesses de cette conception, en faisant incarner les dérives qu'elle engendre, par deux personnages célèbres de ses dialogues.

V. Les dérives sophistiques

L'entreprise sophistique de réhabilitation de la loi était fragile, dès lors que les sophistes en étaient réduits à défendre la loi en opportunité, et non pour elle-même²²¹. Comme l'écrit en effet Antiphon, dans le fragment déjà plusieurs fois cité : l'homme a avantage à pratiquer la justice en

présence de témoins, mais, seul et sans témoin, à suivre la nature qui lui est, le plus souvent, contraire. L'argument de l'intérêt est ainsi impuissant à fonder la justice à l'égard de ceux qui peuvent s'en affranchir impunément. Dans la *République*²²² de Platon, Glaucon narre la fable de l'anneau de Gyges – un berger se servant d'un anneau magique qu'il portait à son doigt et qui lui permettait de se rendre invisible à son gré, pour commettre impunément des forfaits et, finalement, s'emparer du pouvoir par la force – afin d'exiger de Socrate une démonstration plus solide de sa thèse selon laquelle la justice est préférable à l'injustice. La *République*²²³ constitue donc une entreprise visant à ériger la justice en un bien absolu, digne d'être défendu en lui-même²²⁴, et à établir que l'injustice est un mal en soi pour celui qui la commet, car elle porte tort à son âme. La défense sophistique de la loi était effectivement, aux yeux de Platon, impuissante à surmonter la crise de cette loi que la démocratie athénienne a connue à la fin du cinquième siècle²²⁵ et à laquelle les sophistes avaient eux-mêmes, par leur relativisme, leur empirisme, et leur rejet de toute transcendance, fortement contribué²²⁶.

Si Antiphon se borne à opposer objectivement la nature à la loi sans rejeter cette dernière²²⁷, son insistance à affirmer qu'elle n'est qu'une pure convention et que ses prescriptions sont fondées sur l'opinion, et non sur la vérité,

219. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 164.

220. M. Villey, « Théorie générale du droit et philosophie du droit », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, 1976, réimpr. Dalloz, 2009 avec préf. M. Bastit, p. 219 et s., spéc. p. 226 et s. ; J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit ou l'illusion scientifique », *APD* 2001, 303 et s.

221. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 262.

222. Platon, *La République*, livre II, 359 c – 361 e.

223. Le titre de l'ouvrage est Πολιτεία ἢ περὶ δίκαιου (*La République ou de la justice*), ce qui montre bien l'objet fondamental de l'ouvrage, même si le sous-titre n'émane pas de Platon lui-même, tout en étant apparu tôt dans l'histoire (v. Diogène Laërce, *op. cit.*, III, 60). Πολιτεία signifie littéralement « constitution », mais ce terme a un sens plus large que dans la langue juridique actuelle, car il désigne un « ensemble de lois, de règles constitutionnelles, d'habitudes et de mœurs » (*Dictionnaire Bailly* ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 306-307). Mais le sous-titre « ou du Juste » révèle un souci éthique et une exigence d'absolu distinguant l'œuvre de Platon de celles de ses prédécesseurs et de Protagoras en particulier (J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 308-309).

224. Platon, *La République*, livre II, 358 a.

225. Principales manifestations historiques de cette crise : impérialisme athénien, guerre du Péloponnèse suivie de la défaite d'Athènes contre Sparte, coup d'État des Quatre-cents, puis dictature des Trente, condamnation à mort de Socrate injustement accusé en 399.

226. E. Zeller, *op. cit.*, 1^{re} partie, t. II, p. 521 et s. ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 165 et s.

227. F. Heinemann, *Nomos und Physis...*, *op. cit.*, p. 133.

en s'agit d'insidieusement l'autorité²²⁸. Son analyse a ainsi contribué indirectement au discrédit de la loi, en encourageant des dérives dont les dialogues de Platon portent témoignage. Qu'il s'agisse de dérives, auxquelles les sophistes « orthodoxes » ne se sont pas abandonnés eux-mêmes, le *Théétète* paraît le confirmer²²⁹. En effet, tout en estimant que les lois en vigueur sont le critère du juste et de l'injuste, Protagoras n'en admettait pas moins que certaines d'entre elles pouvaient être nuisibles et que le rôle du sophiste était d'amener la cité, par son discours, à leur substituer des lois bénéfiques, avantageuses²³⁰. Mais Socrate évoque ensuite « ceux » qui, ne tenant pas entièrement le discours de Protagoras, affirment que la justice « n'existe pas par nature et n'a pas d'essence, mais que ce qui semble à la collectivité devient vrai lorsqu'il le semble et aussi longtemps qu'il le semble »²³¹. Deux passages fort connus de Platon, se présentant sous la forme d'apologies de l'amoralisme²³², méritent, à cet égard, d'être cités. Le premier est celui où le sophiste Thrasymaque, dans *La République*²³³ définit la justice comme l'intérêt du plus fort. Le second, issu du *Gorgias*²³⁴, est la tirade de Calliclès appelant à la révolte contre la loi de la cité, au nom du droit naturel du plus fort.

D'après Thrasymaque, tout d'abord, la justice se définit comme ce qui profite au plus fort, c'est-à-dire, est-il amené à préciser à la demande de Socrate, à ceux qui détiennent le pouvoir dans une cité. Quel que soit le régime politique, démocratie, tyrannie ou autre, en effet, « tout gouvernement établit toujours les lois dans son

propre intérêt; puis, ces lois faites, ils proclament juste pour les gouvernés ce qui est leur propre intérêt, et, si quelqu'un les transgresse, ils le punissent comme violateur de la loi et de la justice ». « Tel est donc », conclut-il, au bout de quelques phrases, « le juste dans tous les États : ce qui profite au gouvernement institué. »

Chez Thrasymaque, contrairement à Antiphon²³⁵ et Calliclès²³⁶, l'arbitraire de la loi ne s'insère pas dans l'opposition sophistique classique entre la loi et la nature²³⁷ : Thrasymaque ne l'évoque pas. Mais son discours prépare celui de Calliclès, car il souligne l'arbitraire de la loi, pour recommander finalement l'injustice que personne n'hésiterait à pratiquer s'il pouvait le faire sans risque²³⁸. De fait, si la loi est arbitraire, il n'y a aucune raison de se priver de la violer quand on le peut²³⁹. Comme le soulignera plus tard Kant en critiquant le positivisme juridique de Hobbes²⁴⁰, si seule la force fonde l'autorité des règles légales, le peuple pourrait bien faire l'essai de la sienne et faire ainsi vaciller l'État. C'est d'ailleurs bien ce qui s'est passé à l'issue de la guerre du Péloponnèse, où deux coups d'état successifs ont renversé la démocratie athénienne. La thèse de Thrasymaque ébranle donc doublement l'autorité de la loi.

Pour nombre d'interprètes, le Thrasymaque de la *République* n'est pas un philosophe, ni même un théoricien. En effet, il n'étaye pas sa critique de la loi humaine sur l'idée de nature, pas plus qu'il ne recherche une justification immanente de cette loi humaine, indépendante de la nature²⁴¹. Contrairement aux « vrais sophistes », comme Protagoras, il ne reconstruit

228. E. Barker, *Greek Political Theory: Plato and his predecessors*, Methuen & co Ltd, 1918, p. 67-68; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, op. cit., p. 176 et s.; F. Declava Caizzi, « Protagoras and Antiphon : Sophistic debates on justice », in A.A. Long (dir.), *The Cambridge Companions to early gree philosophy*, Cambridge University Press, 1999, on line 2006, p. 311 et s., spéc. p. 327-328.

229. F.M. Cornford, *Plato's theory of knowledge*, p. 81 et s.

230. A. Bayonas, op. cit., p. 52-53; F.M. Cornford, op. cit., p. 72-74; G. Br. Kerferd, op. cit., p. 192-193; W.K.C. Guthrie, op. cit., p. 175.

231. Platon, *Théétète*, 172 b.

232. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 88 et s.

233. Platon, *La République*, livre I, 338 c et s.

234. Platon, *Gorgias*, 482 c et s.

235. V. supra.

236. V. infra.

237. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 88 et s., not. p. 89.

238. Platon, *La République*, livre I, 344 c.

239. J. de Romilly, op. cit., loc. cit.

240. E. Kant, *Sur l'expression courante : il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien*, trad. L. Guillermit, Vrin, II « Du rapport de la théorie et de la pratique dans le droit politique (contre Hobbes) », dernier §.

241. V. par ex. J. de Romilly, op. cit., p. 91, se référant à l'auteur italien Bignone et se ralliant à son point de vue.

pas une morale, au sens large, sur le lien social, dans l'intérêt de tous, après avoir dénié une valeur absolue à la loi²⁴². Il n'expose donc pas ce qu'il croit devoir être, mais ce qui existe empiriquement, en fait²⁴³. En proclamant que « la justice est, en réalité, un bien étranger, parce qu'elle est avantage pour le plus fort et qui commande, mais dommage pour celui qui obéit et qui sert »²⁴⁴, il se fait l'écho d'une croyance, répandue dans la population²⁴⁵, en une opposition du devoir moral et de l'intérêt personnel, de la justice et du profitable. Son pessimisme sur la justice et la loi rejoint son pessimisme sur les dieux, qui, selon lui, se désintéressent des affaires humaines, car ils laissent les hommes méconnaître le plus grand bien humain, la justice²⁴⁶. Effectivement, comme Platon l'indique, dans la suite du dialogue, la thèse soutenue est celle de Thrasymaque, mais aussi, plus généralement, des « gens » ou de « quelque autre »²⁴⁷. Cet élargissement d'attribution confirme que la thèse soutenue par Thrasymaque n'est pas, à proprement parler, sophistique et encore moins philosophique : bien qu'elle se rattache au milieu sophistique, elle n'est pas une théorie du droit²⁴⁸.

Le discours de juristes positivistes, qui se veulent réalistes tout en restant critiques envers la loi, exprime parfois un pessimisme désabusé

proche de celui de Thrasymaque. Ainsi, dans *Le Déclin du Droit*, Ripert s'en prend-il à la toute-puissance de la loi sous un régime²⁴⁹ où, sensible aux variations de l'opinion publique au lieu d'être guidé par un idéal de justice²⁵⁰, « le plus fort », selon lui, « impose sa loi et chaque parti cherche tous les avantages du pouvoir »²⁵¹. L'éminent civiliste tient encore des propos semblables dans le dernier de ses ouvrages, au titre évocateur, *Les Forces créatrices du Droit*²⁵². Jhering, pour sa part, écrit, dans la *Lutte pour le Droit* : « Le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive²⁵³ » ; que des règles de droit dépassées ne se maintiennent que par « la force de résistance des intérêts impliqués dans leur stabilité »²⁵⁴ et que le droit nouveau ne peut s'imposer qu'au prix d'une lutte sans merci entre des factions rivales²⁵⁵. La thèse de Thrasymaque, on l'a vu, ne fait que traduire le sentiment de défiance que nombre de citoyens éprouvent envers la justice. Qu'à l'instar de personnages romantiques²⁵⁶ certains juristes l'aient partagé à tel ou tel moment n'a donc rien qui doive surprendre.

D'autres interprètes, cependant, soutiennent que Thrasymaque ne s'en tiendrait pas strictement à une description d'un état de fait. En effet, en faisant, dans un second temps, après avoir été réfuté par Socrate, l'éloge de l'injus-

242. J. de Romilly, *op. cit.*, p. 93. Cependant d'autres fragments de ce sophiste suggèrent également un versant positif à sa théorie (J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 174-175 et p. 251 et s.).

243. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 93-94 ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque...*, *op. cit.*, p. 93 ; *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 174.

244. Platon, *La République*, livre I, 343 c : ἡ μὲν δικαιοσύνη καὶ τὸ δίκαιον ἀλλότριον ἀγαθὸν τῷ ὄντι, τοῦ κρείττονός τε καὶ ἄρχοντος συμφέρον, οἰκεία δὲ τοῦ πειθόμενου τε καὶ ὑπηρετοῦντος βλάβη. V. ég. Livre II, 367 c.

245. V. Platon, *La République*, livre III, 392 b. A. Merker, « Nul n'est méchant de son plein gré », in L. Brisson et F. Fronterotta, *Lire Platon*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige Manuels, 2014, p. 197 : tout l'effort de Platon (*La République* livre III, 392 c ; livre IV, 435 e et s., 445 a et s.) consistera, précisément, à établir que, à rebours de l'opinion dominante, la justice étant une disposition interne de l'âme, est un bien propre.

246. DK B VIII [P 29] : οἱ θεοὶ οὐχ ὁρῶσι τὰ ἀνθρώπινα· οὐ γὰρ ἂν τὸ μέγιστον τῶν ἐν ἀνθρώποις ἀγαθῶν παρῆδον τὴν δικαιοσύνην· ὁρῶμεν γὰρ τοὺς ἀνθρώπους ταῦτη μὴ χρομένους ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 162. Dans *La République* (livre I, 352 a), notamment, Platon prend directement le contre-pied de cette thèse, en faisant dire au contraire à Socrate que les dieux sont justes.

247. Platon, *La République*, livre II, 358 e : οἱ πολλοί, les « nombreux », c'est-à-dire le vulgaire ; 367 a : ἄλλος, « quelque autre » ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 91-92.

248. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 91-92 et p. 297-298 ; J. de Romilly, *op. cit.*, *loc. cit.*

249. La quatrième République.

250. G. Ripert, *Le Déclin du Droit*, LGDJ, 1949, n° 2, p. 7.

251. *Ibid.*, n° 10, p. 35.

252. G. Ripert, *Les Forces créatrices du Droit*, *op. cit.*, spéc. n° 30 et s. ; v. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 62.

253. R. von Jhering, *La lutte pour le droit (Der Kampf um's Recht)*, trad. O. de Meulenaere, 1890, réimpr. Dalloz avec préf. O. Jouanjan, 2006, p. 1.

254. *Ibid.*, p. 8 (nous nous écartons de la traduction peu littérale de de Meulenaere).

255. *Ibid.*, p. 9.

256. Stendhal, *Le rouge et le noir*, 2^e partie, chap. XLIV, monologue de Julien Sorel.

tice²⁵⁷, Thrasymaque ferait, d'après eux, implicitement usage de la distinction entre νόμος et φύσις, car il élèverait ainsi cette injustice au rang de ce qui est juste selon la nature²⁵⁸. À ce stade de son discours, Thrasymaque ne se borne plus, il est vrai, à simplement décrire une réalité empirique ; il s'en fait juge²⁵⁹. Sa thèse serait donc finalement proche de celle de Calliclès dans le *Gorgias*²⁶⁰. Qu'elle s'inscrive dans le contexte de l'opposition sophistique entre loi et nature, le début du livre II de la *République* le confirme, où, prenant le relais d'un Thrasymaque boudant désormais dans son coin, Glaucon la rappelle²⁶¹. Cependant, il faut sans doute éviter d'interpréter le discours de Thrasymaque trop systématiquement à la lumière de celui de Calliclès car, malgré tout, les deux personnages et leurs thèses respectives diffèrent.

La tirade de Calliclès est un des textes les plus véhéments de l'histoire de la philosophie. Contrairement à Thrasymaque, toutefois, Calliclès n'est pas un sophiste²⁶² : il a suivi un temps l'enseignement des sophistes, mais s'en est tôt détaché²⁶³, une fois qu'il en a tiré les maximes d'action qu'il y cherchait. Pour certains, Calliclès aurait servi de prête-nom à un sophiste adversaire de Socrate ; pour d'autres, ce serait un personnage entièrement imaginaire²⁶⁴. Selon Jacqueline de Romilly²⁶⁵, Platon l'aurait, au moins en partie, inventé pour en faire un personnage fictif incarnant la révolte contre la loi humaine en général au nom d'un amoralisme fondé sur la nature, comme il avait fait de Thrasymaque le représentant d'une thèse populaire relative aux lois humaines. Il s'agissait en effet pour Platon de

montrer les dérives auxquelles la sophistique peut conduire, sans pour autant imputer aux sophistes eux-mêmes ces dérives. En inventant Calliclès ou, en tout cas, en lui prêtant une portée symbolique dépassant la réalité du personnage²⁶⁶, Platon pouvait rassembler en lui tous les éléments épars de la révolte contre la loi dans la pensée athénienne du cinquième siècle.

Calliclès se révolte contre la loi de la cité au motif qu'imposée par les plus faibles aux plus forts, elle renverse une loi naturelle selon laquelle ceux-ci l'emportent sur ceux-là²⁶⁷. On ne peut s'empêcher de penser que cette thèse aura inspiré le droit de nature hobbesien²⁶⁸, même si Hobbes tire de cette situation des conclusions opposées à celles de Calliclès. D'une certaine manière, la thèse de Calliclès est aussi opposée à celle de Thrasymaque, pour lequel la justice dans la cité est ce qui profite au plus fort²⁶⁹. À rebours de Thrasymaque également²⁷⁰, c'est à la loi humaine en général, et non aux diverses lois empiriques, que Calliclès s'en prend, au nom de la nature, d'où il déduit une pseudo-loi naturelle selon laquelle la raison du plus fort est toujours la meilleure. Sur le fondement de celle-ci, il est le premier à prôner ouvertement une révolte contre la loi humaine. Les thèses sophistiques lui servent de prétexte pour servir ses desseins d'ambitieux²⁷¹. Cette loi, selon laquelle le plus fort l'emporte sur le plus faible, vaut non seulement dans les rapports entre les animaux, souligne Calliclès, mais encore « chez l'homme, dans les cités et les familles » ; et de donner des exemples tirés des relations internationales, comme celui de Xerxès venu porter la guerre dans la Grèce, ou son père

257. Platon, *La République*, 343 a et s.

258. G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 184.

259. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 95.

260. J. Annas, *Introduction à la République de Platon*, préf. J. Brunschwig, trad. B. Han, PUF, 1994, p. 50 et s.

261. Platon, *La République*, livre II, 359 c ; L. Brisson, « Les sophistes », *préc.*, spéc. p. 114-115.

262. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 101 et s. ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 93-95 ; *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 222 et s.

263. Platon, *Gorgias*, 487 c-d.

264. Sur la discussion : W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 102 ; G. Br. Kerferd, *op. cit.*, p. 100-101 ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

265. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque...*, *op. cit.*, p. 98 et s., not. p. 113.

266. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, *loc. cit.*

267. Platon, *Gorgias*, 482 c et s. ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 219 et s.

268. V. *supra*. Ce n'est pas un hasard si Hobbes a traduit en anglais de *La guerre du Péloponnèse* de Thucydide (J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque...*, *op. cit.*, p. 104 ; v. *infra*, note 272).

269. W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 103-104 ; J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 174.

270. Sous réserve de certaines interprétations de la seconde partie du discours de Thrasymaque, dressant l'éloge de l'injustice, évoquées plus haut.

271. J. de Romilly, *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 182-183.

chez les Scythes²⁷². C'est donc bien en en appelant à un prétendu droit naturel que Calliclès aspire à un renversement de la démocratie.

Conclusion. – « Philosophiquement, l'essentiel du positivisme juridique était [...] déjà représenté dans la Grèce antique (par exemple chez les sophistes) », a écrit Michel Villey²⁷³. Mais cette formule doit être exactement comprise.

Tout d'abord, selon la fameuse expression de Hegel²⁷⁴, la philosophie est « fille de son temps qu'elle appréhende [...] en pensée ». Aussi, chercher à ranimer la sophistique ou tout autre philosophie antique aujourd'hui reviendrait-il à « introduire des momies dans un corps vivant »²⁷⁵. En effet, « nul ne peut sauter par-dessus son temps »²⁷⁶. Que la sophistique renfermât déjà « l'essentiel » du positivisme juridique moderne veut dire que les postulats fondamentaux de celui-ci s'y trouvaient présents, et non que les deux mouvements se superposent exactement.

Si, ensuite, les sophistes offrent le meilleur « exemple » d'une théorie positive du droit dans l'Antiquité, ils ne sont pas les seuls à l'avoir professée. En effet, d'autres philosophies antiques réduisent le droit aux lois et coutumes en vigueur, en niant l'existence d'un droit naturel. Ainsi en

va-t-il du cyrénaïsme²⁷⁷ et de l'épicurisme²⁷⁸, notamment. Mais ces deux philosophies hellénistiques aspirent à la sagesse individuelle et se désintéressent des affaires de la cité, de la politique et du droit²⁷⁹. Au contraire, Protagoras considère que l'homme a vocation à vivre dans une communauté politique et pourrait, à certains égards, être considéré comme un précurseur de la célèbre formule d'Aristote : « l'homme est par nature un animal politique »²⁸⁰.

En revanche, le sophiste n'est pas « un animal métaphysique » car il n'éprouve pas ce besoin métaphysique que Schopenhauer jugeait caractéristique de l'esprit philosophique²⁸¹. Toutefois, dans notre société actuelle, le souci du vraisemblable et l'acceptation du relativisme l'emportent sur la recherche de la vérité. Cette tendance est donc propice à une réhabilitation de la sophistique²⁸². Mais les juristes positivistes modernes n'échapperont pas pour autant au dilemme auquel les sophistes, et en particulier Protagoras, ont été confrontés, en jetant la suspicion sur la légitimité des lois existantes, à leurs yeux empreintes de contingence, tout en professant un relativisme des valeurs que porteraient les règles devant, le cas échéant, s'y substituer²⁸³.

272. On peut déceler dans ce passage l'influence de Thucydide (J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque...*, op. cit., p. 102 et s. ; *Les grands sophistes...*, op. cit., p. 216-218). Élève de Gorgias, Thucydide (*La guerre du Péloponnèse*, Les Belles Lettres, livre I, texte et trad. J. de Romilly, 76-77 ; livre V, texte et trad. J. de Romilly, 89) avait narré comment Athènes s'était prévaluée sans détour de la loi naturelle du plus fort pour justifier son impérialisme, notamment envers l'île de Mélôs, coupable d'avoir soutenu Sparte pendant la guerre du Péloponnèse.

273. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 392.

274. G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, éd. et trad. J.-F. Kervégan, PUF, coll. Quadrige, préface, p. 132.

275. G.W.F. Hegel, *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, trad. J. Gibelin, Gallimard, coll. Folio Essais, 2007, p. 93 et 167.

276. G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., préface, p. 132.

277. Diogène Laërce, op. cit., II, 93.

278. Épicure, Doctrines capitales 33 et 34, in A.A. Long et D.N. Sedley, *Les philosophies hellénistiques*, trad. J. Brunschwig et P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, t. I, *Pyrrhon, l'épicurisme*, « L'épicurisme », 22, A ; V. Goldschmidt, *La doctrine d'Épicure et le droit*, Vrin, 1977, n° 25 et s., n° 104.

279. Épicure, Sentence vaticane 58, in Long et Sedley, op. cit., t. I, « L'épicurisme », 22, D ; M. Schofield, « Le sage et la politique à l'époque hellénistique », in Brunschwig et alii, *Le savoir grec*, op. cit., p. 223 et s.

280. Aristote, *Politique*, livre I, 1253 a 2-3.

281. A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, trad. A. Burdeau corrigée par R. Roos, PUF, 1978, p. 851-852.

282. L. Brisson, « Les sophistes », préc., spéc. p. 117.

283. R. Bodéüs, « Figures du politique », in Brunschwig et alii, *Le savoir grec*, op. cit., p. 217.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Le droit positif repose-t-il sur une convention ? À propos du procès de Socrate

Raphaële Théry

Maîtresse de conférences à l'Université Panthéon-Assas

La condamnation de Socrate, à l'instar de celle de Jésus, est réputée prendre place dans la longue cohorte des procès iniques. Accusé d'impiété et de corruption de la jeunesse, il serait mort en martyr de la philosophie, figurant le divorce insurmontable entre sagesse et politique¹. Son injuste condamnation, pourtant acceptée avec dignité, apporterait rétrospectivement une preuve de la justesse de sa pensée. Nietzsche est l'un des rares philosophes à avoir cherché à briser l'idolâtrie suscitée selon lui par la figure de Socrate, en témoigne cette attaque véhémente à son encontre dans *Humain, trop humain* :

« Chez les Grecs, on avance vite, mais on recule aussi vite ; la marche de toute la machine est si intense qu'une seule pierre jetée dans ses

roues la fait sauter. Une de ces pierres fut par exemple Socrate [...] »².

Le jugement de Nietzsche est-il trop sévère ? Celui de la postérité, trop teinté d'idéalisme ? Pour le dire de manière abrupte, Socrate semble être allé presque de bon cœur au-devant du sort funeste qu'on lui réservait. Il s'est en tout cas comporté d'une manière pour le moins inhabituelle et paradoxale lors de son procès, offrant un contraste frappant entre une attitude résolument anti-judiciaire, d'un côté, et un respect absolu de la sanction infligée, de l'autre.

Quelle conception du droit en général et de la loi en particulier cela révèle-t-il chez Socrate ? Nous nous demandons aujourd'hui si le droit positif repose sur une convention. En un sens, la réponse est peu douteuse : la loi, du moins dans

1. La question de savoir si le procès de Socrate constitue un procès politique est discutée par C. Mossé dans son article « Les procès politiques et la crise de la démocratie athénienne », *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 1, 1974, p. 207 et s. Elle rappelle notamment que deux disciples de Socrate, Alcibiade et Charmide, prirent part à la révolution oligarchique qui renversa la démocratie pour instaurer la tyrannie des Trente. Le procès de Socrate ne se déroule que peu de temps après le rétablissement de la démocratie à Athènes (en 404 avant J.-C.).
2. F. Nietzsche, *Humain trop humain*, trad. A.-M. Desrousseaux et H. Albert revue par A. Kremer-Marietti, Chap. V, § 261, « Les tyrans de l'esprit », Le Livre de Poche, 1995, p. 219. La critique de Nietzsche porte avant tout sur le Socrate de Platon, qu'il décrit dans ses *Fragments posthumes* comme une caricature. V. *Fragments posthumes*, 5 [193], in Nietzsche, *Œuvres philosophiques complètes*, op. cit., t. II, vol. II, p. 333. Nietzsche dit encore de Platon qu'il « était le désir incarné de devenir le plus grand législateur et fondateur d'État philosophe ; il semble avoir terriblement souffert de la non réalisation de sa nature, et vers la fin de sa vie son âme était remplie du fiel le plus noir », *Humain trop humain*, op. cit., p. 218. Plus généralement, sur le rapport ambivalent de Nietzsche à la figure de Socrate, v. A. Nehamas, « Le visage de Socrate a ses raisons... Nietzsche sur le "problème de Socrate" », *Revue germanique internationale*, janv. 1999, p. 27 et s.

les régimes démocratiques, est le fruit d'un accord de volontés. La question classique pour les philosophes est généralement de savoir si le droit positif se *réduit* à une convention dont il tire sa légitimité, ou si l'accord qu'il reflète ne suffit pas à le justifier pleinement en tant que *droit*. On aura reconnu les termes du débat classique entre positivistes et jusnaturalistes.

Pour comprendre l'attitude complexe de Socrate, il est nécessaire de revenir sur les différents sens du terme « convention ». Le mot renvoie d'abord à un accord entre des parties sur un objet, produisant des effets, notamment des effets de droit. Convention est ici synonyme de pacte ou de contrat. Cet accord n'est toutefois pas nécessairement exprès, ni constitué par un échange de volontés explicite, il peut être tacite.

Dans un deuxième sens, la convention renvoie plutôt au résultat qu'à l'acte initial – au fait qu'une règle ou un ensemble de règles sont observées par un groupe, sans que ces règles fassent l'objet d'une réflexion ni d'une décision conscientes.

Le terme convention est donc ambivalent : il peut être signe d'accord réfléchi, d'entente, d'harmonie, mais, appréhendé de manière péjorative, il s'oppose à la nature, et n'acquiert de réalité ou de valeur que par suite d'une décision qui peut s'avérer arbitraire ou mauvaise.

Y a-t-il donc quelque chose de commun entre Socrate et une Antigone rejetant les normes contingentes des hommes au nom de normes universelles et supérieures ? On invoque en effet souvent l'existence d'un droit naturel pour justifier la désobéissance, voire pour incriminer l'obéissance à des lois injustes. Les extraits choisis pour notre séance ne permettent pas de dresser ce parallèle, au contraire : Socrate ne fait pas référence à l'existence de normes vraies ou universelles dont le droit positif devrait s'inspirer, il

ne met pas en cause les lois en application desquelles il est jugé³, mais souligne plutôt le divorce entre le domaine politique (et judiciaire⁴) et l'activité philosophique. Quant au deuxième extrait, tiré du *Criton*, la question du contenu de la norme n'y est même pas évoquée.

Lors de son procès, Socrate manifeste une attitude de profond *dissensus* : le philosophe refuse ouvertement de se prêter au jeu de la procédure, d'en prendre au sérieux les règles, rejetant le caractère conventionnel (au sens d'artificiel) de la procédure, ainsi que l'équation entre vérité et accord du plus grand nombre. Une telle attitude le place en rupture de ban avec l'attachement des Grecs aux procédures démocratiques.

On ne saurait néanmoins en déduire de la part de Socrate un rejet des lois, au nom de l'opposition entre nature et convention. Si la loi de chaque Cité revêt nécessairement un aspect conventionnel ou relatif, le respect de la légalité en tant que telle constitue bien chez lui une composante essentielle de la justice. Ainsi, le devoir d'obéissance à la loi n'est justifié ni par le contenu de la loi, ni par un accord initial putatif avec ses concitoyens (comme dans les conceptions contractualistes modernes), encore moins par une soumission à la loi de la majorité, mais bien par l'exigence d'un accord du citoyen avec lui-même et avec son environnement politique « naturel », en un sens qu'il nous faudra préciser.

I. Socrate pourfendeur du procès

Tout au long de son procès, Socrate refuse de se plier aux règles du jeu judiciaire, mettant en œuvre ce que l'on pourrait qualifier de manière un peu anachronique une « défense de rupture ».

Socrate a d'abord refusé d'être défendu par un avocat⁵. Plutôt que de lire le discours écrit à

3. D'ailleurs, comme le note U. Paoli, dont les propos sont rapportés par N. Loraux, les Grecs ne conçoivent pas le procès comme application de la loi à un cas : « le juge n'a pas à appliquer la loi au cas concret mais à résoudre une controverse, un conflit entre deux thèses inconciliables », N. Loraux « Le procès athénien et la justice comme division », *APD*, 39, 1994, p. 25 et s., spéc. p. 29.

4. Il est difficile de dissocier les deux domaines dans la mesure où, dans l'Athènes antique « la justice est entièrement le fait des citoyens : il n'y a pas de magistrats professionnels, ni à l'accusation ni au siège [...] Ce sont des citoyens qui en accusent d'autres et les font juger devant d'autres citoyens, tandis que d'autres encore sont tirés au sort à l'année pour diriger et faire fonctionner l'administration du tribunal », comme le rappelle A. Macé, Introduction à l'*Apologie de Socrate*, trad. L. Brisson, 2017, GF Flammarion.

5. Sur les détails de la procédure et du procès, v. C. Mossé, *Le procès de Socrate*, 1987, Bruxelles, Complexe.

son intention par l'orateur Lysias⁶, il choisit d'assurer lui-même sa défense, sans témoins. Socrate critiquait déjà dans le *Théétète* les nombreuses contraintes auxquelles le discours judiciaire est soumis, qui ont pour effet de le déformer et de le détourner de la vérité :

« Pressés par l'eau qui coule, ils ne peuvent parler de ce qu'ils voudraient. La partie adverse est là, qui les contraint avec l'acte d'accusation, appelé antomosie⁷, qu'on lit devant eux, aux termes duquel ils doivent renfermer leur discours. Ces discours roulent toujours sur un compagnon d'esclavage et s'adressent à un maître qui siège, ayant en main quelque plainte [...] Il résulte de tout cela qu'ils deviennent tendus et âtres, savants à flatter le maître en paroles et à lui complaire par leurs actions ; mais leurs âmes s'étiolent et gauchissent ; car la servitude où ils sont astreints leur a ôté la croissance, la droiture et la liberté »⁸.

Socrate dénonce ici le serment, qui impose au défendeur de circonscrire son discours et le soumet à une logique de justification imposée de l'extérieur ; l'usage de la clepsydre, utilisée pour mesurer le temps de discours des parties, qui place le plaideur dans l'urgence ; et le fait que les discours des plaideurs s'opposent mais ne se rencontrent jamais, car chacun d'entre eux s'adresse à un tiers qui ne s'adresse jamais à eux. Les juges votent, mais ne délibèrent pas entre eux. Tout dialogue authentique est donc rendu impossible.

Le problème fondamental vient de la prétention du discours judiciaire à être producteur de vérité, alors qu'il n'est pour Socrate que rhétorique. Comme le note Virginie Lhuillier, « S'il méprise la rhétorique, Socrate méprise égale-

ment tous les lieux où elle se pratique : les assemblées politiques et surtout les tribunaux »⁹. Dans l'extrait de l'*Apologie*, Socrate, en guise d'exorde, rappelle qu'il est parfaitement étranger au monde des tribunaux, ce qui est à la fois une manière de capter la bienveillance des juges (il n'a jusqu'alors jamais eu affaire à la justice), mais aussi une manière de se les aliéner, en rappelant qu'un discours véritablement juste ne saurait être produit au sein d'un tribunal.

Le procès consiste en un affrontement de deux thèses opposées défendues par les parties, entre lesquelles les juges tranchent. Dès lors, chaque plaideur doit mobiliser tous les artifices de l'art oratoire pour augmenter ses chances de persuader l'auditoire (les juges). Or l'attaque de Socrate contre la rhétorique judiciaire est triple :

- Tout d'abord, la rhétorique judiciaire est agnostique, elle est un « art de combat¹⁰ ». Le procès est un « jeu à somme nulle », c'est-à-dire qu'il y a nécessairement un gagnant et un perdant, ce que gagne l'un étant perdu par l'autre. Socrate n'a pourtant cessé d'affirmer le caractère nécessairement coopératif de la recherche de la vérité, et va même jusqu'à affirmer qu'il préfère être réfuté que de réfuter autrui¹¹. Les parties au procès n'ont pas d'objectif commun, elles ne recherchent pas la vérité, mais à faire triompher leur position, et le triomphe lui-même deviendra critère de la vérité.
- Deuxièmement, la rhétorique repose sur la vraisemblance, alors que la justice ne saurait se satisfaire des apparences. Socrate distingue dans un passage célèbre du *Gorgias* l'opinion et la science : si toutes deux peuvent produire la persuasion dans l'âme de l'interlocuteur,

6. Diogène Laërce rapporte la réponse de Socrate à son disciple : Diogène Laërce, *Vies et doctrines des hommes illustres*, II, 40, Le Livre de Poche, trad. sous la direction de M.-O. Goulet-Cazé, 1999, p. 347-348.

C'est un beau discours, Lysias, mais il ne me va pas.

Quoi ? sursaute Lysias. Comment pourrait-il ne pas t'aller si tu dis qu'il est beau ?

Parce que de beaux habits ou de belles chaussures ne m'iraient pas non plus.

7. Comme le rappelle E. Chambry, « l'antomosie était un serment réciproque prêté par les deux parties au début du procès, du défendeur s'engageant à prouver ses griefs et du défenseur s'engageant à se justifier ». Platon, *Théétète*, trad. E. Chambry, Bibliothèque électronique du Québec, vol. 9 version 1.01, p. 180.

8. *Théétète*, 172d – 173a.

9. V. Lhuillier, « Le procès de Socrate », *APD*, 37, 1994, p. 47 et s., spéc. p. 48.

10. V. *Gorgias*, 556c.

11. *Ibid.*, 458a. « Eh bien, je suis quelqu'un qui est content d'être réfuté, quand ce que je dis est faux, quelqu'un qui a aussi plaisir à réfuter quand ce qu'on me dit n'est pas vrai, mais auquel il ne plaît pas moins d'être réfuté que de réfuter. En fait, j'estime qu'il y a plus grand avantage à être réfuté, dans la mesure où se débarrasser du pire des maux fait plus de bien que d'en délivrer autrui. Parce qu'à mon sens, aucun mal n'est plus grave pour l'homme que de se faire une fausse idée des questions dont nous parlons en ce moment ».

seule la seconde est vraie (la première est seulement susceptible de l'être, mais elle peut tout aussi bien ne pas l'être : elle est « puissance des contraires »)¹². Or la rhétorique se soucie moins de vérité que d'opinion, elle mise sur la forme du discours et vise la persuasion. Cette justice tirée des apparences ne peut qu'être illusoire pour Socrate.

- Enfin, et par conséquent, la rhétorique n'engage jamais le locuteur dans un véritable dialogue, elle met en sommeil la raison des autres – le juge, qui a un rôle purement passif dans le procès, doit retenir le discours qui le séduit le plus, mais garde un rôle purement passif¹³. Parce qu'il ne prend pas lui-même part activement au processus de découverte de la vérité, il ne saurait accéder au vrai.

On le voit, la procédure constitue donc aux yeux de Socrate une entrave à l'activité de réflexion de l'âme. Comme le dit très abruptement Socrate, la rhétorique judiciaire est un discours d'esclave, tandis que la philosophie est un discours d'homme libre¹⁴. Ce dernier défend une méthode dialectique, qui permet de s'élever au-dessus de l'opinion parce qu'elle procède d'une connaissance véritable de son objet, alors que la rhétorique se contente d'appliquer tours et recettes à des objets qu'elle ne connaît pas et dont elle ignore la spécificité¹⁵. Il oppose donc ses normes d'argumentation à celles du tribunal, qu'il tourne en dérision. En somme, Socrate se défend de se défendre, subvertit les règles du procès, cherchant moins à se justifier qu'à défendre la justice et la vérité, et à montrer *a contrario* que telle n'est pas la quête de ses accusateurs ni de ses juges.

Dès lors, le sort réservé à Socrate semble, en un sens, peu surprenant. Les Grecs ne prononçaient que très rarement la peine de mort, à laquelle ils préféraient l'exil¹⁶. Rappelons que la

procédure se déroulait en deux temps : la première phase visait à déterminer la culpabilité de l'accusé pour les chefs d'accusation qui lui étaient reprochés, la seconde, à déterminer la peine. Lors de la première phase du procès, Socrate plaide non coupable des charges d'impiété et de corruption de la jeunesse, et ne sera déclaré coupable qu'à une relativement courte majorité de 281 voix. C'est sans aucun doute la deuxième phase du procès qui précipita l'ire de ses concitoyens. Il revenait à chacune des parties, et donc aussi à l'accusé, de proposer une peine. L'accusateur Mélétos requiert contre lui la peine de mort. Socrate, quant à lui, propose une amende ridiculement peu élevée, et pousse la provocation jusqu'à affirmer, que, s'il doit véritablement être puni « selon son mérite », alors il doit être nourri pour le restant de ses jours au *prytanée*¹⁷, une institution au sein de laquelle les citoyens les plus éminents, en signe de reconnaissance publique, prenaient leurs repas aux frais de l'État. Les « peines » proposées par Socrate ne pouvaient donc être interprétées autrement que comme un violent désaveu du verdict de la première partie du procès, visant à ridiculiser ses adversaires¹⁸. Socrate ne se contente pas d'écarter la qualification des faits qui lui sont reprochés, il veut montrer que ses concitoyens n'ont pas compris la signification des termes qu'ils emploient, et qu'ils sacrifient de bon cœur la justice à l'ordre. Au terme de cette seconde phase, Socrate est condamné à mort par 361 voix, c'est-à-dire 80 voix qui s'étaient pourtant déclarées en faveur de l'acquittement à la première phase du procès...

On peut donc comprendre que l'attitude de Socrate n'ait pas suscité la clémence des jurés. Son raisonnement radicalement anti-judiciaire heurtait de plein fouet les normes démocratiques auxquelles les Athéniens étaient profondément

12. V. not. *Gorgias*, 454c – 54*.

13. Les juges sont passifs au sens où, rappelle N. Loraux « ils n'ont d'autre fonction que d'écouter et de voter », ils ne délibèrent pas entre eux ni ne s'adressent aux parties. Elle affirme encore « Ce silence des juges est tellement constitutif de la *dikè* athénienne [...] on peut à bon droit estimer qu'en fait il s'agit moins d'un procès au sens strict que d'un débat de l'assemblée ». N. Loraux, « Le procès athénien et la justice comme division », préc., spéc. p. 28 et 30. Platon critiquera ce mutisme des juges dans *Les Lois*, au livre VI, 766d.

14. *Ibid.*, 172d, p. 179.

15. V. par ex. *La République*, VII, 534a, et le *Gorgias*, 449e – 450d.

16. V. encore sur ce point C. Mossé, « Les procès politiques et la crise de la démocratie athénienne », préc.

17. *Apologie*, 37a.

18. Socrate affirme encore « Comme je suis convaincu de n'avoir été injuste envers personne, je ne vais tout de même pas commettre une injustice envers moi-même, en admettant que je mérite qu'on m'inflige une peine et en me fixant à moi-même une telle peine ». *Apologie*, 37b.

attachés. Socrate savait lui-même sans doute qu'il provoquait sa condamnation à mort – il semble avoir voulu acculer les juges à pousser leur logique le plus loin possible, dusse-t-il y perdre la vie¹⁹. Il affirme d'ailleurs à la fin de l'*Apologie* qu'avec leur verdict, ce sont eux-mêmes que les Athéniens condamnent²⁰.

Socrate rejette donc l'approche conventionnelle de la vérité judiciaire – la décision des juges apparaît comme un accord insuffisamment réfléchi qui met en lumière le fossé entre apparences et vérité. Toutefois, le mépris que manifeste Socrate à l'égard du procès s'accompagne, assez paradoxalement au premier abord, d'une attitude de déférence vis-à-vis des lois, qui explique le refus par Socrate de tenter d'échapper à une sanction dont il a pourtant clamé l'injustice.

II. Socrate apologiste de la loi

À aucun moment dans le procès de Socrate, la loi n'est mise en accusation – il ne s'agit pas de critiquer l'incrimination de l'impiété ou de la corruption de la jeunesse. Socrate se contente de montrer dans l'*Apologie* que ses concitoyens ont mal appliqué la loi à son cas. Pourtant, il manifestera, tout au long du *Criton*, un respect pour la sanction prononcée contrastant fortement avec l'ironie déployée lors de son procès. Dans le dialogue du même nom, son ami Criton l'exhorte à échapper à la sanction qui l'attend, lui proposant de l'aider à s'enfuir de la prison. Socrate lui oppose un refus catégorique, dont il lui expose les raisons dans le célèbre passage de la prosopopée des lois²¹. Il imagine les remontrances auxquelles il s'exposerait de leur part s'il choisissait de se soustraire à sa condamnation.

La prosopopée est avant tout un moyen de formuler la question pertinente aux yeux de Socrate : non pas de savoir si sa condamnation était injuste, mais si la désobéissance aux lois peut être justifiée, même par une condamnation injuste. La réponse qu'il donne obéit à deux prémisses générales : (1) désobéir aux lois est injuste ; (2) une injustice subie ne peut jamais

justifier la commission d'une injustice (« il n'est jamais permis d'être injuste »). Dès lors, la question du sort particulier de Socrate est dépourvue d'intérêt, l'argumentation vaut par sa généralité. On est bien loin de la figure d'une Antigone ou des tenants du droit naturel qui conditionnent l'obéissance de la loi ou bien à son contenu juste, ou bien à sa juste application.

La prosopopée fait apparaître que la loi est une convention à un double titre. Le modèle convoqué n'est pas celui du contrat social, c'est-à-dire d'un accord rationnel et intéressé des citoyens fondant le devoir d'obéissance à la loi. Une telle conception est en effet parfaitement étrangère à la pensée des Grecs. Si les Athéniens n'étaient liés que par des rapports horizontaux d'obligation mutuelle, on pourrait imaginer qu'un citoyen, estimant que les obligations incombant aux autres citoyens n'ont pas été exécutées à son endroit, le revendique pour s'extraire du pacte. Cela supposerait que chaque citoyen puisse se faire juge de la loi, et la contourner au nom d'une justice supérieure. En revanche, les lois rappellent à Socrate que celui qui leur désobéit met en péril l'ordre juridique dans son entièreté, car le respect des sanctions est une condition de l'autorité de la loi. Le désobéissant apparaît d'abord comme un séditieux.

Socrate semble plutôt reconnaître l'existence d'une convention tacite et continue entre le citoyen et les lois de la cité dans laquelle il vit. Vivre dans une cité, c'est, de fait, consentir à ses lois, et devenir débiteur d'une obligation naturelle d'y obéir. Cet argument écarte toute préoccupation quant au contenu des lois elles-mêmes, qui ne doivent d'ailleurs pas être examinées une par une mais comme des composantes d'un ensemble juridique. *A contrario*, les lois rappellent à Socrate que pour manifester son désaccord, deux possibilités lui étaient ouvertes qu'il n'a pas saisies : ou bien chercher à amender les lois, ou bien s'exiler.

L'argument s'appuie sur une analogie entre lois et parents : le rapport du citoyen à sa Cité est similaire au rapport d'un enfant à ses parents. Les lois rappellent à Socrate, sur le ton d'une

19. Socrate le dit d'ailleurs lui-même « Si je ne m'indigne pas, Athéniens, du résultat de ce vote par lequel vous m'avez condamné, c'est pour plusieurs raisons, et notamment parce que je n'étais pas sans m'y attendre ». *Apologie*, op. cit., 35e – 36a, p. 87.

20. *Apologie*, 39c – 39d.

21. La prosopopée est une figure de style par laquelle on « met en scène les absents, les morts, les êtres surnaturels ou même les êtres inanimés », selon le *Gradus des procédés littéraires*, 100/18, 2000, p. 364.

mère offensée, qu'elles lui ont « donné la vie », qu'elles l'ont « nourri et instruit », qu'elles ont constitué son identité et fourni le cadre de sa vie à Athènes. Leur tourner le dos pour s'évader, par intérêt égoïste, serait le fait d'un fils ingrat.

Voilà qui suggère que le rapport entre le citoyen et les lois est clairement vertical, hiérarchique : la loi n'est pas considérée ici comme la création du citoyen, mais comme ce qui crée le citoyen. Dès lors, ce dernier doit entretenir avec elle un rapport de déférence – Socrate n'hésite d'ailleurs pas à utiliser une autre analogie : celle du maître et de l'esclave. Les particularités du droit positif sont ici écartées pour mettre en avant le lien naturel qui attache le citoyen aux lois.

Socrate n'a ensuite pas cherché à amender les lois. Comme les autres citoyens, il a profité de l'ordre que ces dernières ont garanti dans la Cité. Accepter une loi pour les avantages qu'elle nous procure et la rejeter lorsqu'elle nous impose un fardeau, profiter de l'obéissance des autres citoyens à la loi tout en s'en exemptant, c'est se comporter en *passager clandestin* (*free-rider*) pour reprendre une figure contemporaine des sciences économiques qui a fait fortune en philosophie politique²². Le désobéissant apparaît donc en deuxième lieu comme un égoïste.

Enfin, la prosopopée met en lumière un troisième type de convention ou d'accord, plus fondamental encore : celui que Socrate, non plus en tant que citoyen, mais en tant qu'homme cherchant à vivre dans la vertu, a passé avec lui-même. L'argument des lois à propos de l'exil s'applique *a fortiori* à Socrate, lequel a passé l'intégralité de sa vie à Athènes, a écarté l'hypothèse de l'exil lors de son procès, et déclaré pré-

férer la mort à l'exil²³. En se montrant infidèle à ses propos, Socrate révélerait son incapacité à vivre de manière continue sous l'empire de sa raison.

La justice est donc représentée de manière peu intuitive avant tout comme un rapport de soi à soi, caractérisé par l'harmonie et la cohérence. L'homme juste est celui qui respecte sa voix intérieure, son *daîmôn*. Socrate répétera à l'envie que le paradigme de l'injustice est de se nuire à soi-même, car l'injustice est une maladie de l'âme avant d'être un tort causé à autrui. C'est la raison pour laquelle, selon lui, celui qui commet l'injustice est plus à plaindre que celui qui la subit²⁴. L'harmonie de la cité bien gouvernée est en réalité chez Platon le reflet d'une âme bien ordonnée – on pourrait dire alors « justice bien ordonnée commence par soi-même »...²⁵ Le désobéissant apparaît enfin comme un inconstant, ou un hypocrite.

On peut donc résumer l'attitude de Socrate de la manière suivante : mépris du procès, déférence vis-à-vis de la loi.

Mépris du procès : dans un cours intitulé *Le procès et le jugement*, le doyen Carbonnier distinguait deux grandes attitudes opposées face au procès : l'une optimiste, l'autre pessimiste²⁶. L'attitude optimiste voit dans le procès « la réalisation bienfaisante du droit »²⁷. L'attitude pessimiste, quant à elle, voit dans le procès le fruit d'une discorde qu'il ne saurait apaiser, « une excroissance parasite qui a poussé sur le droit »²⁸. Le tempérament procédurier des Grecs était bien connu et fit rapidement l'objet de satires et de railleries : Aristophane en fera l'objet d'une pièce de théâtre, *Les Guêpes*, dans laquelle un personnage imagine que chaque Athénien aurait un

22. C'est l'économiste nord-américain Mancur Olson qui forge ce concept dans son ouvrage *Logique de l'action collective*. Il connaîtra une large fortune au-delà de la science économique : Rawls lui accorde par exemple une place importante dans sa *Théorie de la justice*.

23. *Apologie*, 37c.

24. V. sur ce point le *Gorgias*, 469b – 469d.

25. V. par ex. sur ce point l'analyse de M. Villey dans *La formation de la pensée juridique moderne*, 2014, Quadrige, PUF : « la justice est cette vertu qui attribue à chacun sa part : *suum cuique tribuere*. Mais la justice, selon lui, trouve à s'exercer autant à l'intérieur d'un homme, d'un individu (où nous avons à la lire "en lettres minuscules") que d'une cité ("en lettres majuscules") », ou encore « Le même équilibre intérieur qui constitue la justice dans l'individu (soumission des instincts sensuels au cœur, et de celui-ci à la raison) fait la justice dans la cité (subordination hiérarchique des classes laborieuses aux guerriers et de ces derniers aux philosophes). Les deux dimensions sont indissociables », chap. 2, § 17 et 19.

26. J. Carbonnier, *Sociologie juridique. Le procès et le jugement*, Paris, Cours ronéotypé par l'association corporative des étudiants en droit, 1961-1962.

27. *Ibid.* p. 224.

28. *Ibid.* p. 226.

tribunal miniature dans son vestibule pour pouvoir juger à domicile²⁹. Carbonnier voit dans le christianisme l'origine de cette attitude pessimiste, peut-être aurait-il dû remonter jusqu'à Socrate. Le procès, nous dit-il, n'est pas réalisation *du* droit, mais tentative pour chacun de faire valoir ce qu'il considère comme *son* droit. Ceux qui s'adressent aux juges n'ont pas réussi à résoudre seuls leurs différends : le procès signe l'échec du dialogue, naît de l'injustice, et ne peut véritablement y remédier, puisque, comme le pense Socrate, la justice ne saurait être rétablie par l'intervention d'un tiers³⁰.

Déférence vis-à-vis de la loi : on peut bien sûr penser que dans le *Criton*, Socrate se fait l'avocat d'une soumission exagérée aux lois de la Cité³¹. En effet, si le seul choix ouvert au citoyen est l'exil ou la déférence aux lois quel que soit leur contenu, son tribut est lourd à payer. Quoiqu'il en soit, l'idée selon laquelle le droit positif repose sur une convention est généralement conçue comme menant à une alternative : ou bien la justice dérive de la convention elle-même, dans

certaines formes déterminées (positivisme), ou bien la convention ne peut être pleinement juste que si elle est en accord avec une norme supérieure (jusnaturalisme). La vision de Socrate cadre mal avec cette alternative : la convention n'est pas juste en vertu des formes qu'elle revêt ; une convention injuste ne fonde aucun droit à la désobéissance.

Pour conclure, on pourrait dire que l'attitude de Socrate lors de son procès est aux antipodes de la désobéissance civile. D'abord, parce que le citoyen n'est pas autorisé à juger seul la loi, au risque d'apparaître comme un séditieux, ensuite, parce que toute désobéissance aux lois est vue comme une injustice, et ne saurait donc remédier à l'injustice. On devrait peut-être plutôt parler dans son cas d'obéissance incivile : Socrate subvertit la norme par son obéissance même, il obéit à la loi sans se soumettre à ses concitoyens, auxquels il prédit – et l'histoire lui donnera raison – que la postérité considérera leur jugement comme une faute.

29. Aristophane, *Les Guêpes*, 287, trad. E. Talbot, disponible sur Wikisource : [https://fr.wikisource.org/wiki/Les_Gu%C3%A8pes_\(trad._Eug%C3%A8ne_Talbot\)](https://fr.wikisource.org/wiki/Les_Gu%C3%A8pes_(trad._Eug%C3%A8ne_Talbot))

30. Sur cette thématique du procès comme « division », introduisant la lutte dans cité, v. encore N. Loraux, « Le procès athénien et la justice comme division », préc.

31. Les propos du Criton semblent dans une certaine mesure faire écho à la démonstration que l'on trouve chez Kant dans la *Doctrine du droit* : « Il n'y a donc contre le suprême législateur de l'État aucune résistance légitime de la part du peuple ; car il n'y a d'état juridique possible que grâce à la soumission de tous à sa volonté législative pour tous. On ne peut donc admettre en aucune manière à son égard le droit de sédition (*sedition*), encore moins celui de rébellion (*rebellio*), et, moins qu'aucune chose, celui d'attaquer en lui, comme individu (comme monarque), sous prétexte d'abus de pouvoir (*tyranniis*), sa personne ou sa vie (*monarchomachismus sub specie tyrannicidii*). La moindre tentative en ce genre est une haute trahison (*prodilio eminens*) [...] ». V. Kant, *Métaphysique des mœurs*, trad. A. Renaut, 2018, GF Flammarion, *Doctrine du droit*, II, Remarque générale sur les effets juridiques qui résultent de la nature de la société civile.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Le droit positif repose-t-il sur une convention ? Le procès de Socrate ou le triomphe du Juste

Emmanuelle Chevreau

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Le procès de Socrate, et plus encore son choix délibéré de mourir, sont l'un des *topoi* de la littérature politique et philosophique depuis l'Antiquité¹.

Le procès de Socrate est resté le symbole de la condamnation injuste à la peine capitale. Si l'on en croit Xénophon, Socrate aurait dit à Hermogènes, l'un de ses disciples : « *Si je meurs injustement, la honte retombera sur ceux qui m'ont mis injustement à mort car si l'injustice est une honte, comment un acte injuste n'en serait-il pas une ?* »².

Selon l'*Apologie de Socrate* de Platon³, Socrate aurait fait une prédiction à ceux qui avaient voté la mort : « *Quant à l'avenir, je désire vous faire une prédiction, à vous qui m'avez condamné. Car me voici à cette heure de la vie où les hommes prédisent le mieux, un peu avant d'expié. Je vous annonce donc, à vous qui*

m'avez fait mourir, que vous aurez à subir, dès que j'aurai cessé de vivre, un châtement bien plus dur, par Zeus, que celui que vous m'avez infligé. En me condamnant, vous avez cru vous délivrer de l'enquête exercée sur votre vie; or, c'est le contraire qui s'ensuivra, je vous le garantis [...] Cette manière de se débarrasser des censeurs, entendez le bien n'est ni très efficace ni honorable [...]

Tel est l'ultime enseignement de Socrate qui, encore à la veille de sa mort, disait avoir passé sa vie à n'examiner que le juste et l'injuste, et à faire ce qui était juste en s'abstenant de toute injustice.

Le procès de Socrate peut donc apparaître comme l'exemple type de la dissociation du procès de l'idéal de Justice, mais seulement si l'on se place sur le pur plan des valeurs morales. La position de Socrate est cependant plus complexe

1. V. not. l'analyse de P. Ismard, *L'événement Socrate*, Paris, 2017.

2. *Mémoires* 4.8.9.

3. *Apologie de Socrate*, 39 c et d. La traduction de tous les passages de l'*Apologie de Socrate* est celle de M. Croiset, éd. Les Belles Lettres, Paris, 1953.

si l'on inscrit le procès dans sa perspective juridique⁴. Il choisit de subir la peine prononcée, en l'occurrence la mort, sans chercher à s'y soustraire par la fuite comme le lui suggéreraient ses amis car le respect du juste impliquait aussi d'obéir au *nomos*, ce principe fondateur de la démocratie athénienne qui traduisait l'*eunomia* (l'ordre, le bon ordonnancement des institutions) et qui exprimait la volonté souveraine de l'ensemble du corps civique. Socrate entendait y demeurer fidèle jusqu'au bout.

Cette fidélité au *nomos* s'explique aussi par le fait qu'il a été jugé dans le cadre d'une procédure criminelle, menée devant le tribunal populaire de l'Héliée, tout à fait dans les règles de l'art sans être ni sommaire, ni entachée d'un vice de procédure.

Revenons maintenant aux circonstances qui, en 399 av. J.-C., ont entraîné l'accusation d'impiété et de corruption de la jeunesse portée contre Socrate. Il y a sans doute en premier lieu la personnalité de Socrate. Il était un citoyen athénien qui avait courageusement défendu sa cité lors de la célèbre guerre du Péloponnèse qui avait opposé Athènes à Sparte pendant trente ans. Il n'avait pas fui les charges publiques qui incombaient à tout citoyen dans la démocratie directe athénienne. Mais il ne recherchait aucunement les fonctions publiques et les honneurs qui en découlaient. Il avait opté pour une vie simple consacrée à la quête de la vérité. Frappé par la devise inscrite sur le fronton du temple d'Apollon à Delphes (*Connais-toi toi-même*), il en fit le pilier de sa méthode dialectique. Il déambulait dans les rues d'Athènes, n'hésitant pas à questionner ses concitoyens pour les convaincre publiquement de leur ignorance. Il aimait à se comparer à un taon qui pique un cheval racé mais trop mou et qu'il faut faire réagir pour qu'il

avance. L'acuité de ses enseignements – qu'il prodiguait gratuitement à la différence des sophistes – avait attiré nombre de disciples et d'admirateurs.

Par ailleurs, il avait été convaincu après une visite à l'Oracle de Delphes qu'il était animé d'un *daimôn* (une sorte de génie) qui se manifestait par une voix intérieure lui disant ce qui était conforme au juste et ce qui ne l'était pas. C'est dans cette force intérieure qu'il puisait son inébranlable détermination à rendre meilleurs – malgré eux – ses semblables.

Si l'on conjugue la forte personnalité de Socrate au contexte politique dans lequel il vécut, on comprend plus aisément les circonstances qui le menèrent au procès en 399.

Depuis quelques années, Athènes avait connu des heures sombres. Le modèle démocratique de la grande cité impérialiste du ^{ve} siècle av. J.-C. avait volé en éclat – quelques années plus tôt en 404 – à la suite de la défaite d'Athènes contre sa grande rivale, Sparte l'oligarchique. Athènes n'avait dû son salut – en tant que cité-État – qu'à la mansuétude de Sparte qui avait finalement renoncé à sa destruction totale. Le retour à la paix avait provoqué la chute du régime démocratique au profit de la tyrannie des Trente. Dès 403, la démocratie avait été rétablie. Mais il s'agissait d'une démocratie affaiblie, incapable de retrouver sa splendeur d'antan et qui dériva vers la démagogie⁵.

L'accusation publique portée contre Socrate et le procès qui s'en suivit n'étaient pas uniques en leur genre. Il suffit de mentionner entre autres le procès du sophiste Antiphon condamné à mort pour avoir pris part en 411 au coup d'État des 400 ou un an avant celui de Socrate, le procès pour impiété, en 399, de l'orateur Andocide qui se solda par son absolution.

-
4. Il existe une vaste littérature sur le procès de Socrate. Nous nous limiterons à quelques références choisies et qui abordent l'affaire sur un plan plus juridique que philosophique. V. entre autres : C. Pelloso, *La democrazia contro il libero pensiero*, Milano, 2019 ; M. Bonazzi, *Processo e Socrate*, Bari, 2018 ; P. Ismard, *op. cit.* ; C. Mossé, *Au nom de la loi, justice et politique à Athènes à l'époque classique*, Paris, 2010 ; G. Donnay, *Le parcours intellectuel de Socrate*, in *L'Antiquité classique*, t. 78, 2009, p. 39-61 ; P. Millett, *The trial of Socrates revisited*, in *European Review of History*, n° 12/1, 2005, p. 23-62 ; M.I. Finley, « Socrate et Athènes », in *On a perdu la guerre de Troie*, Paris, 1990, p. 65-79 ; V. Lhuillier, « Le procès de Socrate », *APD*, t. 39, 1995, p. 47-71 ; M.H. Hansen, *The trial of Sokrates. From the Athenian point of view*, Copenhagen, 1995 ; L. Bonfante et L.F. Raditsa, « Socrate's defense and his audience », *Bull. of the Amer. Soc. of Papyr.* 15 (1978), p. 17-23.
5. Sur le contexte politique d'Athènes à la fin du ^{ve} s. et au début du ^{iv} s. : M. Humbert et D. Kremer, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 12^e éd., Paris, 2017, § 110-120, 134-136, 138 et s. ; J. Gaudemet et E. Chevreau, *Les institutions de l'Antiquité*, 8^e éd., Paris, 2014, p. 77-100 ; C. Mossé, *Regards sur la démocratie athénienne*, Paris, 2013 ; M.H. Hansen, *Démocratie athénienne, démocratie moderne : traditions et influences*, Genève, 2010 ; J. de Romilly, *Problèmes de la démocratie grecque*, Paris 2006 ; L.F. Raditsa, *The collapse of democracy at Athens and the trial of Socrates*, *Riv. Stor. Ant.* 9 1979, p. 11-28.

Ce type de procès constituait l'un des témoignages les plus éclatants de la rupture consommée entre les intellectuels et le peuple.

On peut encore ajouter que dans cette atmosphère quelque peu délétère, les sympathies de Socrate envers certains de ses disciples devenus oligarques (Critias, Alcibiade) ne jouèrent pas en sa faveur.

Deux sources principales permettent de reconstituer le cheminement du procès et d'apprécier l'attitude de Socrate face à ses juges : d'une part l'*Apologie de Socrate* écrite par Platon vers 396 av. J.-C. ; d'autre part, l'*Apologie de Socrate* rédigée par Xénophon dans ses *Mémorabilia* après 371. Ces deux témoignages sont l'œuvre de deux disciples de Socrate dotés de personnalités radicalement différentes : l'un est un philosophe, éloigné des affaires publiques (Platon) ; l'autre est un soldat qui occupa entre autres la prestigieuse magistrature de stratège et était hostile au régime démocratique (Xénophon).

Il est intéressant de noter que, bien que contemporains du procès, ils n'ont pas écrit leurs apologies respectives juste après les événements, mais au minimum plus de six ans après les faits. Donc leur composition des événements s'avère moins emprunte de passion ou de colère.

Les deux versions ne présentent pas l'attitude de Socrate avec la même sensibilité, mais les grandes lignes des deux récits concordent. Et ils s'accordaient sur un point : l'attitude délibérément intransigeante de Socrate pendant son procès ne pouvait conduire qu'au prononcé de la peine capitale.

Au gré du déroulement des deux phases qui ponctuèrent le procès criminel, l'accent sera placé sur deux attitudes de Socrate reflétant son intransigeance :

- Le Juste contre la vérité judiciaire (phase d'accusation) ;
- Le choix de Socrate : le sacrifice de sa vie sur l'autel du *nomos* (phase de détermination de la peine et de vote de la sentence).

I. Le Juste contre la vérité judiciaire

En 399 av. J.-C., un certain Mélétos dépose une *graphê* (action publique) devant l'archonte-roi (le magistrat chargé d'instruire les procès relatifs au culte). La procédure criminelle athénienne était purement accusatoire et reposait sur le principe de l'action publique. Il était un devoir pour tout citoyen athénien d'agir pour dénoncer les actes contraires au *nomos* dans l'intérêt collectif.

On connaît le texte de l'accusation formelle notamment grâce à la citation qui en avait été faite ultérieurement par un sophiste – vivant au III^e s. ap. J.-C., Favorinus d'Arles. Ce dernier avait eu accès au *Métrôon* d'Athènes (l'ancien Bouleutérion), lieu des archives officielles de la cité : « *Mélétos, fils de Mélétos, du dème Pithos contre Socrate, fils de Sofronisque du dème d'Alopèce, présente cette accusation et prête serment : Socrate est coupable de ne pas reconnaître les dieux de la cité et d'en introduire de nouveaux. En outre, il est coupable de corrompre la jeunesse. Est donc requise la peine de mort* »⁶.

En fait, l'accusation fut orchestrée par trois protagonistes. Le véritable promoteur de l'idée est Anytos, le chef du parti démocratique athénien qui, lui-même, avait eu à subir en public l'ironique dialectique de Socrate. Mais des desseins politiques se cachaient sans doute aussi derrière son initiative. Il avait instrumentalisé le jeune Ménélos, un poète tragique raté sans envergure qui était en quête de notoriété. Anytos avait aussi pris soin d'associer Lycon dont les qualités oratoires seraient utiles lors de la défense de l'accusation devant l'Héliée.

L'accusation n'a rien d'exceptionnel en elle-même. Elle reflétait bien la pensée des détracteurs ou ennemis de Socrate. À titre d'illustration, il suffit de se référer aux *Nuées* d'Aristophane, comédie mise en scène en 423 av. J.-C., dans laquelle il assimilait faussement Socrate à un sophiste et le dépeignait comme l'un des pires représentants de la nouvelle culture. Il le tenait aussi responsable de la corruption de la cité et de sa jeunesse (à travers le personnage du jeune Phidippide) car il avait présenté des hypothèses scientifiques bizarres

6. La citation de l'accusation de Socrate par Favorinus nous a été transmise par le poète et biographe Diogène Laërce du III^e s. de notre ère, dans son ouvrage *Vies, doctrines et sentences des philosophes illustres* (2.40).

servant à masquer maladroitement son athéisme⁷.

En revanche sur le plan du droit criminel, la formulation de l'accusation était d'une efficacité redoutable car finement construite par Anytos. Elle reposait sur deux chefs d'accusation : impiété et corruption de la jeunesse.

L'accusation d'impiété était probablement fondée sur un décret voté sous Périclès qui intimait à tout citoyen « *de dénoncer ceux qui ne reconnaissent pas les choses divines ou qui enseignent des théories au sujet des choses célestes* »⁸. Ce décret avait d'ailleurs été utilisé pour condamner Anaxagore en 430 av. J.-C. Il était alors facile de se référer à ce précédent judiciaire⁹. En outre, dans une perspective rhétorique, c'était l'argument idéal pour attiser une réaction passionnée des Athéniens. L'accusation d'impiété était grave car elle mettait en péril la paix entre les dieux et la cité. L'offense faite aux dieux par Socrate risquer d'attirer le courroux des dieux et l'abandon de la cité dans l'accomplissement de son destin.

Ce premier fondement de l'accusation était un moyen imparable de faire comparaître Socrate devant le tribunal. Le second moyen de l'accusation, la corruption de la jeunesse, reposait en effet sur des bases légales plus fragiles. Il était reproché à Socrate d'avoir formé des jeunes gens qui, ensuite, s'étaient avérés être des ennemis de la cité. Les accusateurs visaient Alcibiade et Critias, deux artisans majeurs de la tyrannie des Trente tyrans. Il était aisé de présenter Socrate comme un détracteur des institutions démocratiques et un sympathisant des Trente. Cependant un tel chef d'accusation aurait pu tourner court assez rapidement. On aurait pu lui opposer la loi d'amnistie, votée en 403 av. J.-C., en faveur des Trente tyrans et de leurs partisans. C'est la raison pour laquelle l'accusation prit sans doute soin d'ajouter au crime de corruption de la jeunesse celui d'impiété.

La formulation des accusations revêtait aussi le désavantage de permettre une assimilation fallacieuse de la pensée de Socrate à celle des

sophistes. Ces derniers suscitaient depuis plus d'un demi-siècle la haine du peuple en raison de leur relativisme appliqué aux dogmes traditionnels comme la religion, la supériorité de la loi, l'existence du juste et de l'injuste.

On imagine aisément comment l'habileté oratoire d'un Lycon pouvait exploiter ce type d'argumentation pour exciter la haine des juges ignorants siégeant dans le tribunal populaire à cette époque.

Le tribunal populaire de l'Héliée avait été conçu dans un esprit éminemment démocratique. Il était une émanation directe de l'*Ecclesia* (l'assemblée du peuple) au sein de laquelle étaient tirés au sort, chaque année, 6 000 citoyens pour assurer les fonctions de juge. Périclès avait institué le *misthos heliastikos*, une indemnité versée aux juges dans le but de permettre aux citoyens les plus modestes de siéger sereinement au sein du tribunal populaire. Mais le *misthos* fut très vite détourné de sa destination originelle pour devenir un moyen de vivre aux dépens de l'État sans travailler. À l'époque du procès de Socrate, les juges des tribunaux populaires étaient des vieillards avides, cherchant à meubler leur inactivité tout en percevant une pension de l'État. Ils constituaient autant de proies faciles à manipuler pour les sycophantes et les orateurs démagogues.

C'est dans ce contexte politico-judiciaire que s'ouvrit la première phase du procès de Socrate : celle de l'accusation qui se déroula devant les 501 jurés désignés pour l'occasion.

Selon la procédure, la parole fut donnée à l'accusateur, puis à l'accusé. Les discours respectifs duraient en moyenne trois heures. Il s'agissait là d'une véritable joute oratoire livrée entre l'accusation et la défense. Tous les coups étaient permis, notamment dans l'administration de la preuve. C'était le règne de l'éloquence judiciaire où les adversaires – rodés à la rhétorique – s'affrontaient sans merci pour emporter la conviction des juges. Précisons que si l'accusateur ne réussissait pas à convaincre les juges, il risquait une condamnation pénale pour calomnie ; en

7. Dans un passage de l'*Apologie de Socrate* (19c), Socrate s'interroge sur les arguments soutenus par Méléto pour justifier l'accusation d'impiété et de corruption de la jeunesse et il mentionne en premier lieu sa propre parodie mise en scène par Aristophane dans les *Nuées*.

8. Plutarque, *Vie de Périclès*, 32.3.

9. On peut déduire d'un passage de l'*Apologie de Socrate* de Platon (26d) que Méléto s'était prévalu de la condamnation d'Anaxagore. Socrate reproche à son accusateur de le confondre avec ce philosophe condamné précédemment pour impiété.

l'espèce, Méléto encourait une amende de mille drachmes s'il échouait dans l'établissement de la culpabilité de Socrate.

Les juges avaient un rôle passif, ils n'intervenaient pas, pas plus que le magistrat « instructeur » qui présidait le tribunal. Ils devaient juste se prononcer par un vote sur la culpabilité à l'issue des débats.

On mesure aisément l'importance de la parole et du discours dans le dénouement du procès criminel. C'est dans ce contexte que l'intransigeance de Socrate s'exprima. Il refusa catégoriquement de se prêter à la mise en scène judiciaire qui était pourtant une figure imposée du procès judiciaire. Sa première réaction fut de refuser l'assistance de Lysias, l'un des plus fameux orateurs de l'époque. Il choisit de se défendre seul avec ses propres mots, fussent-ils maladroits¹⁰.

Pour Socrate, la rhétorique judiciaire n'était que le vil gouvernement d'opinions nécessairement erronées. Il n'accepta pas de se prêter à ce rituel judiciaire pour ne pas perdre son honneur. À l'un de ses disciples, Hermogènes, qui lui disait : « *Ne vois-tu pas que les tribunaux d'Athènes ont souvent, séduits par d'habiles propos, fait périr des innocents, alors que souvent aussi ils ont acquitté des coupables dont les discours les avaient apitoyés ou charmés ?* »¹¹, il répondit : « *De toute ma vie, je n'ai commis aucun acte injuste ; voilà je pense la meilleure manière de préparer sa défense* »¹².

Comme c'était l'usage, Socrate prit la parole après l'accablant réquisitoire de son accusateur. Il s'adressa à ses juges en les prévenant de ses piètres talents oratoires. Il n'usa pas du pouvoir des mots pour emporter la conviction. Il entendait apparaître tel qu'il était et sa vie – dont le but ultime était la quête de la vérité et de la vertu – suffisait à établir son innocence. Remarquons tout de même au passage l'ingéniosité de l'argument. Socrate a soixante-dix ans lors de son procès. Sa personnalité et sa vie sont donc connues de tous, alors pourquoi se justifier maintenant !

Contrairement à l'interprétation largement diffusée du procès, Socrate ne renonça pas à se défendre. Il se défendit, mais selon la méthode qui avait été sienne toute sa vie : la dialectique ; le seul moyen de combattre l'ignorance et d'atteindre le Juste. Se plaçant sur le plan de la méthode et de la valeur du discours judiciaire, il opposait ainsi le Juste à la pseudo-vérité judiciaire.

Puis il entama sa défense. Il se tourna vers son accusateur en déclarant qu'il était innocent des trois chefs d'inculpation énumérés dans l'acte d'accusation. Il les reprit point par point en soumettant son adversaire à la légendaire ironie socratique.

Concernant l'accusation de corruption de la jeunesse, il déclara : « *si je suis coupable de corrompre la jeunesse alors Méléto lui, est coupable de plaisanter en matière sérieuse quand, à la légère, il traduit des gens en justice* »¹³. Puis il évoqua la question de ses disciples et de leur éventuelle corruption (Critias et Alcibiade). Il se dégagea de toute responsabilité. Il n'interdisait à personne de suivre ses enseignements qu'il ne faisait jamais payer d'ailleurs, à la différence des sophistes qui extorquaient des sommes exorbitantes à une jeunesse dorée avide de maîtrise toutes les subtilités de la rhétorique. Était-ce un crime d'essayer de rendre meilleur son prochain ?

Socrate aborda ensuite le second chef d'accusation : l'impiété. Il s'en défendit énergiquement. Il avait toujours fait preuve d'une immense piété à l'égard des dieux de la cité. Il avait participé à tous les cultes publics et avait sacrifié au culte privé.

Il répéta à plusieurs reprises que Méléto n'était pas sérieux, que tout cela n'était qu'une plaisanterie due probablement à l'effervescence des jeunes gens.

Quant à l'introduction de dieux nouveaux, il la recusa aussi en disant qu'il ne faisait qu'entendre une voix intérieure (*daïmôn*) qui lui disait quoi faire, peut-être Apollon lui-même s'adressait-il ainsi à lui (Platon, AS 14)¹⁴.

Puis Socrate fit de nouveau face à ses juges et les enjoignit de comprendre qu'il n'avait jamais

10. Platon, *Apologie de Socrate*, 17a – 18a.

11. Xénophon, *Mem.*, 4.8.5.

12. Xénophon, 4.8.4.

13. Platon, *Apologie de Socrate*, 24c.

14. Platon, *Apologie de Socrate*, 20e, 31c et d, 40b.

vécu que pour le bien de la cité. Il énuméra les fonctions militaires qu'il avait assumées pour la défense de la Cité mère et disait les avoir occupées avec la même constance au péril de sa vie car ce qui comptait avant tout, c'était l'honneur au mépris de la vie.

Il mentionna ensuite l'unique fonction qu'il avait exercée : membre de la Boulè et prytane au moment de la bataille des Arginusés (en 406 av. J.-C.), à l'occasion de laquelle l'Assemblée populaire avait décidé de mettre à mort les dix stratèges qui, après le combat naval, n'avaient pas récupéré les corps des soldats tués. Au moyen d'une procédure extraordinaire, l'Assemblée avait créé rétroactivement un nouveau chef d'accusation pour condamner à mort les stratèges.

« *Je n'ai jamais exercé parmi vous, Athéniens, qu'une seule fonction publique ; j'ai été membre de la Boulè. Et il s'est trouvé que la tribu Antiochide, la nôtre, était en possession de la prytanie, au moment où vous vouliez juger à la fois les dix stratèges qui n'avaient pas recueilli les morts après le combat naval ; procédure illégale (paranomos) ; vous l'avez reconnu vous-mêmes par la suite. Pourtant alors seuls des prytanes, je vous ai tenu tête pour vous empêcher de violer la loi, seul j'ai voté contre votre volonté. En vain, les orateurs se disaient prêts à porter une accusation contre moi, à me faire arrêter, et vous les incitez par vos cris ; j'estimais, moi, que mon devoir était de braver le danger au moyen de la loi (nomos) et du procès (dikè) [...] »¹⁵.*

Jusqu'ici la défense de Socrate est remarquablement convaincante. Il semble même avoir pris l'avantage sur son adversaire. Les juges sont rassurés. Socrate a œuvré toute sa vie pour le respect du *nomos* et le bien de la cité.

Et brutalement se produisit un « coup de théâtre », Socrate opéra un retour à la réalité. Il déclarait sa défense désormais terminée et ne produirait aucune supplication pour émouvoir les juges comme il était d'usage dans les procès criminels. Il ne demanderait pas à ses parents, enfants de venir supplier et de convaincre de l'importance de garder sauve la vie de leur proche comme cela se faisait dans les condamnations criminelles. Socrate ne faisait pas cela par provocation ou par mépris, mais parce que cela

aurait été source de déshonneur pour lui et pour sa cité : « *D'ailleurs à part la question de dignité, il ne me paraît pas qu'il soit juste de prier des juges, d'arracher par des prières un acquittement qui doit être obtenu par l'exposé des faits et la persuasion. Non, le juge ne siège pas pour faire de la justice une faveur, mais pour décider ce qui est juste. Il a juré, non de favoriser selon son bon vouloir un tel ou un tel, mais de juger selon les lois. En conséquence, nous ne devons pas plus vous accoutumer au parjure que vous ne devez vous y accoutumer vous-mêmes ; nous offensons les dieux, les uns et les autres »*¹⁶.

Socrate amputait ainsi cette première phase du procès de toute sa dimension humaine, tragique et théâtrale. Dans le *Crépuscule des Idoles*, Nietzsche reprochait d'ailleurs à Socrate d'être le véritable responsable de la mort de la tragédie. Il voyait en lui le premier nihiliste qui avait ruiné l'esprit grec de la tragédie.

En fait, Socrate jetait au visage de ses juges l'arbitraire et l'injustice de la comédie judiciaire. La rhétorique judiciaire n'était qu'un leurre, elle ne pouvait conduire qu'à une dissociation du procès de l'idéal de justice. Et, comble de l'ironie, elle était pourtant le pilier de la justice démocratique athénienne.

Mais l'attitude de Socrate allait encore plus loin. Elle défiait la terreur ancestrale du commun des mortels face à la mort. Il ne redoutait pas la mort.

Il était conscient qu'en agissant ainsi, il ne manquerait pas d'exciter la colère des juges avant leur vote sur la culpabilité : « *il serait possible que tel ou tel d'entre vous soit indisposé ou irrité de ma conduite, son vote serait un vote de colère. Et bien s'il en est ainsi – ce que d'ailleurs je ne veux pas croire –, mais enfin si cela était, voici sans doute ce que j'aurais peut-être le droit de lui dire : "Moi aussi, mon cher ami, j'ai des proches ; car comme dit Homère (je ne suis pas né d'un chêne ni d'un rocher), mais d'êtres humains ; et par conséquent, j'ai des parents, j'ai aussi des fils au nombre de trois, dont un qui est déjà grand garçon ou deux tout petits. Malgré cela Athéniens, je ne ferai venir ici aucun d'eux et je ne vous supplierai pas de m'acquitter" »*¹⁷.

15. Platon, *Apologie de Socrate*, 32b.

16. Platon, *Apologie de Socrate*, 35c.

17. Platon, *Apologie de Socrate*, 34d.

Il a poussé – au moyen d’une dialectique acérée – les juges dans leurs derniers retranchements. Il les a contraints à prononcer sa culpabilité. Il a aussi vaincu la rhétorique judiciaire déployée par Lycon. Il ne lui a pas permis de triompher en façonnant l’intime conviction des juges, selon une vérité judiciaire que l’orateur aurait construite.

Sa conviction d’incarner le juste ne varia pas d’un *iota* durant la seconde phase du procès. Là encore, il ne laissa pas aux juges d’autre alternative que de le condamner à la peine capitale.

II. Le sacrifice de sa vie sur l’autel du *nomos*

À l’issue de la phase d’accusation, Socrate reçut le verdict avec beaucoup de sérénité et sans surprise. Il se déclara même agréablement étonné que le vote de sa culpabilité ait recueilli une si faible majorité (seulement de trente voix). C’était presque une victoire pour lui.

S’ouvrit alors la deuxième partie du procès consacrée à la détermination de la peine encourue.

Dans les procès criminels, il appartenait à l’accusation et à la défense de proposer une peine. Le choix s’effectuait entre les trois types de peine existant à Athènes : la mort (rarement prononcée et encore plus rarement exécutée), l’exil et l’amende.

L’usage était que la défense propose une peine moins sévère que celle de l’accusation, mais tout de même sérieuse. Il ne faut pas oublier que la question de culpabilité avait déjà été tranchée.

La joute judiciaire reprit. Chacun des deux adversaires étant censé déployer ses talents oratoires pour convaincre les juges qui, par vote, allaient se prononcer entre l’une ou l’autre proposition. Socrate refusait toujours de rentrer dans le piège de l’éloquence judiciaire.

Sans grande surprise, Mélétos s’évertua à convaincre les juges que son adversaire méritait la peine de mort.

Puis vint le tour de Socrate de proposer une peine alternative. Il se tourna vers son adversaire et lui dit avec lucidité, qu’il n’était pas le premier

ni le dernier des hommes de bien à mourir. À propos de la peur de la mort, il lui lança : « *Il est mal, mon ami, d’affirmer, comme tu le fais, qu’un homme de quelque valeur ait à calculer ses chances de vie et de mort, au lieu de considérer, lorsqu’il agit si ce qu’il fait est conforme à la loi (nomom) ou non conforme à la loi (anomon) ou non s’il se conduit en homme de cœur ou en lâche* »¹⁸.

Puis il fixa le choix de sa peine en fonction du critère du mérite : « *Qu’ai-je mérité, je le demande, pour m’être ainsi conduit ? Un bon traitement, Athéniens, si nous voulons être justes ; et sans doute, un bon traitement qui me soit approprié. Qui y a-t-il donc d’approprié à un bienfaiteur pauvre, qui a besoin de loisir pour vous exhorter ? Rien ne conviendrait à un tel homme, Athéniens, comme d’être nourri dans le prytanée* »¹⁹.

En fait, ce n’était pas une peine qu’il proposait, mais un privilège réservé aux héros et bienfaiteurs de la Cité, notamment aux vainqueurs des jeux Olympiques. Il s’agissait là d’une provocation calculée qui avait une double finalité :

- témoigner du fait qu’il était innocent et ne méritait aucune peine ;
- faire prendre conscience aux juges qu’ils étaient les acteurs ou les victimes des perversions de la justice démocratique, étant elle-même le reflet d’une démocratie qui n’en finissait pas de décliner.

Selon Platon, il suggéra de payer une amende d’une mine d’argent²⁰. Une somme certes ridicule, mais qu’il était seulement à même de donner en raison de sa pauvreté extrême. Criton, Critobule et Apollone s’empressèrent de se porter garant d’une amende de trente mines. Et telle fut l’amende que proposa finalement Socrate aux juges.

De même qu’à l’issue de la première phase du procès, les héliastes, démunis, n’eurent d’autre choix que de prononcer la mort. Décision que les juges redoutaient de prendre depuis le début du procès. Le juste avait une fois de plus triomphé de la pseudo vérité judiciaire.

C’est l’un des derniers enseignements que Socrate prodigua à ses concitoyens pour leur bien. Une fois la condamnation à la peine capi-

18. Platon, *Apologie de Socrate*, 28b.

19. Platon, *Apologie de Socrate*, 36d.

20. Platon, *Apologie de Socrate*, 38b.

tales votée (avec une faible majorité de soixante voix), Socrate s'exprima très sereinement devant ses juges. Ce type d'intervention n'était pas prévu dans les procès. Il s'adressa déjà à ceux qui avaient voté en faveur de la peine de mort. Il ne leur vouait aucune acrimonie, mais resta ferme en leur disant qu'il ne regrettait pas sa défense et qu'il lui aurait été impossible de gémir ou de supplier pour conserver sa vie sans se couvrir de déshonneur : « *J'aime mieux mourir après une telle défense que de vivre à pareil prix* »²¹. Et il les mit en garde : « *En me condamnant, vous avez cru vous délivrer de l'enquête exercée sur votre vie; or c'est le contraire qui suivra, je vous le garantis* »²².

Puis Socrate se tourna vers ceux des juges qui l'avaient absous et il les rassura : il ne faut pas avoir peur de la mort car elle est un bien.

Il poussa d'ailleurs la mauvaise conscience de ses juges jusqu'au bout. En effet, il était d'usage

lorsque l'on était condamné à la peine capitale de fuir (exil volontaire) pour échapper à l'exécution de la sentence. C'est d'ailleurs ce que les juges avaient espéré en le condamnant. Mais Socrate resta figé dans sa ligne de conduite. Il ne céda pas aux supplications de ses amis qui l'engloignaient à quitter la cité. Il choisit d'être conduit à la prison où il demeura trente jours avant l'exécution de la peine capitale : la mort par la ciguë.

Si l'on veut trouver un sens au procès de Socrate, l'on pourrait y voir un sacrifice volontaire et conscient pour l'amour du *nomos* et de l'*eunomia*. Refuser de boire le poison revenait à ne pas obéir à la loi, c'est-à-dire à ne pas respecter les décisions du peuple souverain. Il était inconcevable pour Socrate de terminer sa vie en perpétrant un acte contraire au *nomos*, donc en commettant une injustice alors qu'il avait consacré son existence à défendre cette règle cardinale de la vie en société²³.

21. Platon, *Apologie de Socrate*, 38e.

22. Platon, *Apologie de Socrate*, 39c.

23. Sur ce point : Platon, *Criton*, 49a – 53d.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Justice, droit naturel et droit positif chez Aristote

Éric Martin-Hocquenghem

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

« Aristote a écrit pour être entendu »

(Montaigne, *Essais*, livre III, chap. XIII, *De l'Expérience*)

« – Pourquoi citez-vous Aristote en grec ?

« – Parce qu'il est bien normal de citer un auteur qu'on ne comprend pas dans la langue qu'on entend le moins »

(Voltaire, *Micromégas*)

Introduction. – La diffusion des travaux de Michel Villey a rendu Aristote à la mode chez les philosophes du droit et les juristes francophones. Nombreux sont en effet les ouvrages et articles à se référer à ses théories de la justice et de l'équité, aux notions de « justice distributive » et « commutative », à sa conception du droit naturel, afin de décrire l'objet et la méthode de la science juridique¹. De manière plus hardie, divers auteurs y ont recours pour expliquer l'apparition, le

régime, la nature d'une institution ou d'un principe juridique déterminé². Quelquefois oubliée du contexte historique et intellectuel dans lequel la pensée d'Aristote s'est développée, cette vogue de l'aristotélisme fait courir le risque de simplifications abusives et de généralisations hâtives. Aussi, pour s'en préserver, est-il indispensable de se reporter aux textes mêmes, dans lesquels le Stagirite a exposé sa théorie de la justice, du droit naturel et de l'équité, dans un

1. V. not. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 407 et s.; Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 1999, p. 53 et s., p. 164-166; Ch. Perelman, *Justice et raison*, 2^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 101 et s., p. 155 et s., p. 221 et s.; A. Sériaux, « Le droit naturel de Michel Villey », *Rev. d'hist. des fac. de dr. et de la sc. jur.* 1988, Aix-Marseille, p. 139-153, n° 9 et s.; J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD* 2001, p. 303-333, not. p. 325 et s.; F. Chénéde, « De la conception du droit à la fonction de juriste », in *La place du juriste face à la norme*, Association Henri Capitant, Journées nationales t. XVI/Rennes, 2012, p. 1-26; du même auteur, « Le droit civil, au naturel », *RTD civ.* 2020, p. 506-527; J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 5^e éd., Lextenso, 2018, n° 38-39, n° 285-288; F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 62 et n° 80; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 20^e éd., LexisNexis, 2020, n° 22; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020, n° 27; M. Douchy-Oudot, *Droit civil – Introduction Personnes Famille*, 10^e éd., Dalloz, 2019, n° 65.
2. V. par ex. les remarquables thèses et articles suivants : J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Lyon, 1996, spéc. n° 184 et s.; D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, spéc. n° 70 et s.; F. Chénéde, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008; G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, LGDJ, 2012, n° 155 et s., n° 232, n° 686-689; J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265-283, p. 277-278.

style souvent elliptique, émaillé d'obscurités et d'hésitations. Ce sont principalement ceux, on le sait, du livre V de l'*Éthique* à *Nicomache*, tout entier consacré à la justice, outre des passages de la *Rhétorique* et de la *Politique*, notamment³. Destiné à des juristes, cet article n'a d'autre ambition que d'analyser ces textes, en s'efforçant de saisir, autant que faire se peut, la pensée d'Aristote, sans la déformer. Il n'a aucune prétention à l'érudition et n'apprendra rien à des spécialistes, eux-mêmes largement consultés.

Dans le livre V de l'*Éthique* à *Nicomache*⁴, Aristote opère plusieurs distinctions destinées à lui permettre d'élucider le concept de justice et d'en étudier tous les aspects. Il différencie ainsi successivement le juste légal et le juste égal, le juste distributeur et le juste correcteur, le juste naturel et le juste conventionnel. Ces notions doivent donc être examinées, à la lumière des explications qu'Aristote fournit à propos de chacune d'entre elles.

I. Juste légal et juste égal

Aristote part d'une définition populaire de la justice (ἡ δικαιοσύνη), selon laquelle celle-ci est un état, une disposition (ἔξις), par laquelle les hommes font et veulent les choses justes⁵. Mais

il observe ensuite que le terme justice revêt en réalité deux acceptions, qui, pour être apparentées, n'en sont pas moins distinctes⁶. Le juste (τὸ δίκαιον) est en effet, d'une part, ce qui est conforme à la loi (τὸ νόμιμον) et, d'autre part, ce qui est égal (τὸ ἴσον)⁷. Aristote s'est donc appliqué à préciser ces deux sens du mot « juste », qu'il distingue d'une façon apparemment novatrice⁸.

Le juste légal, tout d'abord, est, d'après Aristote, ce qui produit et conserve le bonheur et les parties constituantes du bonheur pour la communauté politique. En effet, les lois visent à l'intérêt commun soit de tous les membres de la cité, soit des principaux de ses membres, selon la vertu ou selon quelque autre critère semblable⁹. Or, les lois nous prescrivent d'accomplir des actes vertueux et nous interdisent de commettre des actes vicieux. La justice légale se confond donc, explique Aristote, avec la vertu parfaite, non sans doute purement et simplement, mais à l'égard d'autrui¹⁰. Cette identification de la justice au respect des lois et son élévation au rang de la vertu achevée correspondent à la conception grecque traditionnelle de la justice¹¹, qu'on retrouve rappelée, par exemple, chez Platon¹².

Toutefois, Aristote a précédemment étudié la vertu en général¹³, alors que l'objet de sa

3. Abréviations désignant les œuvres d'Aristote utilisées : *EN* (*Éthique* à *Nicomache*), *EE* (*Éthique* à *Eudème*), *Pol.* (*Politique*), *Rhét.* (*Rhétorique*), *Méta.* (*Métaphysique*), *Phys.* (*Physique*), *DA* (*De l'Âme*), *PA* (*Les Parties des animaux*), *GA* (*De la Génération des animaux*).

4. Texte grec : v. not. Fr. Susemihl, revu par O. Apelt, *Aristotelis Ethica Nicomachea*, Teubner, 1912 ; L. Bywater, *Aristotelis Ethica Nicomachea*, Oxford Classical Texts, 1894 ; J. Burnet, *The Ethics of Aristotle*, London : Methuen & Co, 1900 ; traductions avec commentaire ou notes : J. Tricot, 4^e éd., Vrin, 1979 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, 2^e éd., Éditions Peeters et Nauwelaerts, 2002 ; R. Bodéüs, Garnier-Flammarion, 2004 ; H. Rackham, trad., Loeb Classical Library, 1926 ; T. Irwin, 3^e éd., Hackett Publishing Comp., 2019. Nous privilégions les traductions de Bodéüs et Gauthier et Jolif, parfois, du reste, fort différentes l'une de l'autre. L'ouvrage fondamental de R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif (*Aristote, L'Éthique à Nicomache*), comprend quatre volumes : I-1, *Introduction* ; I-2, *Traduction* ; II-1, *Commentaire livres I-V* ; II-2, *Commentaire livres VI-X*.

5. *EN*, V, 1, 1129 a 6-9.

6. *EN*, V, 2, 1129 a 26-31.

7. *EN*, V, 2, 1129 a 34.

8. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 335-336.

9. *EN*, V, 3, 1129 b 13 et s. S'appuyant sur l'omission du membre de phrase « selon la vertu » (κατ' ἀρετήν, b 16) dans le manuscrit K^o de l'*EN*, Bywater le met entre crochets. Mais d'autres éditeurs du texte (Susemihl, Burnet entre autres) le conservent. Aussi Bodéüs le traduit-il ; Gauthier et Jolif également, par l'expression « en fonction de la valeur ».

10. *EN*, V, 3, 1129 b 14 et suiv.

11. W. Jaeger, *Paideia*, trad. A. et S. Devyver, Gallimard, coll. Tel, 1988, p. 140-141 ; du même auteur : « Éloge de la loi. L'origine de la philosophie légale et les grecs », trad. J. Prieur, *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n° 8, déc. 1949, p. 5 et s., p. 11-12 ; J. de Romilly, *Pourquoi la Grèce ?*, Le Livre de Poche, 1992, p. 112 et s. ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, 1129 b 26-28, p. 341.

12. Platon, *La République*, texte et trad. E. Chambry, Les Belles Lettres, 1932-1934 ; trad. G. Leroux, Garnier-Flammarion, 2016, II, 358 a, 363 e – 364 a ; IV, 433 b ; Platon, *Les Lois*, texte et trad. E. des Places et A. Diès, Les Belles Lettres, 1951-1956 ; trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion, 2006, I, 630 c.

13. *EN*, I et II, III, 1 à 8. Lorsque Aristote étudie par conséquent, au livre V, la justice, il lui apparaît inutile de s'étendre outre mesure sur la justice légale, dès lors que celle-ci se confond avec la vertu dans son intégralité.

recherche est ici, souligne-t-il, la justice qui constitue une vertu particulière (ἐν μέρει ἀρετῆς), dont il tient l'existence pour acquise¹⁴ : cette justice est une partie de la justice totale (μέρος τῆς ὅλης δικαιοσύνης) ou légale¹⁵. à cette justice particulière qui s'exerce, elle aussi, dans les rapports avec autrui¹⁶, correspond une seconde notion de juste, le juste égal. Or l'égal est, selon Aristote, un milieu, un intermédiaire par rapport à l'inégal¹⁷. Le juste égal consistera donc en un certain milieu (τὸ δίκαιον μέσον τι)¹⁸. Aristote le définit encore comme quelque chose de proportionnel (ἀνάλογόν τι)¹⁹, car la proportion est comme une égalité des rapports²⁰ et le proportionnel comme un milieu²¹. Cette distinction aristotélicienne de la légalité et de l'égalité, de la justice totale et de la justice particulière, semble inédite et novatrice.

On pourrait penser, au premier abord, il est vrai, qu'en analysant le juste égal en un milieu, Aristote se borne à répéter ce qu'il a affirmé de la vertu en général. En effet, Aristote définit celle-ci, au livre II de l'*Éthique à Nicomaque*, comme un milieu entre deux vices, l'un par excès, l'autre par défaut²² : par exemple, le courage est un milieu entre la crainte et la témérité²³ ; la modération, entre le dérèglement et l'insensibi-

lité aux plaisirs et aux peines²⁴, et ainsi de suite pour les autres vertus. Le juste milieu à rechercher et à choisir dans la vertu n'est pas, ajoutait-il, le milieu de la chose, obtenu selon une moyenne arithmétique, mais le milieu par rapport à nous (μέσον δὲ οὐ τὸ τοῦ πράγματος ἀλλὰ τὸ πρὸς ἡμᾶς)²⁵. Cependant, dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote indique que la justice est une sorte de moyenne, de juste milieu (μεσότης τίς), non pas à la manière des autres vertus, mais en ce qu'elle relève du milieu, alors que l'injustice relève des extrêmes²⁶. Or, dans un autre passage du livre V, à propos de la justice distributive, Aristote fait la distinction suivante : pour autant, d'une part, qu'il est un milieu, le juste est entre certaines choses, qui représentent le plus et le moins, et, en tant qu'égal, il implique deux choses ; pour autant, d'autre part, qu'il est juste, il suppose certaines personnes²⁷. Il en résulterait donc, pour certains interprètes, que le juste est un milieu entre les choses, et non par rapport à nous comme les autres vertus. Telle est l'interprétation, traditionnelle, de Thomas d'Aquin²⁸, qui parle de *medium in re* à propos du juste, et, dans son sillage, de Michel Villey²⁹ ou d'autres³⁰. Cette interprétation réduit le domaine d'application du juste aux actions extérieures,

14. *EN*, V, 4, 1130 a 14-15.

15. *EN*, V, 5, 1130 b 9-14.

16. *EN*, V, 5, 1130 a 33.

17. *EN*, V, 6, 1131 a 10 ets.

18. *EN*, V, 6, 1131 a 14-15.

19. *EN*, V, 6, 1131 a 29 et 7, 1131 b 11-12.

20. *EN*, V, 6, 1131 a 31.

21. *EN*, V, 7, 1131 b 11-12.

22. *EN*, II, 5 et 6. Plus précisément, Aristote donne de la vertu la définition achevée suivante (1106 b 36 – 1107 a 2) : « une disposition à choisir, dans un juste milieu existant par rapport à nous, par une règle déterminée, celle-là même par laquelle le sage se déterminerait » (ἡ ἀρετὴ ἕξις προαιρετική, ἐν μεσότητι οὖσα τῇ πρὸς ἡμᾶς, ὀρισμένη λόγῳ καὶ ᾧ ἂν ὁ φρόνιμος ὀρίσειεν).

23. *EN*, II, 7, 1107 b 1 à 4 ; III, 9 et s.

24. *EN*, II, 7, 1107 b 4 à 8 ; III, 13 et s.

25. *EN*, II, 5, 1106a, 25 et s., spéc. 1106 b 6.

26. *EN*, V, 9, 1133 b 32 à 34. La traduction de μεσότης par moyenne est empruntée à M. Bodéüs et par juste milieu à Gauthier et Jolif.

27. *EN*, V, 6, 1131 a 15 à 18.

28. Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, texte et trad., notes et appendices C. Spicq, Desclée & Cie, 1947, IIa-IIae, question 61, art. 2, sol. 1.

29. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2013, p. 81 et 84 ; du même auteur, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, n° 39 et la référence à Thomas d'Aquin ; *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p. 52. De fait, on a pu remarquer (W.F.R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory*, 2^e éd., Oxford Clarendon press, 1980, p. 202-203) que, dans le tableau qu'Aristote dresse des diverses vertus intermédiaires et des vices extrêmes leur correspondant dans l'*Éthique à Eudème* (texte et trad. anglaise H. Rackham, Loeb Classical Library, 1952 ; trad. française V. Décarie, Vrin et Presses de l'Université de Montréal, 1984, livre II, 3, 1220 b 36 et s.), la justice s'y trouve seule désignée par le neutre τὸ δίκαιον et présentée comme un intermédiaire entre deux extrêmes qui évoquent une quantification objective plutôt que des vices à proprement parler, à savoir le gain (κέρδος), d'une part, et la perte (ζημία), de l'autre.

30. V. par ex. T. Irwin, *op. cit.*, p. 269 (position nuancée, toutefois).

sans avoir égard aux passions de l'agent. Néanmoins, Aristote n'écrit nulle part que la justice n'aurait, contrairement aux autres vertus, rien à voir avec la modération des passions. En revanche, après avoir indiqué que l'injustice relève des extrêmes, Aristote précise, un peu plus loin, qu'elle est excès et défaut³¹. Ainsi l'originalité de la justice, comme l'affirment plusieurs commentateurs, semble-t-elle plutôt tenir au fait qu'elle ne s'oppose pas à deux vices contraires, comme les autres vertus, mais à un seul : l'injustice, qui caractérise les deux extrêmes³².

II. Juste distributeur et juste correcteur

La justice particulière et la notion correspondante du juste, enchaîne le Stagirite, se divisent à leur tour en deux espèces³³, que les traductions désignent habituellement sous les expressions de « justice distributive », d'une part, et « justice corrective », de l'autre. Deux espèces de juste leur correspondent, « le juste distributeur » (τὸ διανεμητικὸν δίκαιον) et « le juste correcteur » (τὸ διορθωτικὸν δίκαιον)³⁴.

Le juste distributeur³⁵ s'exerce dans les distributions d'honneurs, d'argent ou de tout ce qui peut être réparti entre les membres de la com-

munauté politique³⁶. Cette première espèce de juste requiert une proportion géométrique (ἀναλογία γεωμετρική), par laquelle les objets seront distribués selon le mérite (κατ' ἀξίαν) des personnes³⁷, encore que tous ne définissent pas ce mérite de la même façon : condition libre pour les membres d'une démocratie, richesse ou bonne naissance pour ceux d'une oligarchie, vertu pour ceux d'une aristocratie³⁸. Une loi établie d'après l'un quelconque de ces critères est donc d'une certaine façon juste, pourvu toutefois que le critère qu'elle met en œuvre soit conforme à la nature du régime politique considéré³⁹. Mais, absolument parlant, le seul critère juste de répartition est la vertu⁴⁰, car cette dernière est la fin d'une cité digne de ce nom⁴¹. Il serait par conséquent préférable de prendre en considération, pour effectuer la répartition, l'inégalité des citoyens quant à la vertu, en observant une proportion identique entre les personnes et les choses : en particulier, une simple égalité arithmétique des choses distribuées n'est juste qu'en apparence⁴².

Le juste correcteur⁴³ intervient dans les rapports entre individus (ἐν τοῖς συναλλάγμασι)⁴⁴. Ces rapports peuvent être soit volontaires, lorsque le consentement mutuel en est l'ori-

31. *EN*, V, 9, 1134 a 8-9.

32. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, 1106 b 23, p. 140 et s. et 1133 b 32-33, p. 406 et s.; R. Bodéüs, *op. cit.*, note 2, p. 252-253; v. ég. L. Robin, *Aristote*, PUF, 1944, p. 239-240; W.F.R. Hardie, *op. cit.*, *loc. cit.*

33. *EN*, V, 5, 1130 b 30.

34. *Ibid.*

35. *EN*, V, 7, 1131 b 27-28.

36. *EN*, V, 5, 1130 b 30-31 et s.; 6, 1131 a 10 et s.; 7, 1131 b 9-24.

37. Une telle proportion dépend de quatre termes, et suppose que le rapport existant entre les personnes se retrouve dans les objets : si les individus ne sont pas égaux, ils ne recevront pas de parts égales. Soit donc quatre termes, A, B, C, D : le terme A est au terme B comme le terme C comme au terme D, et en permutant, A est à C comme B à D, en sorte que la somme A + C et la somme B + D sont encore dans le même rapport. V. les exemples donnés par M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 43; *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 81.

38. *EN*, V, 6, 1131 a 24 et s.

39. Aristote, *Politique*, texte et trad. J. Aubonnet, Les Belles Lettres, 1960-1989; trad. P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, 2015; trad. J. Tricot, 2^e éd., Vrin, 1970, III, 11, 1282 b 10 à 13; IV, 1, 1289 a 13 à 15; V, 1, 1301 a 35-36; V, 9, 1309 a 37 à 39; v. E. Barker, *The political thought of Plato and Aristotle*, 1906, réimpr. Dover Publ. 1959 et 2009, p. 345 et s. Sur la classification des constitutions et la distinction des constitutions correctes et des constitutions déviées, v. *Pol.*, IV, 2 et s.

40. *Pol.*, III, 9, 1281 a 4 à 8 et III, 12, 1283 a 23 à 25; V, 1, 1301 a 35 à 44.

41. *Pol.*, III, 9, 1280 b 6 à 1281 a 10.

42. *Pol.*, III, 9, 1280 a 7 à 24; III, 12, 1282 b 22 et s. V. Platon, *Les lois*, V, 734 c et 744 c; VI, 757 b et s.

43. *EN*, V, 5, 1131 a 1-9; 7, 1131 b 25 et s.

44. *EN*, V, 5, 1131 a 1. τὸ συναλλάγμα signifie échange de relations, d'où relation d'affaire, contrat, convention. Toutefois, comme Aristote précise ensuite que cet « échange » peut être volontaire ou involontaire, la traduction par « convention » est inappropriée, d'où la traduction par « rapport entre individus » de Gauthier et Jolif et par « rapport humain » de Bodéüs. Tricot (p. 225) traduit par « transactions privées ». Mais, pour un juriste, l'expression prête à malentendu, car la transaction est soit un contrat spécial (livre III, titre XV du Code civil), soit, plus vaguement, le contrat en général, comme dans l'expression « transaction commerciale ». V. C. Despotopoulos, « La notion de synallagma chez Aristote », *APD* 1968, p. 115-127.

gine⁴⁵, soit involontaires, lorsqu'ils ont pour source un délit commis par un particulier envers un autre⁴⁶. Le juste correcteur est, pour Aristote, un intermédiaire entre un gain et une perte⁴⁷. Aussi, tandis que le juste distributeur suppose une proportion géométrique, le juste correcteur se détermine-t-il selon une proportion arithmétique (ἀναλογία ἀριθμητική)⁴⁸, dans laquelle on tient seulement compte de l'importance du dommage subi, en traitant les personnes comme égales⁴⁹. Il appartiendra donc au juge de rétablir l'égalité, en retranchant quelque chose du gain⁵⁰. Aristote concède néanmoins que l'expression est quelquefois inappropriée, ainsi pour parler du gain de celui qui a porté des coups et de la perte de celui qui les a subis⁵¹. C'est que les mots de gain et de perte dérivent de l'échange volontaire (ἐκ τῆς ἐκούσιου ἀλλαγῆς)⁵², dans lequel posséder plus que ce qui nous revient est gagner et avoir moins qu'au départ, perdre : ainsi en va-t-il de l'achat, de la vente et de toutes les autres opérations où la loi a laissé une liberté⁵³. En tout cas, que les rapports entre individus soient volon-

taires ou involontaires, en cas de contestation, le recours au juge est inéluctable⁵⁴, car « on est mauvais juge s'il s'agit de soi »⁵⁵. Aller devant le juge revient à se mettre devant le juste même : le juge se veut être comme un juste animé⁵⁶ et on cherche en lui un intermédiaire, raison pour laquelle certains en appellent aussi à des médiateurs⁵⁷.

Pas plus que le juste distributeur, le juste correcteur ne se confond, d'après Aristote, avec la réciprocité, pourtant constitutive de la justice aux yeux des Pythagoriciens, ni avec la loi du talion⁵⁸. Même dans l'application du juste correcteur, en effet, on ne peut faire toujours abstraction de la qualité des personnes, comme le voudrait une simple réciprocité : ainsi le dommage corporel causé à un magistrat ne doit-il pas être corrigé de la même manière que celui occasionné à un simple particulier, ni le dommage causé volontairement comme celui qui l'a été involontairement⁵⁹. Aristote⁶⁰ concède toutefois que, dans « les associations d'échanges » (ἐν ταῖς κοινωνίαις ταῖς ἀλλακτικαῖς)⁶¹, « un tel juste »⁶², à savoir le

45. *EN*, V, 5, 1131 a 4-5 : ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος. Ἐκούσιος signifie volontaire. Gauthier et Jolif le traduisent par la périphrase « mouvement spontané », Bodéüs par « consentement mutuel » et Tricot simplement par « volontaire ». Mais les exemples donnés par Aristote (vente, prêt de consommation, prêt à usage, location, cautionnement) montrent qu'il vise concrètement les contrats. Aussi, bien qu'elle soit plus explicative que littérale, la traduction d'ἐκούσιος par consentement mutuel nous semble la mieux propre à faire saisir le sens du texte à un juriste.

46. *EN*, V, 5, 1131 a 1-6. Pour utiliser le langage juridique, Aristote considère donc que la justice corrective s'exerce dans les contrats et dans les délits ou quasi-délits (J. Burnet, *op. cit.*, p. 203 et p. 213 ; M. Villey, « Le contrat », *APD* 1968, préface, reproduit in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p. 234-246, p. 240-241 ; du même auteur : *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 44).

47. *EN*, V, 7, 1132 a 6-19 ; 1132 b 11-20.

48. *EN*, V, 7, 1132 a 1.

49. *EN*, V, 7, 1131 b 32 et s.

50. *EN*, V, 7, 1132 a 10.

51. *EN*, V, 7, 1132 a 10-14.

52. *EN*, V, 7, 1132 b 14.

53. *EN*, V, 7, 1132 b 11-16.

54. *EN*, V, 7, 1132 a 19-24. Un peu plus loin (1132 a 30 à 32), Aristote illustre le rôle du juge dans l'administration de la justice par un jeu de mots. On appelle δίκαιον, écrit-il, ce qui partage en deux (διχα), comme si on disait διχαῖον, et le juge un « diviseur en deux » (ὁ δικάστης διχαστής).

55. *Pol.*, III, 9, 1280 a 20-21 (traduction Aubonnet).

56. *EN*, V, 7, 1132 a 21-22.

57. *EN*, V, 7, 1132 a 23-25.

58. *EN*, V, 8, 1132 b 21-31.

59. *EN*, V, 8, 1132 b 28-31.

60. *EN*, V, 8, 1132 b 31 et s., 1133 a 12, 1133 a 24, 1133 b 6-9.

61. Selon Burnet (*op. cit.*, p. 224), ces « associations d'échanges » ne sont rien d'autres que les « rapports volontaires » (ἐκούσια συναλλαγμάτα), qu'Aristote a évoqués précédemment, en délimitant le champ d'application du juste correcteur (*EN*, V, 5, 1131 a 4-5).

62. τὸ τοιοῦτον δίκαιον (1132 b 32).

juste par réciprocité, est indispensable au maintien de la cité⁶³. En effet, à défaut de réciprocité, il n'y aura pas d'échange, alors que c'est par l'échange que l'association se maintient⁶⁴.

Mais la réciprocité dans les échanges doit être entendue, souligne Aristote, selon la proportion et non selon une (stricte) égalité (τὸ ἀντιπεπονθὸς κατ' ἀναλογίαν καὶ μὴ κατ' ἰσότητα)⁶⁵. Afin d'illustrer sa pensée, Aristote prend l'exemple d'un échange d'une maison contre une paire de chaussures entre un architecte et un cordonnier : pour que le marché soit égal, il faut d'abord établir l'égalité proportionnelle des différents produits, et ensuite réaliser la réciprocité⁶⁶. En effet, la valeur du travail de l'un peut fort bien être supérieure à celle du travail de l'autre, dès lors que la personne d'un cordonnier diffère de celle d'un architecte, comme la personne d'un médecin de celle d'un cultivateur. Le rapport existant entre un architecte et un cordonnier doit donc se retrouver entre tant de paires de chaussures et une maison, pour que l'échange soit juste. Cette proportion doit être réalisée avant que l'échange ne soit consommé, lorsque les parties possèdent encore ce qui leur appartient et qu'étant ainsi à égalité, l'association peut être formée⁶⁷. Toutes les choses échangées n'étant ainsi pas égales, il faut un étalon unique permettant de tout mesu-

rer : c'est le besoin (χρεία), lequel assure la cohésion de tout et sans lequel il n'y aurait pas d'échange ni d'association⁶⁸. Cependant, observe Aristote, par convention la monnaie est devenue le substitut du besoin⁶⁹. Aussi bien porte-t-elle ce nom (νόμισμα), parce qu'elle n'existe pas de nature (φύσει), mais par coutume (νόμῳ)⁷⁰. La monnaie permet dès lors de mesurer la valeur de toutes les choses susceptibles d'être échangées entre les membres d'une communauté⁷¹.

Le statut de la réciprocité proportionnelle dans l'œuvre d'Aristote est controversé⁷². Quatre lectures divergentes au moins ont été proposées du passage de l'*Éthique* à *Nicomache* consacré à cette réciprocité. Elles peuvent néanmoins être regroupées deux à deux. Pour certains, en effet, la réciprocité proportionnelle se ramènerait à l'une des deux espèces antérieures de justice dégagées par Aristote, justice distributive ou justice corrective. Pour d'autres, au contraire, ce serait soit une forme de justice autonome, soit une sorte de droit naturel.

Stewart a soutenu que la réciprocité proportionnelle serait une forme de justice distributive, car elle suppose l'établissement d'une proportion géométrique, entre quatre termes⁷³. Dans plusieurs de ses écrits, Michel Villey adopte une

63. *EN*, V, 8, 1132 b 33-34. Le besoin réciproque et les échanges qui en découlent, quoique nécessaires, ne suffisent néanmoins pas à l'existence de la cité, car cette dernière est constituée en vue du « bien vivre », de la vertu, des belles actions, souligne Aristote ailleurs (*Pol.*, III, 9, 1280 a 31 – 1281 a 10). Aristote (*Pol.*, IV, 4, 1291 a 10-19) reproche à cet égard à Platon d'avoir soutenu (*Rép.*, II, 369 b-c, 371 b) que toute cité était constituée en vue de la satisfaction des besoins primordiaux et d'avoir ainsi négligé qu'elle l'était plutôt en vue du bien. Il écrit encore (*Pol.*, III, 9, 1280 b 10-12), citant le sophiste Lycophon, que si une législation n'a pas en vue la vertu et le vice, « la loi est une convention et "une garantie réciproque des droits", mais impuissante à rendre les citoyens bons et justes. » Le reproche adressé à Platon par Aristote est déroutant, tant la recherche du bien dans la cité apparaît comme le but de *La République*.

64. *EN*, V, 8, 1132 b 34 – 1133 a 2.

65. *EN*, V, 8, 1132 b 32-33.

66. *EN*, V, 8, 1133 a 7-13 et 22-25.

67. *EN*, V, 8, 1133 a 33 à 1133 b 5.

68. *EN*, V, 8, 1133 a 24-28.

69. *EN*, V, 8, 1133 a 29. V. déjà : Platon, *La République*, II, 371 b.

70. *EN*, V, 8, 1133 a 30-31. V. ég. *Pol.* I, 3, 1257 b 10. Sur l'inspiration probablement cynique de cette conception de la monnaie, v. J. Burnet, *op. cit.*, p. 228, § 11 et Diogène Laërce, *Vie et doctrine des philosophes illustres*, trad. varii auctores, Le Livre de Poche, 1999, VI, 71.

71. *EN*, V, 8, 1132 b 21 et s.

72. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, 1132 b 21 – 1133 b 28 (chap. 8), p. 369 et s.

73. J.A. Stewart, *Notes on the Nicomachean Ethics of Aristotle*, 2 vol., Oxford, 1892, I, p. 417-418 32-433 et p. 449. Ce commentateur tire notamment argument d'un passage de la *Grande morale* (texte et trad. anglaise H. Tredennick et G. Cyril Armstrong, Loeb Classical Library, I, 33, 1194 a 29 – 1194 b 2), mêlant justice distributive et justice par réciprocité. Mais, d'une part, cet ouvrage de morale aristotélicienne n'est pas d'Aristote lui-même : il remonte probablement au 2^e ou au 1^{er} siècle avant J.-C. (R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, I-1, p. 93 et s.). D'autre part, la *Grande morale* ne distingue, de toute façon, pas les deux formes de justice particulière examinées dans l'*Éthique à Nicomaque* (W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 191). Le passage de l'ouvrage en question n'est donc pas probant.

interprétation identique, sans indiquer, du reste, s'il la tient de Stewart⁷⁴. Quoi qu'il en soit, elle se heurte à une double objection⁷⁵. En premier lieu, elle ne trouve aucun appui dans les textes. En second lieu, la justice distributive intervient dans la répartition des biens communs, et non dans les échanges de biens propres, alors qu'Aristote ne traite de la justice par réciprocité qu'à propos de ces derniers⁷⁶. Aussi l'interprétation de Stewart est-elle généralement rejetée.

Pour d'autres, la réciprocité proportionnelle devrait, au contraire, être rattachée à la justice corrective. Aristote avait en effet annoncé, à la fin du chapitre 5 du livre V, qu'à la différence du juste distributeur, le juste correcteur s'exerce dans les rapports entre individus soit volontaires, soit involontaires. Cependant, ses développements sur le juste correcteur au chapitre 7 traitent du rétablissement de l'égalité rompue. Dans le chapitre 8, en revanche, Aristote s'intéresse à la réciprocité proportionnelle qui doit exister initialement dans les échanges. Ce chapitre complèterait donc le précédent, en traitant du juste correcteur dans les échanges volontaires. Travaillant à partir d'une traduction latine de l'*Éthique*, dans laquelle le mot *commutatio* (συναλλαγμά) attira davantage son attention que celui de *directivum* (διορθωτικόν), Thomas d'Aquin a ainsi rebaptisé « justice commutative » la justice par réciprocité, en allant jusqu'à lui faire absorber la justice corrective⁷⁷. Cette interpréta-

tion, que Burnet, notamment, a reprise à son compte⁷⁸, ainsi que Michel Villey dans certains de ses ouvrages⁷⁹ et d'autres encore⁸⁰, peut difficilement être retenue. D'une part, comme on l'a vu, dans le chapitre 7, Aristote a traité des rapports volontaires et des rapports involontaires, et non exclusivement de ces derniers. D'autre part, elle fait bon marché⁸¹ de l'affirmation catégorique d'Aristote, selon laquelle « la réciprocité⁸² n'est adaptée ni au juste distributeur, ni au juste correcteur »⁸³. La lecture thomiste apparaît ainsi comme une reconstruction systématique, guère respectueuse de la lettre et du sens du texte aristotélicien⁸⁴.

Après Jackson⁸⁵, beaucoup d'interprètes⁸⁶ considèrent dès lors la réciprocité proportionnelle comme une troisième espèce de justice, distincte de la justice distributive et de la justice corrective. À la différence notamment de la justice corrective, elle exige en effet que les termes d'un contrat respectent une réciprocité réelle, une proportion géométrique : « Elle n'a pas pour objet de remettre d'aplomb ce qui a été dévié, mais de dresser l'aplomb lui-même », pour reprendre une métaphore de Léon Robin⁸⁷. La justice corrective, au contraire, vise au rétablissement de l'égalité rompue par une partie au détriment de l'autre, soit par l'inexécution d'un contrat, soit par un dommage causé en matière extracontractuelle, d'où la nécessité, lorsqu'il y a contestation, de recourir au juge. Toutefois, cette

74. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 81-82 ; « Abrégé du droit naturel classique », *APD* 1961, p. 25 et s., article reproduit in M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, réimpr. 2002, p. 109 et s., p. 119.

75. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, op. cit., II-1, p. 369.

76. H. Richards, « Stewart on the Nicomachean Ethics », *The Classical Review* mars 1893, vol. 7, n° 3, p. 120 et s., spéc. p. 123 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, op. cit., loc. cit. ; W.F.R. Hardie, op. cit., p. 191.

77. Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, question 61, art. 3, concl. ; art. 4, concl. ; D.G. Ritchie, « Aristotle's subdivisions of particular justice », *The Classical Review* mai 1894, vol. 8, n° 5, p. 185 et s., spéc. p. 188-191 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, op. cit., loc. cit. ; L. Robin, op. cit., p. 236.

78. J. Burnet, op. cit., p. 203 et p. 213.

79. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 28 ; M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 51-52 (dans ce dernier livre, l'auteur qualifie toutefois l'expression de justice commutative de « contestable », alors qu'il s'y était lui-même référé dans des ouvrages antérieurs).

80. G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, trad. J. Alexis d'Aynac, Dalloz, 1953, réimpr. 2004, prés. D. Gutmann, p. 46 et s. ; J. Dabin, *Théorie générale du droit*, nouvelle éd., Dalloz, 1969, n° 312 et s.

81. Même si Burnet (op. cit., p. 223-224) s'en défend fort habilement.

82. Littéralement : « le réciproque » (τὸ ἀντιπεπρονόος).

83. *EN*, V, 7, 1132 b 24.

84. D.G. Ritchie, préc., spéc. p. 188-191 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, op. cit., loc. cit.

85. H. Jackson, *The Fifth Book of the Nicomachean Ethics of Aristotle*, Cambridge University Press, 1879, p. 87.

86. H. Richards, préc., p. 122 ; W.D. Ross, *Aristote*, trad. J. Samuel, Paris, Paris, Londres et New-York, Gordon & Breach, 1971, p. 298 et s. ; L. Robin, *Aristote*, p. 238-239 ; W.F.R. Hardie, op. cit., p. 191-192 et p. 195 ; R. Bodéus, op. cit., note 2, p. 246 ; F. Chénédy, « Le droit civil, au naturel », préc., n° 11.

87. L. Robin, op. cit., p. 238.

interprétation visant à faire de la réciprocité dans les échanges une troisième forme de justice, se heurte à la déclaration expresse d'Aristote, au moment où après l'étude du juste distributeur, il annonce aborder celle du juste correcteur : celui-ci, écrit-il, est la « seule » forme « restante »⁸⁸ de juste, d'où on déduit logiquement que, dans son esprit, il n'en existe pas de troisième.

De loin la plus séduisante, la dernière interprétation du passage aristotélicien sur la réciprocité proportionnelle, esquissée par Ritchie⁸⁹, puis reprise par Gauthier et Jolif⁹⁰, évite cet écueil de texte. Il convient de se souvenir, en effet, qu'Aristote aborde la notion de réciprocité dans une digression⁹¹, où il critique la conception pythagoricienne confondant justice et réciprocité. Son propos n'est donc pas d'introduire une troisième forme de justice, alors qu'il a précédemment affirmé qu'il en existait seulement deux, la justice distributive et la justice corrective. Il semble plutôt faire d'un « tel juste », le juste par réciprocité, une sorte de droit naturel élémentaire, antérieur à la constitution de la cité et conditionnant son maintien, tandis que l'existence de la cité est elle-même requise pour l'exercice des justices distributive et corrective. Le rapprochement s'impose, à cet égard, avec un passage de *La République*, où Platon explique que l'existence de besoins réciproques, lesquels poussent les hommes à s'associer et à procéder à des échanges entre eux, est l'origine des cités⁹².

Cette analyse de la justice par réciprocité dans les échanges en un droit naturel incite à se

demander si la méconnaissance de cette réciprocité doit être sanctionnée en droit positif. En d'autres termes, la détermination de l'équilibre contractuel dans un contrat à titre onéreux, tout particulièrement un contrat synallagmatique, doit-elle être abandonnée à la libre volonté des parties ou bien une équivalence objective entre les prestations des parties est-elle de surcroît requise pour que le contrat reçoive force obligatoire ?

Sans doute, après des travaux célèbres⁹³, n'est-il plus grand monde pour soutenir aujourd'hui que le fondement juridique de la force obligatoire des contrats résiderait dans l'autonomie de la volonté. Aristote lui-même, du reste, préconisait déjà l'emploi de l'argument judiciaire suivant : « ce ne sont pas les conventions qui donnent autorité à la loi, mais ce sont les lois qui confèrent l'autorité aux conventions conformes à des lois »⁹⁴. En droit français, c'est bien une disposition légale, l'article 1103 du Code civil, qui attribue une force obligatoire aux contrats et encore, à la condition qu'ils soient légalement formés, c'est-à-dire qu'ils satisfassent aux conditions de validité posées par la loi. Selon Kant lui-même, du reste, auquel les juristes ont emprunté l'expression d'autonomie de la volonté, celle-ci est le principe unique de la seule moralité des actions⁹⁵, tandis que la possibilité d'une contrainte externe, par laquelle le droit détermine la volonté, signifie, au contraire, l'hétéronomie de celle-ci⁹⁶. Le fondement juridique de la force obligatoire du contrat ne peut donc être, à proprement parler, l'autonomie de la

88. *EN*, V, 7, 1131 b 25 : Τὸ δὲ λοιπὸν ἐν τῷ διορθωτικόν. J. Tricot, *op. cit.*, p. 231, note 4.

89. D. G. Ritchie, *préc.*, spéc. p. 191-192.

90. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 371-372 ; *rappr.*, implicitement : M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 51-52.

91. W. D. Ross, *op. cit.*, p. 300.

92. Platon, *La République*, II, 369 b-c, 371 b ; D. G. Ritchie, *préc.*, spéc. p. 190, citant un passage de la *Grande Morale* (I, 33, 1194 a 7 et s.) effectuant ce rapprochement.

93. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique)*, thèse Dijon, Paris : Rousseau, 1912, not. p. 318 et s. ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl. Paris 1965, dir. R. Rodière, not. p. 391 et s.

94. *Réth.*, I, 15, 1376 b 7-9 : αἱ μὲν συνθήκαι οὐ ποιοῦσι τὸν νόμον κύριον, οἱ δὲ νόμοι τὰς κατὰ νόμους συνθήκας.

95. E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos revue par A. Philonenko, Vrin, 1980, 2^e section, p. 108 (GMS, AA [Akademie-Ausgabe] 04: 431.21-24), p. 110 (GMS, AA 04: 432.25 – 433.11), p. 120-121 (GMS, AA 04: 440.16 – 441.24) ; *Critique de la Raison pratique*, trad. F. Picavet, intr. F. Alquié, PUF, 1976, 1^{re} partie, livre I « Analytique de la Raison pratique », chap. 1 « Des principes de la Raison pure pratique », p. 33 (KpV, AA 05: 33.08-33) ; et chap. 3 « Des mobiles de la Raison pure pratique », p. 75 (KpV, AA 05: 71.28 – 72.11).

96. E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, préf. M. Villey, 2^e éd., Vrin, 1979, « Introduction à la doctrine du droit », § E, p. 106 (MS, AA 06: 232.02-29).

volonté, malgré l'engouement des juristes français pour cette expression à partir de la fin du dix-neuvième siècle⁹⁷.

Cependant, comme le souligne M. le Professeur Chénédé⁹⁸, constater que ce fondement est en réalité la loi laisse entière la question de savoir pour quelle raison, *de lege ferenda*, le législateur attribue ainsi force obligatoire au contrat : est-ce uniquement par respect de la volonté des parties ou bien pour autant que le contrat soit équilibré, du moins lorsqu'il est à titre onéreux ? Dans la première hypothèse, le contenu du contrat est indifférent à sa force obligatoire, pourvu qu'il n'ait rien de contraire à l'ordre public et, s'il est à titre onéreux, qu'une contrepartie existe, quelle que soit son importance. Le contrat à titre onéreux doit alors recevoir force obligatoire, quand bien même les prestations ne seraient pas équivalentes, à moins que la partie désavantagée n'établisse le vice du consentement dont elle a été victime. Dans la seconde hypothèse, en revanche, le contrat n'oblige les parties que s'il satisfait aux exigences d'une justice objective. Le contrat doit alors, d'une manière générale, être rescindable pour lésion et révisable pour imprévision. *De lege lata*, la première hypothèse correspond plutôt au droit civil français en vigueur, sous réserve de nombreux tempéraments qui ont crû en importance dans les dernières décennies. Or, des interprètes et des juristes ont, vainement à notre avis, prétendu tirer argument de différents passages de l'*Éthique à Nicomaque* pour soutenir qu'Aristote se serait prononcé sur cette épineuse question, dans un sens ou l'autre.

Dans une phrase que Jackson⁹⁹ met en exergue, Aristote déclare que si « l'égalité proportionnelle n'existe pas préalablement à la réalisation de l'échange », οὐκ ἴσον, οὐδὲ συμμένει¹⁰⁰. Pour Jackson, l'accord n'étant ainsi pas « finalisé », d'après Aristote, la partie lésée pourrait s'adresser au juge, afin que ce dernier mette en œuvre la justice corrective ! Cependant Aristote n'indique pas ce qui, à défaut d'égalité (οὐκ ἴσον), ne subsiste pas (οὐδὲ συμμένει). Or, si certains interprètent précisément que c'est l'échange¹⁰¹, d'autres considèrent, d'une manière plus convaincante, que c'est l'association, la communauté même¹⁰², à moins que ce ne soit en définitive les deux¹⁰³. De toute façon, Aristote n'a jamais écrit que la justice corrective permettrait de redresser un contrat, dont les termes violeraient la réciprocité proportionnelle¹⁰⁴. Jackson fait décidément beaucoup dire à une phrase fort sibylline, indépendamment des difficultés que le sens exact de celle-ci soulève.

À l'appui d'une interprétation opposée de la pensée d'Aristote, d'aucuns ont invoqué une autre phrase d'Aristote, que nous avons déjà citée et par laquelle il déclare que les mots de gain et de perte dérivent de l'échange volontaire, tels l'achat, la vente « et toutes les autres opérations où la loi a laissé une liberté »¹⁰⁵. Aristote aurait voulu signifier que le contrat étant l'œuvre de volontés libres, ni la loi ni *a fortiori* le juge ne saurait s'immiscer dans son contenu, en exerçant la justice corrective pour remédier au défaut d'équivalence entre les prestations¹⁰⁶. Le juge ne pourrait corriger le prix convenu que dans des hypothèses exceptionnelles, différant selon les

97. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980.

98. F. Chénédé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Droit & philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, Dalloz, 2012, 4, p. 155-181, spéc. p. 167 et s.

99. H. Jackson, *op. cit.*, p. 96.

100. *EN*, V, 8, 1133 a 10-12.

101. J. Burnet, *op. cit.*, p. 226 ; J. Tricot, *op. cit.*, p. 241 ; T. Irwin, *op. cit.*, p. 88.

102. J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 455 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, I-2, p. 136. À l'appui de cette interprétation, on peut en effet citer, d'une part, la suite du texte de l'*EN* (1133 a 14-16), où Aristote indique que, sans réciprocité proportionnelle dans les échanges, les métiers disparaîtraient ; d'autre part, un passage de *Pol.* (II, 2, 1261 a 30-31), où Aristote, renvoyant à l'*EN*, affirme que l'égalité par réciprocité sauvegarde les cités (J. Burnet, *op. cit.*, p. 225, se réfère à ce passage, mais il n'en estime pas moins que le sujet sous-entendu de συμμένει est l'échange, on l'a vu).

103. V. la traduction délibérément globale de R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 248 : « et il n'y a plus de partenaires ». En effet, Aristote lie ailleurs, à deux reprises, le maintien de la communauté à celui des échanges (*EN*, V, 8, 1132 b 34 – 1133 a 2 ; 1133 a 24). G. Ramsauer, *Aristotelis Ethica Nicomachea (editio et commentario continuo instruit)*, Leipzig, 1878, 1133 a 10, p. 318.

104. J. Burnet, *op. cit.*, p. 226.

105. *EN*, V, 7, 1132 b 15-16 : καὶ ἐν ὅσοις ἄλλοις ἄδειαν δέδωκεν ὁ νόμος.

106. G. Ramsauer, *op. cit.*, 1132 b 15, p. 315 ; J. Burnet, *op. cit.*, p. 223 : « caveat emptor » ; J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 416 et p. 438, citant Grant en l'approuvant : « this non-interference of the law with the bargains becomes, if carried out, the principle of free trade » ; D.G. Ritchie, préc., spéc. p. 188 ; W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 194.

auteurs : si le prix convenu était absurde et inacceptable¹⁰⁷ ou si le défaut d'équivalence étant imputable au dol ou à la fraude d'une partie¹⁰⁸, le rapport était alors en réalité involontaire¹⁰⁹. En outre, ajoute un des commentateurs, Stewart¹¹⁰, si, en cours d'exécution, le contrat devenait déséquilibré au point de ne plus correspondre à la volonté raisonnable d'une partie, cette dernière pourrait saisir le juge pour qu'il en corrige les termes. On appréciera l'inventivité de ce commentateur, qui fait d'Aristote le précurseur de la clause implicite de *hardship* dans les contrats commerciaux¹¹¹ ou de la théorie anglo-saxonne de la *frustration*¹¹², à défaut de connaître celle, continentale, de l'imprévision... Mais, là encore, tout cela semble procéder d'extrapolations hasardeuses, à partir d'un membre de phrase lapidaire. Aristote n'indique en effet pas si la liberté reconnue par la loi aux parties s'étend ou non à tous les termes de l'échange, y compris à la fixation du prix, bien que le montant de celui-ci doive, en principe, satisfaire à la réciprocité proportionnelle. Il aurait sans doute été fort étonné de découvrir les pensées juridiques qu'on lui a prêtées à ce sujet, s'il avait seulement pu en prendre connaissance de son vivant.

Enfin, quelques interprètes¹¹³ ont tenté de tirer argument d'une affirmation d'Aristote, selon laquelle celui qui endure de son plein gré une chose injuste, un dommage, ne subit pas une injustice¹¹⁴, pour en déduire qu'il aurait entendu exclure toute remise en cause, par la partie désavantagée, d'un contrat librement conclu, malgré le défaut d'équivalence entre les prestations. À les en croire, l'allusion d'Aristote¹¹⁵ au fameux troc de Glaucos et Diomède dans l'*Illiade*¹¹⁶ corroborerait leur interprétation. Homère raconte qu'alors qu'ils étaient sur le point de s'affronter, s'avisant d'une alliance familiale ancienne qui les unissait, le troyen Glaucos et Diomède, roi d'Argos, y renoncèrent et échangèrent leurs armures. Mais, sans doute privé de raison par Zeus, Glaucos troqua des armes d'or de la valeur d'une hécatombe¹¹⁷ contre des armes de bronze, de la valeur de neuf taureaux. Cet échange inégal est passé en proverbe¹¹⁸. En l'évoquant, Aristote aurait entendu illustrer, par un exemple, l'impossibilité de contester la validité d'un contrat librement conclu, au seul motif que celui-ci est déséquilibré¹¹⁹. Mais cette glose est-elle fidèle à la pensée d'Aristote ? Il est permis d'en douter.

107. M. Villey, « Le contrat », in *Seize essais...*, op. cit., p. 241. V. Saint-Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, question 77, art. 1, sol. 1. L'hypothèse évoque la nullité d'un contrat à titre onéreux, lorsque la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire (article 1169 du Code civil).

108. V. *Rhét.*, I, 15, 1176 b 22-23; Saint-Thomas d'Aquin, op. cit., loc. cit.; J. Tricot, op. cit., p. 237, note 4.

109. *EN*, V, 5, 1131 a 5-9; J. Burnet, op. cit., p. 213; J.A. Stewart, op. cit., I, p. 416 et p. 432. Pour s'exprimer en civiliste contemporain, cela revient à ne sanctionner de façon générale la lésion que si elle résulte d'un vice du consentement. C'est la voie dans laquelle le droit français s'est engagé avec l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, en introduisant la violence par abus de dépendance dans l'article 1143 du Code civil. À défaut d'un vice du consentement, la lésion n'est en effet sanctionnée que lorsqu'une disposition législative spéciale le prévoit (article 1168), principalement dans la vente d'immeuble (articles 1674 et s.).

110. J.A. Stewart, op. cit., I, p. 415-416.

111. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, n° 648; B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794 et s.

112. K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, 3^e éd., Oxford University Press, 1998, p. 528 et s.; R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Gap : Imprimerie Louis-Jean, 1974, p. 211-229, p. 214-215 et p. 222-223.

113. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté... », préc., spéc. p. 171 et note 71, et les commentateurs cités : H.H. Joachim, Aristotle, *The Nicomachean Ethics, A commentary by the late Joachim*, David A. Rees (ed.), Oxford, 1966, p. 137-138; C. Despotopoulos, « La notion de synallagma chez Aristote », préc., spéc. p. 124; F. Chénéde, « Le droit civil, au naturel », préc., spéc. n° 11. Sur la circonspection indispensable dans l'utilisation du commentaire de Joachim, v. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, op. cit., I-1, p. 238; W.F.R. Hardie, op. cit., p. 211.

114. *EN*, V, 12, 1136 b 1-9.

115. *EN*, V, 11, 1136 b 9-11.

116. Homère, *Illiade*, VI, v. 232-236.

117. Dans l'Antiquité, sacrifice religieux de cent bœufs.

118. V. Platon, *Le Banquet*, texte et trad. P. Vicaire, Les Belles Lettres, 1989; prés. et trad. L. Brisson, Garnier-Flammarion, 2016, 219 a.

119. F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté... », préc., spéc. p. 171 et note 71; « Le droit civil, au naturel », préc., spéc. n° 11; H.H. Joachim, op. cit., loc. cit.; C. Despotopoulos, préc., spéc. p. 124; J. Tricot, op. cit., p. 260, note 4.

Aristote vient d'établir que, pour qu'il y ait action injuste, non seulement une personne doit avoir causé de son plein gré un tort à une autre, mais encore que cette dernière le subisse contre son gré¹²⁰ : *volenti non fit injuria*¹²¹, nul ne subit l'injustice de son plein gré, pas même « l'incontinent »¹²² qui, pour agir volontairement¹²³, ne le fait pas moins contrairement à son souhait¹²⁴. C'est à ce moment que, avant de conclure définitivement à ce sujet, Aristote évoque incidemment le troc entre Glaucos et Diomède. La raison pour laquelle il le fait à cet endroit précis est difficile à saisir. Doit-on comprendre que le récit bien connu d'Homère pourrait être interprété par certains comme contredisant le principe selon lequel on ne subit pas d'injustice de son plein gré ? En effet, en troquant ses armes en or contre des armes en bronze, Glaucos pourrait sembler paraître, de prime abord, avoir subi de plein gré une injustice, dont l'attitude de Diomède serait la cause. Aristote aurait ainsi voulu lever l'objection à sa thèse, que d'aucuns auraient pu élever en se référant à ce fameux troc.

Quoi qu'il en soit, Aristote écrit littéralement ceci : « Bien plus, celui qui donne ses propres biens, comme Homère dit que Glaucos donna à Diomède des armes en or contre des armes en bronze, une hécatombe contre neuf bœufs, ne subit pas d'injustice : il est en son pouvoir de donner, et non en son pouvoir de subir l'injustice, au contraire il faut qu'existe celui qui la commet »¹²⁵. Ainsi qu'Aristote l'avait énoncé précédemment, en effet : « il est impossible de subir l'injustice s'il n'y a personne pour la com-

mettre, ou la justice si nul ne l'accomplit »¹²⁶. Or, en l'espèce, bien qu'il se soit infligé volontairement quelque chose d'injuste, Glaucos n'a subi aucune injustice, car Diomède ne lui a pas causé de plein gré cette chose injuste¹²⁷. L'exemple du troc de l'*Illiade* montre finalement¹²⁸, comme Aristote l'exposera plus loin¹²⁹, qu'on ne peut commettre d'injustice envers soi-même. Après avoir écarté l'objection à sa thèse qu'on aurait pu être tenté de tirer des vers d'Homère, Aristote peut donc conclure sereinement : « Qu'ainsi le fait de subir l'injustice ne soit pas de plein gré, c'est évident »¹³⁰.

Aussi, soutenir que, dans ce passage, Aristote aurait entendu défendre le principe de la liberté contractuelle nous paraît-il audacieux. H.H. Joachim¹³¹, il est vrai, croit pouvoir inférer des propos d'Aristote que, dès lors qu'un homme a librement conclu un contrat désavantageux, celui-ci l'oblige en droit et la loi ne lui offre aucun recours pour le contester. De fait, ajoute subtilement Tricot¹³² : « pour cela, il faudrait que l'autre partie commette l'injustice en agissant contrairement à la volonté de son partenaire. » Mais Aristote n'a écrit nulle part que Diomède n'aurait pas commis d'injustice, car les parties seraient tombées mutuellement d'accord sur les termes de l'échange. En droit, il apparaît, en vérité, difficile de déterminer si Glaucos n'a pas subi d'injustice, pour avoir librement consenti à un échange, contrat à titre onéreux, malgré le défaut d'équivalence entre les prestations¹³³, ou bien parce que, animé d'une intention libérale, il a voulu avantager Diomède par une donation indi-

120. *EN*, V, 11, 1136 b 1-9.

121. J. Burnet, *op. cit.*, p. 239. Sur cet adage, originaire de la *Common Law*, propre à ôter son caractère illicite au fait dommageable dans la responsabilité civile, v. par ex. J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, t. II, n° 1148.

122. Terme assez grotesque par lequel on traduit habituellement chez Aristote l'adjectif ἀκρατής, désignant celui qui ne domine pas ses passions.

123. ἐκόντος.

124. παρὰ τὴν βούλησιν.

125. *EN*, V, 11, 1136 b 9-13 : Ὅ δὲ τὰ αὐτοῦ διδούς, ὥσπερ Ὁμηρός φησι δοῦναι τὸν Γλαῦκον τῷ Διομήδει Χρύσεια χαλκείων, ἑκατόμβῃ ἐννεαβόϊων, οὐκ ἀδικεῖται· ἐπ' αὐτῷ γὰρ ἐστὶ τὸ δίδοναι, τὸ δ' ἀδικεῖσθαι οὐκ ἐπ' αὐτῷ, ἀλλὰ τὸν ἀδικούντα δεῖ ὑπάρχειν. Comme en français, le verbe donner a, en grec, un sens plus large que celui de faire une libéralité.

126. *EN*, V, 11, 1136 a 29-31 : ἀδύνατον γὰρ ἀδικεῖσθαι μὴ ἀδικούντος ἢ δικαιῶσθαι μὴ δικαιοπραγούντος.

127. Saint-Thomas d'Aquin, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Marietti, 1964, livre V, leçon 14, 1063.

128. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, 1136 b 19, p. 416 ; R. Bodéüs, *op. cit.*, note 3, p. 273.

129. *EN*, V, 12, 1136 b 15-29.

130. *EN*, V, 11, 1136 b 13-14.

131. H.H. Joachim, *op. cit.*, *loc. cit.*

132. J. Tricot, *op. et loc. cit.*

133. Article 1168 du Code civil.

recte¹³⁴. Or, si la seconde hypothèse était exacte, l'échange devrait être requalifié en acte à titre gratuit, si bien qu'Aristote ne saurait avoir entendu dire qu'un contrat à titre onéreux tire sa force obligatoire du respect de la volonté commune des parties, qu'il soit, ou non, objectivement équilibré.

Précisément, la suite des explications d'Aristote inciterait à privilégier cette seconde hypothèse, pour autant qu'on s'obstinerait, témérairement à notre avis, à essayer de résoudre une difficulté d'ordre strictement juridique à partir d'une œuvre philosophique comme l'est l'*Éthique à Nicomaque*. L'exemple du troc de Glaucos et Diomède est en effet essentiellement destiné à montrer que commettre l'injustice envers soi-même est impossible, car on ne subit pas d'injustice lorsqu'on est, de plein gré, à l'origine de son propre dommage. Or, pour Aristote, de « plein gré » signifie agir non seulement volontairement, mais encore conformément à son souhait¹³⁵. Glaucos n'a donc pas subi d'injustice, dès lors, pourrait-on préciser, qu'il a délibérément avantagé Diomède en acceptant d'être lésé¹³⁶. Sous couvert d'interprétation, ceux qui voient dans le passage citant le troc de Glaucos et Diomède une allusion au principe de la liberté contractuelle dans les contrats à titre onéreux opèrent donc une déduction qui, pour logique qu'elle puisse apparaître à un juriste et, partant, susceptible de le séduire, n'engage qu'eux-mêmes et à laquelle Aristote n'a probablement jamais songé.

La tentation des juristes de découvrir des solutions de droit concrètes dans des textes philosophiques pour s'évader de leur abstraction, est humaine. Mais elle peut amener à dépasser la

pensée d'un auteur. En l'occurrence, si la liberté contractuelle est un principe en soi éminemment respectable, quoique controversé, Aristote ne semble s'en être fait ni l'apôtre, ni du reste le contempteur. Aussi, en définitive, apparaît-il plus exact de reconnaître, avec Gauthier et Jolif¹³⁷, que, tout en déclarant que le juste correcteur s'exerce dans les rapports volontaires comme involontaires entre individus, sans distinguer, du reste, comme l'aurait fait un auteur moderne, entre le droit civil et le droit pénal¹³⁸, Aristote n'a pas su clarifier son rôle exact en matière contractuelle.

Certes, il résulte de ses explications qu'en exerçant le juste correcteur, le juge a le pouvoir d'accorder une réparation au cocontractant auquel l'inexécution du contrat a causé un préjudice, donc une perte¹³⁹. En revanche, Aristote ne s'est pas prononcé sur le sort d'un contrat violant initialement l'exigence d'une réciprocité proportionnelle, ni même sur les conséquences d'un déséquilibre entre les prestations survenu postérieurement à la conclusion du contrat. On ne peut donc invoquer son patronage soit pour plaider une généralisation de la sanction de la lésion en droit français ou une admission du principe de la révision pour l'imprévision, soit, à l'inverse, pour soutenir que les parties sont entièrement libres de déterminer le contenu de leur contrat. Expression de la justice commutative dans les contrats, la notion médiévale de juste prix¹⁴⁰, que l'article 1681 du Code civil évoque, a été, il est vrai, dérivée de la théorie aristotélicienne de la justice. Mais elle n'en est pas moins thomiste¹⁴¹, et non aristotélicienne. Pour sa part, Aristote n'a pas concrètement tiré de conséquences juridiques de la nécessité d'une récipro-

134. V. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1959, n° 169 Civ. 54, B. I, n° 360 : pas d'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes d'une vente immobilière (article 1674 et s. du Code civil), en raison de l'intention libérale du vendeur. Sur la validité en la forme, en dépit des termes impératifs de l'article 931 du Code civil, comme au fond de la donation indirecte, laquelle emprunte la forme d'un acte équivoque pouvant être consenti à titre onéreux comme à titre gratuit, v. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1961, n° 59-13331, B. I, n° 553.

135. *EN*, V, 11, 1136 b 7-8 et 12, 1136 b 23-24.

136. Dans l'*Illiade*, on l'a vu, il est supputé, il est vrai, que Zeus a temporairement aboli le discernement de Glaucos. Mais Aristote semble faire abstraction de cette circonstance.

137. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 359. V. ég. M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 44, p. 60 ; « Abrégé du droit naturel classique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, p. 119.

138. D.G. Ritchie, *préc.*, spéc. p. 187-188.

139. V.H. Jackson, *op. cit.*, p. 76 ; J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 416 ; D.G. Ritchie, *préc.*, spéc. p. 188.

140. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 28 ; *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 82.

141. Saint-Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, question 77, art. 1.

citée proportionnelle dans la formation des échanges volontaires¹⁴².

D'après l'interprétation qui nous a séduit¹⁴³, le juste par réciprocité dans les échanges serait l'expression d'un droit naturel antérieur à la cité et nécessaire à son maintien. Aussi peut-on se demander si Aristote n'aurait pas préconisé, si toutefois la question lui avait été posée, que le juge puisse en appeler directement à cette loi non écrite pour corriger un déséquilibre contractuel¹⁴⁴. Ce serait néanmoins prêter au droit naturel un rôle qu'Aristote semble finalement lui refuser. Sans doute, dans sa *Rhétorique*¹⁴⁵, Aristote évoque-t-il la loi naturelle éternelle et universelle, dont la justice doit l'emporter sur les lois mouvantes de la cité. Mais, en remarquant que c'est d'elle dont l'*Antigone* de Sophocle se prévaut pour avoir enterré son frère malgré l'interdiction de Créon, ainsi qu'Empédocle au sujet de l'interdiction de tuer un être animé, il ne s'en approprie pas pour autant la notion¹⁴⁶. En effet, traité de la persuasion, la *Rhétorique* n'a pas vocation à traiter de l'essence de la justice¹⁴⁷. Or, dans l'*Éthique à Nicomaque*, on le verra, au lieu d'opposer le droit naturel et le droit positif, le juste naturel et le juste politique, comme s'ils étaient constitutifs de normes concurrentes, Aristote fait

de celui-là une composante de celui-ci et lui concède une certaine variabilité¹⁴⁸. Ce serait donc solliciter les textes d'Aristote que d'en inférer une faculté, pour le juge, d'imposer la réciprocité proportionnelle dans les échanges sur le fondement d'un droit naturel non écrit à l'autorité supérieure au droit positif¹⁴⁹.

On pourrait, il est vrai, être tenté d'en appeler à la théorie aristotélicienne de l'équité (*ἐπιεικεία*)¹⁵⁰ pour fonder un tel pouvoir du juge. De fait, toujours dans la *Rhétorique*¹⁵¹, Aristote rapproche l'équité de la loi naturelle, en lui prêtant universalité et immuabilité et en citant, à son propos, les paroles d'Antigone¹⁵². Il y donne également un exemple, où l'équité permet de corriger une insuffisance de la loi, au lieu d'une simple lacune de celle-ci¹⁵³. Cependant, dans l'*Éthique à Nicomaque*¹⁵⁴, la conception aristotélicienne de l'équité apparaît différente, ne serait-ce que parce que le juste naturel y est défini comme une composante du juste politique, et non pas comme une norme supérieure qui s'en distinguerait¹⁵⁵. Ainsi que Platon l'avait déjà souligné dans le *Politique*¹⁵⁶, mais en en tirant des conséquences à certains égards opposées¹⁵⁷, la généralité de la loi rend en effet celle-ci imparfaite, car la matière morale est rétive à des

142. M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 121 et p. 144; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 410 et s. Thomas d'Aquin lui-même semble d'ailleurs considérer que la sanction du juste prix relève de la loi divine plutôt que de la loi humaine, car celle-ci, écrit-il, n'interdit pas de s'avantager, pourvu que ce soit sans fraude et en restant dans certaines limites.

143. V. *supra*.

144. En ce sens : J. Dabin, op. cit., n° 327; E. Gounot, op. cit., p. 368 et s.

145. Aristote, *Rhétorique*, texte et trad. M. Dufour, Les Belles Lettres, 1968, I, 13, 1374 b 4-18.

146. *Ibid.*; P. Destrée, « Aristote et la question du droit naturel », *Phronésis* vol. 45, août 2000, p. 220-239, p. 232-233.

147. P. Aubenque, « La loi chez Aristote », *APD* 1980, p. 147-157, p. 152; B. Yack, « Natural Right and Aristotle's Understanding of Justice », *Political theory* mai 1990, vol. 18, n° 2, p. 216-237, p. 225-226; J. Brunschwig, « Rule and Exception : On the Aristotelian Theory of Equity », in M. Frede et G. Striker (dir.), *Rationality in Greek Thought*, Oxford : Clarendon Press, 1996, réimpr. 2002, p. 115-155, spéc. p. 143 et s.

148. D.G. Ritchie, préc., spéc. p. 191. V. *infra* : III.

149. *Ibid.*

150. Certains interprètes (Bodéüs, Narcy) préfèrent traduire par l'honnête, que le terme peut également signifier (H. Liddell, R. Scott & H.S. Jones, *A greek-english Lexicon* : « fairness »). En effet, Aristote envisage l'*ἐπιεικεία* comme une vertu en parlant du *ὁ ἐπιεικής* (*EN*, V, 14, 1137 b 34), que l'expression « l'homme honnête » rend mieux que celle de « l'homme équitable ».

151. *Rhét.*, I, 15, 1375 a 25 et s.

152. Mais, pour certains (J. Brunschwig, préc., spéc. p. 143 et s.), il n'y fait pas pour autant de la loi naturelle la source de l'équité.

153. *Rhét.*, I, 13, 1374 a 26 – 1374 b 22; J. Brunschwig, préc., spéc. p. 139-140.

154. *EN*, V, 14, 1137 a 31 – 1138 a 3.

155. V. *infra*.

156. Platon, *Le Politique*, texte et trad. A. Diès, Les Belles Lettres, 1935; prés. et trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion, 2011, 294 a – 295 b.

157. *Ibid.*, 300 c; P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, 3^e éd., PUF, 1986, p. 43-44; J. Brunschwig, préc., p. 126 et s.; M. Narcy, « L'équité chez Aristote : suspendre ou interpréter la loi ? », in *Mélanges de l'Université Saint-Joseph* (Beyrouth), 61, 2008, p. 359 et s., p. 366-368.

prescriptions universelles¹⁵⁸. L'équité corrige cette imperfection en adaptant la loi aux cas particuliers qui se présentent dans l'expérience, comme la règle de plomb des maçons de Lesbos, qui épouse les irrégularités de la pierre¹⁵⁹. Mais elle le fait dans les limites de la loi, de la manière dont le législateur aurait légiféré s'il avait envisagé le cas particulier¹⁶⁰, et non pas en application d'une loi naturelle qui devrait, en certaines circonstances, prévaloir sur la loi civile¹⁶¹.

Même dans l'*Éthique à Nicomaque*, il arrive néanmoins à Aristote de reconnaître explicitement une possible distorsion entre un juste naturel absolu et le juste selon la loi de la cité. L'hypothèse envisagée par Aristote est celle où quelqu'un commet quelque chose d'injuste en portant un jugement en état d'ignorance : on pourrait songer, par exemple, à une personne qui noue une relation adultère avec une femme en ignorant que celle-ci est mariée¹⁶². En effet, écrit Aristote¹⁶³, l'auteur de l'acte ne commet alors pas d'injustice en contemplation de la justice légale et son jugement n'est pas injuste, tout en l'étant pourtant d'une certaine façon, car le juste conventionnel¹⁶⁴ – le droit en vigueur – ne se confond pas avec le juste au sens premier (ἔτερον γὰρ τὸ νομικὸν δίκαιον καὶ τὸ πρῶτον). Cette dernière remarque traduit les limites à l'applicabilité d'un droit naturel idéal¹⁶⁵. *Dura lex sed lex*, telle semble la conclusion que ce texte sous-entend.

III. Juste naturel et juste conventionnel

Certains passages de la *Rhétorique* et de l'*Éthique à Nicomaque*, on vient de le voir, se réfèrent à la distinction classique entre un droit naturel immuable et universel et des législations variables et contingentes, particulières à chaque cité. Aristote est même le premier à l'avoir clairement formulée, car les paroles d'Antigone qu'il cite pour l'illustrer, n'opposaient que la loi divine, non écrite, aux lois humaines, sans évoquer le droit naturel¹⁶⁶. Paradoxalement, toutefois, cette distinction ne reflète sans doute pas la pensée définitive du Stagirite¹⁶⁷. Il soutient en effet des vues différentes et originales dans le chapitre 10 du livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, consacré en entier au juste naturel. Maintes fois commenté, ce chapitre, « très rapide d'ailleurs »¹⁶⁸, est hérissé de difficultés, sources d'interprétations diverses. Avant que d'en traiter, on rappellera cependant comment Aristote est amené à poser la question du droit naturel.

Après avoir défini la vertu morale de justice et le juste qui lui correspond, et en avoir distingué ses deux espèces, le juste distributeur et le juste correcteur, Aristote écrit que l'objet de sa recherche¹⁶⁹ est tout autant « le juste politique » (τὸ πολιτικὸν δίκαιον) que « le juste absolu » (τὸ ἀπλῶς δίκαιον). Le « juste absolu » est précisé – cette vertu morale de justice qu'Aristote a précédemment examinée. Sa traduction mathématique, dans la tradition platonicienne¹⁷⁰, en une proportion soit géométrique soit arithmétique, en montre la structure universelle¹⁷¹. Le

158. *EN*, V, 14, 1137 b 11-19.

159. *EN*, V, 14, 1137 b 19-27.

160. *EN*, V, 14, 1137 b 23-24.

161. W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 210 ; B. Yack, *préc.*, spéc. p. 227-228 ; R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 281, note 1 ; M. Narcy, *préc.* ; C. Michon, « L'epieikeia aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2011, p. 35 et s. ; M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 241 ; *contra* : R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 432-433 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 97.

162. R. Bodéüs, *op. cit.*, note 2, p. 275.

163. *EN*, V, 11, 1136 b 32-34.

164. Sur cette traduction de l'expression τὸ νομικὸν δίκαιον, v. *infra* : III.

165. L. Robin, *op. cit.*, p. 240-241 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II, 1, p. 391 et p. 419 ; R. Bodéüs, *op. cit.*, *loc. cit.* ; *contra* : B. Yack, *préc.*, spéc. p. 226-227. Pour ce dernier, le juste « au sens premier », auquel Aristote se réfère dans ce passage, n'est pas le juste naturel.

166. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, 2^e éd., 2^e tirage, Les Belles Lettres, 2002, p. 29-34, p. 46-48.

167. P. Aubenque, « La loi selon Aristote », *préc.*, spéc. p. 152-153.

168. *Sic* : V. Goldschmidt, *La doctrine d'Épicure et le droit*, Vrin, 1977, p. 127.

169. *EN*, V, 10, 1134 a 23-25.

170. Platon, *Gorgias*, texte et trad. M. Croiset avec la collaboration de L. Bodin, Les Belles Lettres, 1923 ; trad. M. Canto-Sperber, Garnier-Flammarion, 2018, 508 a ; *Les lois*, VI, 757 a – 758 a.

171. P. Aubenque, *préc.*, spéc. p. 153-154.

« juste politique », quant à lui, se réalise dans la cité ou communauté politique¹⁷². La justice est en effet politique, car l'administration de la justice est l'ordre de la communauté politique, en même temps que le critère de ce qui est juste¹⁷³. Aussi le juste politique n'est-il pas une nouvelle espèce de juste : il est la réalisation concrète, au sein de la cité, de cette essence abstraite et, pour ainsi dire, idéale du juste qu'était le juste absolu¹⁷⁴. Pour Aristote, il n'y a donc de droit, sous sa forme achevée, que dans une cité organisée¹⁷⁵. Sa conception selon laquelle l'homme est par nature un animal politique¹⁷⁶, devait logiquement l'amener à une telle conclusion.

Or Aristote débute le chapitre 10 du livre V en énonçant que ce juste politique se divise lui-même en deux espèces, le juste naturel (τὸ φυσικὸν δίκαιον), d'une part, le juste conventionnel (τὸ νομικὸν δίκαιον)¹⁷⁷, de l'autre. Tandis, écrit-il¹⁷⁸, que le juste naturel a partout la même puissance¹⁷⁹ et ne dépend en rien de l'opinion, le juste conventionnel est celui qui est à l'origine

indifféremment ainsi ou autrement, mais qui, une fois établi, diffère : par exemple le fait pour la rançon d'un captif de s'élever à une mine, le fait d'offrir en sacrifice une et non pas deux chèvres et de même au sujet de tout ce qu'on a légiféré par cas particuliers. En d'autres termes, le juste conventionnel, qui n'a d'autre légitimité que celle attachée au fait d'être en vigueur, enferme l'égalité prescrite par le juste naturel dans des déterminations précises et contingentes¹⁸⁰. Ainsi, pour reprendre un des exemples d'Aristote¹⁸¹, le droit naturel prescrit de payer une rançon pour un captif, mais la détermination du montant de cette rançon relève du droit conventionnel.

Toutefois, objection que le Stagirite se fait à lui-même, d'après certaines toutes les règles de justice sont conventionnelles, parce que ce qui est par nature est immuable et possède partout la même puissance, comme le feu qui brûle pareillement ici même et chez les Perses, tandis qu'on voit les choses justes comme sujettes au

172. *EN*, V, 10, 1134 a 26-28; *Pol.*, I, 1, 1252 a 6-7; 2, 1252 b 27-30.

173. *Pol.*, I, 2, 1253 a 37-38.

174. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 386. V. déjà : H. Rassow, *Forschungen über die Nicomachische Ethik des Aristoteles*, Weimar : Herman Böhlau, 1874, p. 122-123; J. Burnet, *op. cit.*, p. 232, § 4; J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 480-481.

175. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 82-83; du même auteur : *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 47.

176. *Pol.*, I, 1, 1253 a 2-3; *EN*, I, 5, 1097 b 11 et IX, 9, 1169 b 18-19.

177. *EN*, V, 10, 1134 b 18-19. Nombre d'interprètes ou de traducteurs (v. par ex. G. Ramsauer, *op. cit.*, p. 334; J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 492-493; H. Rackham, *op. cit.*; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, I-2; W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 204) comprennent ou traduisent l'expression τὸ νομικὸν δίκαιον par « le juste conventionnel », Tricot par « la justice légale », Bodéüs par « le juste légitime ». Les traductions de Tricot et Bodéüs sont littérales. Mais la traduction de Tricot présente le défaut majeur de susciter une confusion entre τὸ νομικὸν δίκαιον et τὸ νομιμὸν δίκαιον, littéralement « le juste légal », expression légèrement différente qu'Aristote (livre V, chap. 5, 1130 b 9 et s.) emploie pour désigner ce qui est conforme à la loi, la justice universelle, identifiée à la vertu dans sa totalité et distinguée de la justice particulière et sa notion correspondante, le juste égal. L'auteur de la *Grande Morale* (I, 34, 1195 a 3-8) avait déjà, du reste, commis cette confusion (J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 494; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 391). Quant à la traduction de Bodéüs, comme ce dernier l'admet (*op. cit.*, p. 260, note 1), elle semble paradoxale, car τὸ νομικὸν δίκαιον a précisément pour caractéristique d'être obligatoire par convention, parce qu'il est institué indépendamment de son contenu et donc de sa « légitimité ». En outre, comme Ramsauer, notamment, le souligne (*op. cit.*, *loc. cit.*), Aristote précise, quelques lignes plus loin (1134 b 32), que τὸ νομικὸν δίκαιον est le fruit d'un accord, d'une convention (συνθήκη). Semblablement, enfin, dans la *Rhétorique* (livre I, 13, 1373 b 7-8), Aristote parle du juste par nature, commun à tous les hommes, existant même sans « communauté » ou « convention » entre eux. Dès lors, bien qu'elle ne soit pas littérale, la traduction de l'expression τὸ νομικὸν δίκαιον par « le juste conventionnel » paraît exprimer exactement la pensée d'Aristote.

178. *EN*, V, 10, 1134 b 19-24.

179. δύναμις : « puissance » (traduction Bodéüs), « force » (traductions J. Tricot et W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 204). Aspirant à privilégier ce qu'ils considèrent comme le sens de la pensée d'Aristote sur la lettre du texte, Gauthier et Jolif (*op. cit.*, I-2) traduisent par « valeur » (rapp. W.F.R. Hardie, *op. cit.*, *loc. cit.*). Mais la traduction de δύναμις par puissance aide à mieux saisir la comparaison qu'Aristote fait un peu plus loin, de la main droite, naturellement plus « forte » (κρείττων) que la main gauche (v. *infra*), au juste naturel qui a la même puissance partout. Aristote, en effet, emploie peut-être à dessein successivement ces deux mots (P. Destrée, *préc.*, spéc. p. 229-230).

180. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 29; du même auteur : *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 93; *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 204; « Abrégé du droit naturel classique », *préc.*, spéc. p. 145-146, p. 154; P. Aubenque, *préc.*, spéc. p. 154-155.

181. Exemple dont on ignore s'il est fictif ou historique (R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 391-392).

changement¹⁸². Aristote se réfère ici¹⁸³ à l'opposition sophistique entre une nature immuable et nécessaire et la justice, artificielle, variable et contingente¹⁸⁴. Réduisant le droit aux lois en vigueur dans la cité, telles que la volonté des gouvernants les a posées¹⁸⁵, les sophistes nient l'existence d'un droit naturel¹⁸⁶. Ils se contentent de justifier l'autorité de ces lois tantôt par un accord conclu entre les hommes pour garantir les droits de chacun¹⁸⁷, tantôt par l'utilité commune¹⁸⁸.

Aristote rejette l'antinomie sophistique de la nature et de la loi. Il n'en est pas, écrit-il¹⁸⁹, absolument comme les sophistes le soutiennent, mais seulement d'une certaine manière : « en vérité,

chez les dieux, cela n'est probablement en aucune façon ainsi ; mais chez nous, encore qu'il existe quelque chose par nature, tout n'en est pas moins sujet à changement, et pourtant ce qui est par nature se distingue de ce qui n'est pas par nature »¹⁹⁰. Aristote veut-il dire que les relations entre les dieux sont gouvernées par un droit naturel immuable, comme d'aucuns l'ont soutenu¹⁹¹ ? Si tel était le sens de sa proposition sibylline, il ne pourrait guère exprimer ainsi que l'opinion courante à ce sujet, sans la faire sienne¹⁹². En effet¹⁹³, les dieux ne vivant pas en cités, leurs relations sont, d'après lui, soustraites au droit et à la justice¹⁹⁴, comme le sont du reste, pour la même raison, celles entre animaux¹⁹⁵.

182. *EN*, V, 10, 1134 b 24-27.

183. R.-A. Gauthier et P.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 392-394 ; P. Aubenque, *préc.*, spéc. p. 151-152.

184. Antiphon, *De la vérité*, in *Antiphon, Discours suivis des fragments d'Antiphon le Sophiste*, texte et trad. L. Gernet, 4 ; H. Diels et W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 5^e éd., Weidmann, 1934-1937, B XLIV, frag. A ; J.-F. Pradeau (dir.), *Les sophistes*, Garnier-Flammarion, 2009, frag. 65 ; v. ég., évoquant cette opposition : Platon, *Protagoras*, texte et trad. A. Croiset avec la coll. de L. Bodin, Les Belles Lettres, 1923 ; *prés.* et trad. Fr. Ildefonse, Garnier-Flammarion, 1997, 337 d ; Platon, *Gorgias*, 482 e ; Aristote, *Réfutations sophistiques*, éd. du texte grec, trad. et comm. M. Hecquet, Vrin, 1979 ; trad. J. Brunshwig et M. Hecquet, *prés.* P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, 2015, XII, 173 b 7-18. V. F. Heinemann, *Nomos und Physis ; Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Bâle : Friedrich Reinhardt, 1965, p. 110 et s. ; W.K.C. Guthrie, *The sophists*, Cambridge University Press, 1971, p. 55 et s. ; G. Br. Kerferd, *Le mouvement sophistique*, trad. et *prés.* A. Tordesillas et D. Bigou, Vrin, 1999, p. 171 et s. ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 73 et s. ; du même auteur : *Les grands sophistes dans l'Athènes de Périclès*, De Fallois, 1988, réimpr. Le Livre de Poche, 2004, p. 166 et s.

185. Platon, *La République*, I, 338 c et s. ; *Théétète*, texte et trad. A. Diès, Les Belles Lettres, 1926 ; *prés.* et trad. M. Narcy, Garnier-Flammarion, 2016, 167 c et 172 a-b.

186. Dans le *Gorgias* (483 d – 484 c), Calliclès, il est vrai, défend un droit naturel du plus fort, s'opposant aux lois de la cité dictées par les plus faibles. Mais, si leur opposition entre la nature et la loi ouvre la voie à cette thèse extrémiste, les sophistes eux-mêmes ne l'ont pas soutenue : Calliclès n'est pas un sophiste, ce n'est qu'un ambitieux qui a suivi les leçons de certains sophistes, pour en tirer des maximes d'action (W.K.C. Guthrie, *op. cit.*, p. 101 et s. ; J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, *op. cit.*, p. 93-95 ; *Les grands sophistes...*, *op. cit.*, p. 222 et s.).

187. Aristote, *Pol.*, III, 9, 1280 b, 6-12.

188. Platon, *Protagoras*, 320 d et s., et not. 322 c ; *Rép.*, II, 358 c et s.

189. *EN*, V, 10, 1134 b 27-28.

190. *EN*, V, 10, 1134 b 28-30 : καίτοι παρά γε τοῖς θεοῖς ἴσως οὐδαμῶς, παρ' ἡμῖν δ' ἔστι μὲν τι καὶ φύσει, κινήτων μὲντοι πᾶν, ἀλλ' ὅμως ἔστι τὸ μὲν φύσει τὸ δ' οὐ φύσει.

191. K. Hildenbrand, *Geschichte und System der Rechts und Staats-philosophie*, Leipzig, Engelmann, 1860, vol. I, p. 306 ; G. Ramsauer, *op. cit.*, p. 336 ; H. Jackson, *op. cit.*, § 2-3, p. 107 ; M. Salomon, « Le droit naturel chez Aristote », *APD* 1937, p. 120-127, p. 122 ; J. Tricot, *op. cit.*, p. 251, note 3.

192. J. Burnet, *op. cit.*, p. 234, § 3 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 394 ; rapp. J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 495-496, § 2-3.

193. P. Aubenque, *préc.*, spéc. p. 150 ; P. Destrée, *préc.*, spéc. p. 229.

194. *Pol.*, I, 2, 1252 b 34 – 1253 a 38 ; v. ég. *EN* X, 8, 1178 b 10-12, où Aristote déclare qu'on ridiculiserait les dieux en leur prêtant des relations juridiques mutuelles.

195. *Pol.* I, 2, 1253 a 27-29.

Pour Aristote, contrairement à Platon¹⁹⁶ et aux stoïciens¹⁹⁷, il n'existe donc pas une loi naturelle divine, gouvernant à la fois les phénomènes cosmiques et les relations humaines¹⁹⁸ : il se borne à opposer l'immutabilité de la nature divine à la mutabilité de la nature humaine¹⁹⁹. Mais, puisque la nature humaine est soumise à changement, la variabilité de la justice n'est pas un obstacle, comme le pensaient les sophistes, à l'existence d'un juste par nature. Pour mieux comprendre l'argumentation d'Aristote, il convient cependant de s'attarder quelques instants sur sa conception de la nature, selon lui constituée d'êtres en mouvement et finalisée²⁰⁰.

Tout d'abord, les êtres naturels sont ceux qui possèdent en eux-mêmes un principe de mouvement et de fixité²⁰¹. Ils sont en effet composés²⁰²

d'une matière (ὕλη), qui leur sert de substrat, et d'une forme, par laquelle se définit leur essence (εἶδος)²⁰³ : la matière est ce qui est soumis au changement et la forme ce en quoi cette matière est changée²⁰⁴ ; la matière n'est que la chose en puissance, cette chose n'existant réellement, en acte²⁰⁵, que dans sa forme²⁰⁶. Parce qu'ils sont engagés dans une matière, les êtres naturels possèdent donc en eux un principe de mouvement ou de changement. En revanche, les êtres divins sont immobiles et éternels, car ce sont des formes pures séparées de la matière²⁰⁷.

Ensuite, la nature d'une chose, pour Aristote, est avant tout sa fin, ce qu'elle est une fois sa croissance achevée²⁰⁸, en « entéléchie » (ἐντελέχεια)²⁰⁹. La nature d'une chose est donc fondamentalement sa forme, la cause finale de

196. Platon, *Gorgias*, 489 a-b, 508 a ; *Les lois*, X, 888 d et s., spéc. 890 c-d. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 71 ; P. Aubenque, préc., spéc. p. 152 ; S. Goyard-Fabre, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002, p. 34.

197. Diogène Laërce, *op. cit.*, VII, 128, trad. Le Livre de Poche ; texte, in H. von Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*, Leipzig, 1903-1905, index 1924, réimpr. Stuttgart : Teubner, 1964 [ci-après cité SVF], III, 308 ; Marcien, in *Digeste*, éd. Th. Mommsen et P. Krueger, Weidmann, 1973, I, 3, *De legibus senatusque...*, 2 (25-29) = SVF, III, 314 ; trad. J. Brunschwig et P. Pellegrin, in A.A. Long et D.N. Sedley, *Les philosophies hellénistiques*, II, *Les stoïciens*, Garnier-Flammarion, 2001 [ci-après cité LS], 67 R ; Cicéron, *La république*, III, 33 = SVF, III, 325 ; LS 67 ; S.F. Heinemann, *op. cit.*, p. 169 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 402-407 ; A.-J. Festugière, *La révélation d'Hermès Trismégiste*, II, *Le dieu cosmique*, Vrin, 1983, p. 270 et s., p. 277-279 ; V. Goldschmidt, *Le système stoïcien et l'idée de temps*, 4^e éd., Vrin, 1979, n° 76 ; M. Schofield, « Le sage et la politique à l'époque hellénistique », in J. Brunschwig, G. Lloyd et P. Pellegrin (dir.), *Le savoir grec (dictionnaire grec)*, 2^e éd., Flammarion, 2011, p. 223-232, p. 231.

198. P. Aubenque, préc., spéc. p. 150.

199. Saint-Thomas d'Aquin, *Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, *op. cit.*, V, leçon 12, 1026 ; R. Bodéüs, *op. cit.*, note 2, p. 261-262 ; T. Irwin, *op. cit.*, n° 2, p. 271.

200. V. M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 198 et s. ; du même auteur : « La nature des choses », in *Seize essais de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 38-59, p. 49 et s.

201. Aristote, *Physique*, texte et trad. H. Carteron, Les Belles Lettres, II, 1, 192 b 13-14. Les choses naturelles s'opposent ainsi aux produits de l'art, dont le principe de changement se trouve dans une cause extérieure à l'objet, l'activité de l'artiste (*EN*, VI, 4, 1140 a 13-16 ; *Métaphysique*, texte grec W. Jaeger, Oxford Classical Text, 1957 ; intr., trad., note et index J. Tricot, Vrin, 1981 ; prés. et trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, Garnier-Flammarion, 2008, E, 1, 1025 b 18 et s. ; A, 3, 1170 a 7 et s. ; *Phys.*, II, 1, 192 b 26 et s.).

202. V. par ex. *Méta.*, Δ, 1015 a 6.

203. *Phys.*, II, 1, 193 a 28 – 193 b 5.

204. *Méta.*, A, 3, 1070 a, 1-2 ; *Phys.*, II, 8, 199 a 31-33 et 199 b 32-33.

205. *Phys.*, II, 1, 193 b 6-9 ; *Méta.*, Θ, 6, 1048 a 30-31.

206. *Méta.*, Θ, 8, 1050 a, 15-16 ; v. ég. A, 5, 1071 a 8-9. Pour clarifier sa pensée, Aristote raisonne souvent par analogie avec les choses artificielles (v. par ex. *Phys.*, II, 1, 193 a 31 à 193 b 3 ; *Les Parties des Animaux*, texte et trad. P. Louis, Les Belles Lettres, 1956 ; prés. et trad. P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, 2011 ; intr. et trad. F. Gain, Le Livre de Poche, I, 1, 640 b 23 et s.) : ainsi, d'une chose artificielle fabriquée avec du bois, par exemple un lit, on ne dirait pas qu'elle existe avant qu'elle n'en ait acquis la forme ; de même, parmi les choses naturelles, la chair ou l'os en puissance n'ont pas encore leur propre nature et n'existent pas encore par nature, tant qu'ils n'ont pas reçus la forme de la chair et de l'os, celle par laquelle on définit l'essence de la chair ou de l'os.

207. *Méta.*, E, 1, 1026 a 10-22.

208. *Pol.*, I, 2, 1252 b 32 ; *Phys.*, II, 2, 194 a 28 ; II, 8, 198 b et s.

209. *Méta.*, H, 3, 1044 a 9 ; *Phys.*, II, 1, 193 b 8-9. Sur la notion d'entéléchie, v. Aristote, *De l'Âme*, texte A. Jannone et trad. E. Barbotin, Les Belles Lettres, 1980 ; prés. et trad. R. Bodéüs, Garnier-Flammarion, 1999, II, 1, 412 a 1 – 412 b 8. Aristote associe souvent l'entéléchie à l'acte (v. par ex. *Méta.*, Θ, 3, 1047 a 30 à 1047 b 2) ou les emploie comme synonymes (v. par ex. *Phys.*, II, 1, 193 b 8-9).

la chose²¹⁰, en même temps que la raison et le principe d'explication de sa mutation²¹¹. Aussi Aristote rejette-t-il le mécanisme au profit d'une téléologie²¹² : « la nature ne fait rien d'inachevé, ni rien en vain »²¹³; elle « fait tout en vue d'une fin »²¹⁴. En outre, le monde aristotélicien est non seulement ordonné, mais encore bien ordonné : c'est le meilleur qui existe dans la nature, autant que cela est possible du moins²¹⁵, car l'ordre et la détermination se manifestent bien davantage chez les êtres célestes qu'autour de nous²¹⁶, dans le monde « supralunaire » que dans le monde « sublunaire ». Ce dernier laisse en effet place dans une certaine mesure, selon Aristote, à la contingence : si, le plus souvent (ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ)²¹⁷, la nature y atteint son but, il arrive cependant quelquefois qu'elle le manque et qu'elle commette des erreurs, en engendrant des monstres par exemple²¹⁸.

Dès lors que le juste naturel et le juste conventionnel sont l'un et l'autre sujets à change-

ment²¹⁹, on pourrait néanmoins craindre qu'ils ne se confondent. Aristote semble considérer qu'il n'en est rien; tout à rebours, d'après lui : « Quelle prescription est juste par nature, parmi celles qui pourraient aussi être autrement, quelle prescription ne l'est pas, mais est conventionnelle et le fruit d'un accord, quand même l'une et l'autre sont pareillement soumises au changement, cela est évident »²²⁰. La distinction s'applique également dans les autres domaines, ajoute-t-il, en prenant l'exemple de la main droite : bien qu'elle soit, par nature, plus forte que la gauche, n'importe qui peut devenir ambidextre²²¹. Aucun homme ne pourrait donc décider d'être autrement que droitier par nature, mais un homme pourrait décider de devenir ambidextre²²². Par analogie, doit-on sans doute comprendre²²³, le juste naturel a partout la même puissance²²⁴, la même force, mais des gouvernants peuvent édicter une loi qui lui soit contraire et qui s'imposera dans la cité où elle est en

210. *Phys.*, II, 1, 193 b 17-18; 2, 194 b 32 à 35; 8, 199 a 31 à 33; *Méta.*, Z, 17, 1041 b 7-8; *PA*, I, 1, 640 b 28-29.

211. *PA*, I, 1, 639 b 15-16.

212. *Phys.*, II, 8, 198 b 10 – 9, 200 b 8.

213. *Pol.*, I, 2, 1253 a 9; I, 8, 1256 b 21; *DA*, III, 9, 432 b 21.

214. *PA*, I, 1, 641 b 13. V. ég. *PA*, I, 5, 645 a 23-25 : ce n'est pas « le hasard qui règne dans les œuvres de la nature, mais au plus haut degré la finalité »; *Phys.*, VIII, 1, 252 a 11-12 : la nature est « cause d'ordre en toute chose », si bien qu'« il n'y a rien de désordonné dans les choses naturelles ».

215. *Phys.*, II, 8, 198 b 18-19; VIII, 6, 259 a 10-12; VIII, 7, 260 b 22-23.

216. *Méta.*, E, 2, 1026 b 27-30; A, 7, 1072 b 10-14.

217. *Méta.*, E, 2, 1026 b 30 et 1027 a 8; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, 1134 b 30, p. 394-395.

218. *Phys.*, II, 8, 199 b 3-4; *De la Génération des Animaux*, texte et trad. P. Louis, Les Belles Lettres, 1961; trad. D. Lefebvre, in Pellegrin (dir.), *Aristote, Œuvres complètes*, Flammarion, 2014, IV, 3, 771 a 13-15.

219. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 92; *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 201, in fine.

220. *EN*, V, 10, 1134 b 30-33 : Ποῖον δὲ φύσει τῶν ἐνδεχομένων καὶ ἄλλως ἔχειν, καὶ ποῖον οὐ ἄλλα νομικὸν καὶ συνθήκη, εἴπερ ἄμφω κινητὰ ὁμοίως, δῆλον (trad. inspirée de celle de R. Bodéüs, *op. cit.*). À dire vrai, cela apparaît si peu « évident » à la lecture des explications sibyllines d'Aristote, que H. Rackham (*op. cit.*) suggère que le philosophe avait peut-être écrit « il n'est pas évident ». Certains commentateurs ou traducteurs (H.H. Joachim, *op. cit.*, p. 156; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 395; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 92; T. Irwin, *op. cit.*, trad. et note 4, p. 271) ont essayé de trouver un texte plus satisfaisant, en remplaçant la virgule qui suit ὁμοίως par un « ; » (point d'interrogation en grec), faisant ainsi débiter la phrase suivante par δῆλον (« il est évident »), ce qui donnerait : « Il est bien clair (du moins [ajouté par Gauthier et Jolif]) que la distinction s'applique dans les autres domaines... » La manière de distinguer les règles de droit naturel et les règles de droit conventionnelles se présenterait ainsi sous la forme d'une interrogation, d'un problème demeurant sans solution, mais dont Aristote montrerait qu'il n'est qu'un cas particulier d'une distinction incontestable. Mais, si le texte de l'*EN* que commentaient Saint-Thomas d'Aquin (*op. cit.*, V, leçon 12, texte 728-729 et comm. 1027-1028) au Moyen-Âge et Robert de Grossetête à la Renaissance comportait cette modification textuelle (R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *loc. cit.*), les éditeurs ou exégètes modernes du texte (I. Bekker, G. Ramsauer, F. Susemihl, J. Burnet, L. Bywater...) ne l'ont pas retenue, car aucun des manuscrits grecs sur lesquels ils ont travaillé ne la comporte, semble-t-il (P. Destrée, *préc.*, spéc. p. 231-232). Dans son dernier ouvrage publié (*Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, PUF, 1987, p. 141), Villey a renoncé implicitement à entériner la modification en question.

221. *EN*, V, 10, 1134 b 33-35. Aristote ne conçoit pas qu'on puisse être gaucher de naissance (*PA*, III, 4, 666 b 35 – 667 a 2). Platon (*Les Lois*, VII, 794 d et suiv.) pensait, au contraire, que les deux mains sont par nature également vigoureuses, mais il recommandait aux éducateurs de veiller à rendre garçons et filles ambidextres, de la même façon qu'ils sont ambipèdes : R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 395.

222. P. Destrée, *préc.*, spéc. p. 229-230; P. Aubenque, *préc.*, spéc. p. 154.

223. P. Destrée, *préc.*, spéc. p. 229-230.

224. V. *supra*.

vigueur, tant qu'elle le demeurera. Ainsi, que les lois d'une cité y dérogent quelquefois, n'empêche pas le droit naturel d'exister²²⁵, d'être clairement identifiable et, le plus souvent²²⁶, d'être effectif.

Après avoir défini le juste naturel et le juste conventionnel, Aristote a affirmé tant la possibilité de leur distinction contre les sophistes, que son évidence nonobstant la mutabilité de l'un et l'autre. Cependant il lui reste à convaincre le lecteur de cette évidence, ce qu'il s'efforce de faire en recourant à une comparaison. « Celles des prescriptions justes [établies] par convention et selon l'utilité », écrit-il, sont « semblables aux unités de mesure : les mesures pour le vin et pour le blé ne sont pas en effet partout égales, mais celles en vertu desquelles on achète [chez le grossiste] sont plus grandes, celles en vertu desquelles on vend [chez le détaillant] plus petites »²²⁷. Ainsi, par exemple, pèsera-t-on le blé en quintaux chez le premier et en kilogrammes chez le second ; à quantité identique de blé achetée et revendue, le négociant réalisera un bénéfice en revendant au kilogramme ce qu'il a acheté au quintal.

L'exemple des unités de mesure n'est pas emprunté au droit positif et n'a pas de valeur juridique à proprement parler : Aristote s'en sert comme d'une analogie pour mieux justifier la variabilité du droit conventionnel²²⁸. « Semblablement », en effet, explique-t-il, « les règles de justice qui ne sont pas fondées sur la nature mais déterminées par l'homme, ne sont pas partout les mêmes, puisque les régimes politiques ne le sont pas »²²⁹. « Mais », ajoute-t-il pour conclure,

« un régime seulement partout est le meilleur selon la nature »²³⁰. Le juste naturel est donc bien irréductible au juste conventionnel, d'après cette dernière phrase.

L'entier passage, à l'interprétation du reste controversée, ne brille pas, il faut l'avouer, par sa limpidité²³¹. Ce dont on attendait la démonstration, en effet, était l'évidence annoncée de la distinction du juste naturel et du juste conventionnel, bien qu'ils soient, l'un et l'autre, « pareillement » (ὁμοίως) sujets au changement. Or, si la comparaison avec les unités de mesure permet sans doute d'illustrer la variabilité du juste conventionnel, elle n'explique pas, à première vue, celle du juste naturel. Toutefois, selon une remarque profonde d'Éric Weil, étudiant le droit naturel aristotélicien, le juste naturel serait, en définitive, ce dont l'absence rend impossible la loi positive²³². Ainsi, comme Pierre Aubenque le développe, la nécessaire « traductibilité » des différentes législations entre elles serait, dans l'esprit d'Aristote, le droit naturel, de même que les diverses unités, qui mesurent une quantité identique d'une marchandise donnée sur le marché de gros et dans la vente au détail, doivent être convertibles entre elles²³³. Par exemple, selon les usages locaux, la circulation automobile peut se faire indifféremment à droite ou à gauche²³⁴, mais il est nécessaire à chaque fois que des règles assurent l'égalité dans les rapports humains, en l'occurrence prévenir des dommages à autrui. Cette analyse du juste naturel en un rapport est séduisante, car elle permet de le distinguer du juste conventionnel tout en en justifiant la mutabilité. Mais cela reste une

225. R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 262, note 2 ; T. Irwin, *op. cit.*, note 5, p. 271.

226. ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ (J. Burnet, *op. cit.*, p. 234, § 4 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, 1134 b 30, p. 394-395 ; E. Weil, « Du droit naturel », in *Essais et conférences*, Plon, 1970, p. 170-182). V. *EN*, I, 1, 1094 b 14-21 et *supra*.

227. *EN*, V, 10, 1134 b 35 – 1135 a 3 ; v. Saint-Thomas d'Aquin, *Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, *op. cit.*, V, leçon 12, 1030 ; J.A. Stewart, *op. cit.*, I, p. 496, § 5 ; J. Burnet, *op. cit.*, p. 235, § 5 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 395 ; J. Tricot, *op. cit.*, note 2, p. 252.

228. P. Destrée, *préc.*, spéc. p. 235 et les réf.

229. *EN*, V, 10, 1135 a 3-5 : Ὁμοίως δὲ καὶ τὰ μὴ φυσικὰ ἀλλ' ἀνθρώπινα δίκαια οὐ ταῦτα πανταχοῦ, ἐπεὶ οὐδ' αἱ πολιτεῖαι...

230. *EN*, V, 10, 1135 a 5 : ... ἀλλὰ μία μόνον πανταχοῦ κατὰ φύσιν ἡ ἀρίστη.

231. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 395-396 ; W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 205 ; L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, Plon, 1954, réimpr. Flammarion, coll. Champs Essais, 1986, p. 143-144 ; *contra* : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 92 : malgré sa difficulté, le « sens général » de ce texte serait « clair » (*sic*).

232. E. Weil, *préc.*, spéc. p. 183. A. Petit, « Éric Weil et la doctrine aristotélicienne de la justice naturelle », *APD* 1989, vol. 52, p. 279 et s., spéc. p. 283 ; L. Ponton, « Éric Weil : le droit naturel aristotélicien et les droits de l'homme », *Laval théologique et philosophique*, 43 (1), févr. 1987, p. 49-65.

233. P. Aubenque, *préc.*, spéc. p. 155 ; v. ég. M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 204-205.

234. *Ibid.* : exemple qu'Aubenque reprend d'Éric Weil et que bien d'autres donnent également (v. par ex. M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », *préc.*, spéc. p. 154).

interprétation subtile de la pensée d'Aristote, qui ne s'est pas lui-même exprimé de la sorte.

La fin du passage suscite également des hésitations. Aristote, on l'a vu, justifie la diversité des règles de justice conventionnelles par celle des régimes politiques, tout en soulignant qu'il y a un régime seulement partout qui soit selon la nature le meilleur. Deux interprétations principales de cette dernière phrase ont été avancées, l'une ancienne et platonisante ou stoïcisante, l'autre moderne et phénoménologique²³⁵. Selon la première, celle en particulier de l'auteur de la *Grande Morale*²³⁶ et de Saint Thomas d'Aquin²³⁷, Aristote aurait soutenu l'existence d'un modèle intemporel de régime politique idéal valable pour tous les pays. Mais, bien que des auteurs modernes continuent de la faire leur²³⁸, elle est inconciliable avec la variabilité reconnue par Aristote au droit naturel, auquel elle prête, à l'inverse, un caractère universel et intemporel²³⁹. D'après la seconde, brillamment soutenue par Joachim Ritter²⁴⁰, Éric Weil²⁴¹, Pierre Aubenque²⁴² et reprise par d'autres depuis²⁴³, Aristote aurait voulu affirmer qu'un seul régime est, à chaque fois, conforme à la nature de chaque peuple : le meilleur régime ne l'est pas dans l'absolu, mais en fonction des circonstances (*τὰ ὑπάρχοντα*)²⁴⁴.

Cette dernière interprétation rapproche Aristote de Montesquieu et Hegel. Si elle justifie une certaine mutabilité du droit naturel, elle attribue néanmoins un sens distributif à l'adverbe *πανταχοῦ* (« partout »). Alors, en effet, qu'Aristote vient d'employer ce dernier, à quatre reprises²⁴⁵, plutôt, semble-t-il, au sens de partout indifféremment, en général, il aurait voulu dire, dans la phrase commentée, à chaque endroit. Ladite interprétation n'en apparaît pas moins en adéquation avec le rejet par le Stagirite d'un droit naturel en soi, transcendant, existant séparément de la matière mouvante qu'il informe. Certes, elle oblige à faire abstraction des textes de la *Rhétorique* évoquant l'existence d'un droit naturel universel, immuable et éternel, à l'autorité supérieure aux décrets de la cité, au motif qu'ils n'exprimeraient pas la pensée véritable ou, tout au moins, la pensée définitive d'Aristote sur le sujet. En outre, en instillant une dose de relativisme dans le juste naturel, elle rend plus délicate la distinction de la conception aristotélicienne de la justice de celle des sophistes²⁴⁶. Mais elle ne l'abolit pas pour autant, et ce dernier point est fondamental, car le propos initial d'Aristote était bien de réfuter l'opposition sophistique de la nature et du droit.

235. P. Destrée, préc., spéc. p. 222 et s. S'efforçant de dépasser les objections élevées à l'encontre de chacune de ces deux interprétations, cet auteur tente une nouvelle lecture du texte : nous renvoyons à ses propositions.

236. *Grande morale*, I, 33, 1195 a 1-4.

237. Saint Thomas d'Aquin, *op. cit.*, 1028-1030.

238. H. Jackson, *op. cit.*, p. 107, § 5 ; R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 395-396 ; W.F.R. Hardie, *op. cit.*, p. 205 ; T. Irwin, *op. cit.*, trad. et note 7, p. 271 ; F.-D. Miller Jr « Aristotle on Natural Law and Justice », in D. Keyt et F.-D. Miller Jr (dir.), *A companion to Aristotle's Politics*, Blackwell Publishers, 1991, p. 279-306 ; adde, du même auteur : *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford University Press, 1995, p. 75-76 ; M. Salomon, préc., spéc. p. 126 ; J.-F. Balaudé, « Nature et norme dans les traités éthiques d'Aristote », in P.-M. Morel (dir.), *Aristote et la notion de nature. Enjeux épistémologiques et pratiques*, Presses universitaires de Bordeaux, 1997, p. 95-129.

239. B. Yack, préc., spéc. p. 218 ; P. Destrée, préc., spéc. p. 223-224. V. la perplexité de R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, *op. cit.*, II-1, p. 396.

240. J. Ritter, « Le droit naturel chez Aristote », *Arch. Phil.* 1969, t. 32, p. 416-457, spéc. p. 437 et s.

241. E. Weil, préc., *passim*.

242. P. Aubenque, préc., spéc. p. 154-155.

243. V. not. R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 263, note 2 ; P. Pellegrin, « L'homme est un animal politique », in Brunschwig et alii, *Le savoir grec*, *op. cit.*, p. 171-197, p. 185 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 90 et 92 ; du même auteur : *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, *op. cit.*, p. 149 (ce n'est pourtant pas la lecture thomiste du passage) ; S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 38-39.

244. *Pol.*, VII ; E. Barker, *op. cit.*, p. 335-336 ; R. Bodéüs, « Figures du politique », in Brunschwig et alii, *op. cit.*, p. 171-197, p. 185 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 89-90 ; du même auteur : *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 207.

245. *EN*, V, 10, 1134 b 19, 25, 1135 a 1, 4.

246. Chez certains interprètes (L. Strauss, *op. cit.*, p. 146 et s. ; B. Yack, préc., spéc. p. 222-223), qui poussent à l'extrême le relativisme du droit naturel d'Aristote en fonction des circonstances, la distinction avec la conception sophistique de la justice tend néanmoins à s'estomper (P. Destrée, préc., spéc. p. 228).

Conclusion. – De la théorie aristotélicienne de la justice, le juriste ne doit pas attendre trop. Elle ne propose effectivement pas un idéal transcendant de justice, pas plus qu'elle ne fournit de réponses à des questions juridiques précises. Peut-être, au risque de commettre un anachronisme, pourrait-on voir dans cette théorie, avec Michel Villey²⁴⁷, une analyse phénoménologique de l'intention²⁴⁸ de justice et des espèces de rapports qu'elle tend à déterminer²⁴⁹. Elle tend à révéler une essence de la justice à partir de l'observation de la réalité sensible, sans sombrer dans l'empirisme.

La distinction de la justice universelle et de la justice particulière isole le droit de la morale, en lui assignant un objet spécifique, l'égalité dans les distributions et dans les échanges²⁵⁰. La double affirmation que le juste absolu n'existe pas séparément du juste politique, qui en est la réalisation concrète, et que ce juste politique se divise en juste naturel et juste conventionnel, dépasse l'opposition habituelle du positivisme

juridique et du jusnaturalisme dérivée de la tradition platonicienne et surtout stoïcienne²⁵¹. D'une part, le juste politique n'est pas le fruit de la volonté arbitraire des gouvernants, dès lors que le juste naturel lui est immanent. En effet, pour Aristote, la détermination du juste relève sans doute de la « prudence » (φρόνησις)²⁵², cette vertu intellectuelle²⁵³ qui, par la connaissance de l'universel et celle du particulier, rend apte à bien délibérer en vue de l'action²⁵⁴; sans cette sagesse pratique, souligne Aristote, les vertus morales, dont la justice, seraient aveugles²⁵⁵. D'autre part, le juste naturel et le juste conventionnel apparaissent comme complémentaires, au lieu de relever de deux ordres normatifs distincts et concurrents. Le reproche qu'on peut adresser à cette philosophie du droit est toutefois de légitimer des institutions existantes inacceptables, tel l'esclavage, au motif qu'elles seraient suffisamment enracinées dans les mœurs pour apparaître naturelles²⁵⁶, alors qu'une morale transcendante en aurait fondé la condamnation²⁵⁷.

247. M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 119.

248. V. M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, coll. Tel, 1976, avant-propos.

249. M. Villey, op. cit., loc. cit.; du même auteur : *Philosophie du droit*, op. cit., n° 41 et 204; *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 48; *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, op. cit., p. 118 et p. 150.

250. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 80-85; du même auteur : « Abrégé du droit naturel classique », préc., spéc. p. 127; *Philosophie du droit*, op. cit., n° 30-32 et n° 235.

251. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 85-87 et p. 95; J. Ritter, op. cit., not. p. 457; P. Aubenque, « La loi selon Aristote », préc., spéc. p. 155-156.

252. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 44-45; du même auteur : « La loi selon Aristote », préc., spéc. p. 156-157; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 94; F. Chénéde, « Le droit civil, au naturel », préc., spéc. n° 15 et n° 19. Φρόνησις est le plus souvent traduit par « prudence » (Tricot, Aubenque, Villey). Mais d'autres traductions ont été proposées : « sagesse » (Gauthier et Jolif), « sagacité » (Bodéüs). Hérité du latin *prudencia*, le terme « prudence » a perdu, il est vrai, dans la langue moderne, son sens historique et, en outre, il fait litigieux des emplois différents du terme par Aristote. Quant au terme « sagesse », il impose de traduire σοφία, cette autre vertu intellectuelle selon Aristote, par « philosophie », à la manière de Gauthier et Jolif. V. R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, op. cit., II-2, p. 463 et s.; P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, op. cit., p. 9-10 et 29; R. Bodéüs, *Aristote, Éthique à Nicomaque*, op. cit., p. 302, note 2.

253. *EN*, VI, 3, 1139 b 15-17. Sur la distinction des vertus intellectuelles et des vertus morales, v. *EN*, II, 1, 1103 a 14 et s.

254. *EN*, VI, 5, 1140 a 26-30 et 1140 b 4-6; 6, 1141 a 25-26; 7, 1141 b 8-30; 12, 1143 a 32 – 1143 b 5.

255. *EN*, VI, 13, 1144 b 10-14.

256. *Pol. I*, 3-7; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 88-89; du même auteur : *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 84; comp. F. Chénéde, préc., n° 14.

257. P. Aubenque, « La loi selon Aristote », préc., spéc. p. 157.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

La technocratie, nouvelle République des sages ?

Jérôme Chacornac

Maître de conférences à l'Université Panthéon Assas¹

Pour qui se remémore des termes de leur contestation du pouvoir en place, le thème de réflexion proposé sur la philosophie platonicienne se présente politiquement comme une « intuition de gilets jaunes » et il manifeste peut-être d'un point de vue intellectuel une certaine naïveté.

Politiquement, on ne compte plus les occurrences dans lesquelles les méthodes de gouvernement actuelles ont pu être désignées comme « technocratiques », terme véhiculant tout à la fois opacité, indifférence et éloignement à l'égard des préoccupations des gouvernés. À l'époque où se tint la conférence dont cet article est issu, c'est ainsi un remaniement gouvernemental qui fut qualifié de technocratie par l'opposition, tout comme le fut le remaniement suivant intervenu en juillet 2020. Il s'agit là d'un reproche qui, au fond, exprime des critiques formulées dès sa campagne électorale à l'encontre de l'actuel Président de la République, qui, certes, a joué sur la forme d'un cocktail détonant. Énarque, il a revendiqué son expérience comme assistant de Paul Ricoeur et se plaît à piéger les médias en citant Simone Weil – la philosophe – : c'est l'archétype d'un gouvernant qui se nourrit tout autant de ses lumières que de la

maîtrise de la mécanique de nos institutions, au service d'une vision politique tournée vers l'Europe, cette Europe qu'on réduit si volontiers à une « technocratie bruxelloise ».

Un parcours qui a déterminé chez lui un certain tropisme sur lequel il s'est construit politiquement : il faut éviter de polluer le débat politique avec la passion très française des idéologies, en privilégiant le choix de personnes de la société civile, compétentes dans leur *art*. D'un ancien patron du Raid, régulièrement interrogé pour évoquer les questions de sécurité alors que la France est meurtrie par une succession d'attentats depuis l'année 2015, à la désignation d'un professeur de droit puis d'un très médiatique avocat comme garde des Sceaux, en passant par une éditrice, finalement démise, à la culture, on discerne un objectif qui est d'associer – disons-le pour l'instant par pure commodité – un savoir, une expérience, à l'exercice d'une fonction d'ordre politique. Parfois, de façon plus éloignée, le recours au savoir spécialisé demeure formellement séparé d'avec l'arbitrage ultimement rendu par le pouvoir politique mais son intervention et sa pondération dans la décision est revendiquée, comme le révèle de façon spectaculaire en cette période de pandémie l'articulation des mesures

1. Ce texte est une version légèrement enrichie de notre intervention à la troisième conférence du cycle, le mercredi 3 avril 2019.

gouvernementales avec la succession des notes et avis du Conseil scientifique Covid-19².

Sans même parler des incidents ayant entouré la composition de ce Conseil dans ses premiers temps d'activité, on sent bien que la neutralité n'est qu'apparence et que, à travers le choix des personnes, pointe une forme de discours implicite, du moins dans certains domaines. Ainsi, le choix de Nicole Notat pour établir un rapport destiné à déterminer si les entreprises gérées sous forme de sociétés doivent être reconnues comme des acteurs socialement responsables est évidemment un choix qui assure du sens de la réponse qui sera apportée³.

Le choix de Cédric Villani pour confectionner un rapport intitulé « Donner un sens à l'intelligence artificielle » est-il différent⁴ ? Relève-t-il du même rapport à l'expertise « technique » ? L'évocation du mathématicien en dernier lieu permet en effet de préciser en quoi le sujet traité présente peut-être une certaine naïveté d'un point de vue intellectuel. Il n'est finalement qu'une interrogation éternelle qu'on retrouve formulée à « mi-chemin », entre la Grèce antique et l'épanouissement de la pensée technocratique sous la plume de Richelieu, dans son testament politique : « *Il est certain que les États les plus heureux sont ceux où les princes et les conseillers sont les plus sages* »⁵.

Ne reste finalement qu'à définir cette sagesse, au sujet de laquelle Richelieu précise immédiatement qu'elle est réunion d'une somme de qualités dont la première, la « capacité », s'entend comme « *non pédantesque* ». Il précise : « *la capacité d'un ministre d'État requiert la modestie et, si, avec cette qualité, il a bonté d'esprit et*

solidité de jugement, il aura tout ce qui lui est nécessaire »⁶. Au ^{xvii}^e siècle, sous la plume du Duc de Fronsac, le bon gouvernant – ou son conseiller – est ainsi « sage » dans un sens peu déterminé, qui mêle deux acceptions différentes du mot, d'après le dictionnaire philosophique Lalande⁷ : dans un sens primitif est « *sage celui qui sait et possède un jugement sûr* » ; ce n'est que plus tardivement, avec la figure du sage stoïcien, que le sage va prendre une dimension morale d'un homme achevé, réfléchi et « *détaché de ce qui passionne la plupart des hommes* ».

Quelle est donc cette sagesse du gouvernant qui est recherchée à travers les âges : cette sagesse est-elle davantage jugement que savoir ? Et l'investigation mérite-t-elle même d'être menée, à partir du modèle de Cité juste établi par Platon ? La naïveté gît en effet dans la démarche un peu vulgaire qui consiste à se demander à quoi sert la philosophie ou à éprouver la valeur d'une pensée à l'aune de sa réception au sein d'une société ou de ses institutions. Cela suffit-il à décourager la réflexion ?

Cette observation ne suffit cependant pas à y renoncer, si on se rappelle que mathématicien lui-même⁸, Platon voit dans les mathématiques la porte d'entrée au royaume des formes intelligibles et que les relations entre les idées et les choses sensibles sont au cœur de sa pensée. À cet égard, parmi l'ensemble des textes susceptibles d'être convoqués, on observe que Platon utilise deux termes différents pour évoquer la Cité juste dont il essaye d'établir le fonctionnement. Platon y voit d'abord une forme – *ἰδέα* qu'on trouve aussi comme *εἰδέα*⁹, le mot « forme » n'ayant pas forcément ici le sens qu'il

2. On pourra s'en convaincre en reprenant la chronologie de l'ensemble des travaux de ce conseil lorsque sera venu le temps de faire l'histoire du traitement de la pandémie : V. <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-conseil-scientifique-covid-19>

3. Rapport aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail – L'entreprise, objet d'intérêt collectif, N. Notat et J.-D. Senart (dir.), 9 mars 2018.

4. Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne – Pour une stratégie nationale et européenne, C. Villani (dir.), 28 mars 2018.

5. *Maximes d'État ou Testament politique de l'éminentissime Armand, cardinal de Richelieu, pair et grand Amiral de France, premier ministre d'État sous le règne de Louis XIII du nom, Roi de France et de Navarre*, 1688, Amsterdam, 2017, Perrin, prés. Arnaud Teyssier, p. 184.

6. *Ibid.*, p. 186.

7. V° Sage, p. 940, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1926, 3^e éd., 2010.

8. *L'interprétation mathématique de Platon*, in *Les études philosophiques*, janv. 2018-1, spéc. sur l'interprétation de la République en termes de possibilité réelle, l'article de Marwan Rashed, « Une analogie méconnue entre le *Timée* et les *Lois* », p. 115 et s., spéc. p. 120-121.

9. Platon, *La République*, texte et trad. E. Chambry, Les Belles Lettres, Gallimard, coll. Tel, ou trad. G. Leroux, Garnier-Flammarion, ou trad. L. Robin, Gallimard, coll. La Pléiade, livre II, 369 a.

a habituellement chez Platon comme réalité intelligible dont les objets matériels ne seraient que la reproduction imparfaite¹⁰. Il n'en reste pas moins que le mot *ιδέα* est habituellement le cœur de la dimension métaphysique de la pensée platonicienne. C'est la seule, l'unique réalité à laquelle il faut accéder par la philosophie en sortant de la caverne.

Un autre mot est par ailleurs utilisé : celui de *Παράδειγμα*¹¹. Disons que c'est un modèle, selon une double signification, comme exemple précis, emblématique, ou comme figure idéale¹², une double signification qui est parvenue jusqu'à l'épistémologie des mathématiques contemporaines¹³. Dans le même extrait¹⁴, on peut ainsi observer que la « République des sages » est, dans la pensée du philosophe, un horizon hors d'atteinte dont la valeur tient à l'identification des conditions auxquelles on ne peut que tendre vers elle. C'est en forçant les gouvernants à philosopher que l'on s'approchera de la Cité bien gouvernée.

Conférer ainsi au texte de Platon une portée comme modèle idéal de Cité juste, pour mettre à l'épreuve les systèmes de gouvernement n'est ainsi pas le dénaturer. La dénaturation provient plutôt du fait d'isoler la dimension politique de la pensée de Platon de la thèse philosophique plus générale qui y est développée, dans la Répu-

blique¹⁵, et que l'on se limitera à énoncer rapidement : le modèle de la Cité juste n'est pas conçu dans le cours de la discussion comme un modèle de gouvernement, mais comme une analogie¹⁶. Ce que Socrate entreprend de définir est la *justice* individuelle. La réplique à la fable de Gygès¹⁷, c'est la vertu de l'âme, entendue comme son excellence, sur laquelle il faut s'accorder par projection, dans la Cité, d'une partition que l'on pourra confronter à l'âme. À partir de cette méthode, le résultat est donné : la Cité juste est celle dans laquelle les philosophes – qui gouvernent –, les soldats – qui combattent – et les citoyens – qui « produisent » – s'occupent, chacun, de leurs propres affaires : τὸ τὰ αὐτοῦ πράττειν¹⁸.

Si la question de la justice de, ou plutôt dans, l'âme est donc première, l'enjeu du sujet à traiter qu'implique l'élucidation du terme « technocratie » semble pourtant appeler davantage les vues d'un politiste¹⁹ que d'un juriste. Le problème soulevé tient en effet davantage à d'une répartition des rôles au sein d'une communauté politique qu'à une définition formelle des institutions ou du principe de la souveraineté permettant la réalisation d'une Cité juste. Et si un juriste pouvait utilement exprimer ses vues, il vaudrait sans doute mieux un spécialiste de droit public et, plus précisément encore, un publiciste

10. Peut-être l'utilise-t-il en d'autres occurrences, *Protagoras*, 315, dans le sens « d'aspect ».

11. Platon, *La République*, 472c.

12. Le *paradeigma* est « modèle » au sens mathématique sans doute... mais lequel ? Si l'étude des mathématiques ne fait aucun doute pour les philosophes de l'époque, apparemment, la phrase gravée à l'entrée de l'Académie ne l'était pas et ne serait qu'une invention d'un certain Jean Philopon, au vi^e siècle. Cependant, Platon fait des maths, il rend même compte des éléments de la création dans sa cosmogonie du *Timée* d'après les différents polyèdres réguliers déjà identifiés par les géomètres de l'époque. La géométrie, c'est précisément la porte d'entrée au royaume des formes intelligibles.

13. Un modèle mathématique est constitué par une relation entre un outil et le monde sensible, cette relation pouvant aller dans deux sens opposés. Il existe des modèles descriptifs, conçus à partir du réel, de données historiques, et des modèles prédictifs, conçus pour anticiper, et discerner le réel, à partir de certaines variables. Pour une tentative d'approche critique du traitement de l'information conçue à partir de cette distinction, v. notre ouvrage, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, préf. F. Drummond, Dalloz 2014.

14. *Ibid.*

15. 368d – 369a.

16. Méthode de division de choses ressemblantes pour en déterminer des sous-ensembles homogènes également utilisée par Platon dans *Le Politique* (*diarresis*).

17. *République*, 359c – 361d.

18. *Op. cit.*, 433b – 435c, spéc. 435b.

19. J. Meynaud, *La technocratie, mythe ou réalité ?*, Paris, Payot, 1964.

polyvalent qui allierait droit constitutionnel, droit administratif et droit de la fonction publique²⁰.

La justice, dont parle Platon dans les différents extraits de la République mentionnés, n'est ici aucunement confrontée à la teneur des lois positives. En somme, il n'est pas question des relations de la loi avec la justice mais simplement celle de la politique à la justice, relation elle-même considérée afin de définir la justice de l'âme. Dans le prolongement de la République, la *loi* n'est qu'un instrument, par lequel sont formulés la réalisation de l'idéal d'une République vertueuse, ainsi que cela résulte d'un autre dialogue : les Lois.

La confrontation du sage au technocrate invite ainsi de manière nécessaire le juriste à un anachronisme qui dépasse celui d'une vision du droit qui ne pouvait être celle de Platon. Le technocrate, entendu comme celui qui confère une primauté au paramètre technique n'en gouverne-t-il que plus sagement ? Dans le cadre du thème donné à ce cycle de conférences sur les rapports de la nature, du droit naturel et du droit positif, cette question va finalement nous donner l'occasion de réfléchir à ce qui serait le plus susceptible d'opposer le droit à la nature : l'existence si souvent affirmée par commodité de langage d'une *technique juridique*. Le mot « *tekné* » s'oppose à ce qui relève de la nature. La *tekné* est production matérielle, c'est-à-dire action efficace mais aussi artifice. Sa traduction comme « art » invite ainsi à interroger, à revisiter

la définition du droit comme l'art du bon et du juste²¹, pour n'y voir, finalement, que la réduction du droit à une technique parmi d'autres, contingente pour parvenir à la justice dans la Cité.

La fenêtre du juriste qui se consacre à l'étude de certains domaines du droit devenus parmi les plus complexes dans leurs processus d'élaboration de Bruxelles à Bercy offre alors des perspectives car, en bout de chaîne, c'est lui qui reçoit et doit s'accommoder de ce produit fini et devenu malgré tout hautement périssable²² de la sagesse de nos technocrates en action que sont les normes juridiques.

Dès lors, aussi naïvement que l'intuition qui semble portée par le sujet, on se donnera la tâche d'y « répondre » en anticipant que cette réponse sera finalement négative²³. Pour ce faire, on se demandera simplement si le technocrate est un sage (I) avant d'établir, beaucoup plus brièvement, s'il gouverne (II).

I. Le technocrate est-il un sage ?

Pour déterminer si le technocrate est un « sage », il faut confronter les termes de technique et de sagesse : en quoi consiste cette « véritable technique politique²⁴ » dont Socrate se réclame dépositaire dans le *Gorgias* et dont la clé se trouverait dans l'exercice de la philosophie ? À cet égard, le terme *tekné*, habituellement traduit par art, désigne par extension un savoir-faire²⁵. Mais

20. Dans cette République idéale de Platon esquissée à grands traits, on discerne en effet tout à la fois :

- une forme d'État, d'ailleurs incertaine dans laquelle on discerne quelques traits vaguement autoritaires ;
- une forme de gouvernement sensée dépasser les quatre autres formes dont Platon expose l'inévitable déclin plus tard (*République*, VIII, 543a – 576b. Aristote, dans la *Rhétorique* (I, 8) distinguera démocratie, oligarchie et monarchie, avant, dans la *Politique* (II, 17 et V, 10), d'opposer la *Politeia*, au centre de laquelle est nécessaire le citoyen, à des formes de gouvernement autres : monarchie et Tyrannie), la traduction française nous disant même que la recherche porte sur la cité est « la mieux administrée » (*République*, 462c.) ;
- et les conditions d'accès aux fonctions de gouvernement.

21. Selon la formule canonique de Celse reprise par Ulpien.

22. Au sujet de la succession des lois sur le même objet, prenant, déjà, l'exemple des faillites, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 109.

23. Nous confessons ici, manquant de sagesse, n'avoir pas su nous départir d'une représentation d'adolescent : le sage qui gouverner devait forcément être autre-chose qu'une cohorte d'administrateurs qui se reconnaissent entre eux parce qu'il leur a fallu, sur une unique année de leur vie, connaître les premières phrases d'une foule de grandes œuvres qu'ils n'ont jamais lues. Cette représentation a malheureusement été durement confortée par le mépris témoigné à la recherche universitaire, annonciateur de son démantèlement, qui s'est manifesté de la manière la plus brutale et la plus triviale dans la Loi de Programmation de la Recherche 2021-2030, actuellement en instance devant le Conseil constitutionnel à l'heure de rendre le bon à tirer de cette contribution. Si le droit parlementaire le permet, peut-être y aura-t-il là une occasion pour les « Sages » de la rue Montpensier de mériter leur nom.

24. “τῇ ὡς ἀληθὺς πολιτικῇ τέχνῃ”, Platon, *Gorgias*, texte et trad. M. Croiset avec la collaboration de L. Bodin, Les Belles Lettres, trad. E. Chambry, Garnier-Flammarion, ou trad. M. Canto-Sperber, Garnier-Flammarion, ou trad. L. Robin, Gallimard, 521a– 522e.

25. V^e Technique, *Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), Dictionnaire Le Robert, 2010.

la « technique », qui en dérive, connaît un glissement de sens à compter du XVIII^e siècle pour évoquer tout à la fois des procédés empiriques d'application et des domaines spécialisés de la connaissance.

C'est selon cette acception qu'a été forgée le néologisme « technocratie », d'abord, aux États-Unis, dans un article d'un certain William Henry Smyth, en 1919, pour évoquer une « démocratie industrielle »²⁶, reposant sur l'exercice du pouvoir du peuple par les scientifiques et ingénieurs. L'idée de représentation populaire disparaît dans le prolongement du mouvement technocratique américain dans les années 1930, dans lequel il s'agit de désigner un système de gouvernement par les techniciens, les technocrates, un système « qui se détermine en fonction de facteurs techniques »²⁷.

À travers la figure de Socrate, il semble que la condition d'accès à la véritable activité politique soit la sagesse. Mais la technique politique dont le sage aurait la maîtrise est-elle la technique qui détermine les choix du technocrate ? En allant par cercles concentriques, il faut d'abord envisager que la politique est une technique qui tend vers un but particulier qui, tel que Platon l'envisage, requiert sagesse de celui qui s'y engage (A). Ce n'est qu'ensuite que le néologisme de technocrate peut inviter à confronter le savoir du sage au savoir du sachant (B).

A. Le professionnel de la politique et le sage

Dans le *Gorgias*, la technique politique n'est définie que dans son but, la quête de l'utile²⁸,

une quête qui débouche, sur la communauté dans la Cité²⁹. La fin de la politique c'est l'unité dans la Cité³⁰. Ses procédés ne sont en effet suggérés que par des comparaisons, celle du médecin, qui fait le bien de ses patients sans leur prescrire ce qui leur est le plus agréable, mais aussi dans un autre passage célèbre, celle du tisserand : le « paradigme » de la politique serait le tissage de la laine³¹.

Il n'y aurait alors qu'un pas à franchir pour analyser que la politique ne correspond à rien de plus qu'à un savoir-faire spécialisé³².

Il y a là une simplification dont il faut rendre compte à travers le choix d'une vie philosophique que Socrate oppose à la vie de prestige qu'assure la rhétorique, promue par Calliclès. Si Socrate préfère endurer la mort en refusant la rhétorique, au prix de sa vie – comme nous l'avons compris de son procès³³ –, c'est parce qu'il envisage la justice comme une vertu, comme la condition d'excellence de l'âme³⁴.

Or, la conduite d'une vie juste ne peut être réalisée que par la philosophie. Seul le philosophe connaissant vit selon la justice du fait de la connaissance qu'il a des idées. Lui seul peut gouverner autrement que par la rhétorique, en contemplation de l'utile, et non dans celui de sa gloire personnelle. Et, ici, intervient une subtilité qui résulte d'autres textes : le sage pourra³⁵ s'appuyer sur la rhétorique *comme véritable* « *tekné* » aux fins de persuasion mais non pour sa gloire personnelle. En somme, la République des sages est celle de la recherche de l'utile, assise sur un recours modéré à l'illusion de la rhétorique, dont

26. « Technocracy : Ways and Means to Gain Industrial Democracy », *Industrial Management* (57).

27. V^o Technique, *Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), Dictionnaire Le Robert, 2010.

28. *Gorgias*, 521 : « Comme chaque fois que je m'entretiens avec quelqu'un, ce n'est point pour plaire que je parle, mais que je vise au plus utile et non au plus agréable ».

29. *République*, Livre V, 462a – 462e, spéc. 462c et 462d. Conception également développée dans *Les lois*.

30. Ses procédés ne sont en effet suggérés que par des comparaisons, celle du médecin, qui fait le bien de ses patients sans leur prescrire ce qui leur est le plus agréable, mais aussi dans un autre passage célèbre, celle du tisserand : le « paradigme » de la politique serait le tissage de la laine : « Quelle activité pourrions-nous bien prendre comme paradigme, dont la tâche serait la même que la politique ? [...] le tissage de la laine », *Le politique*, 277-279.

31. « Quelle activité pourrions-nous bien prendre comme paradigme, dont la tâche serait la même que la politique ? [...] le tissage de la laine », *Le politique*, 277-279.

32. Ce que montrent, à un haut niveau de généralité, les postulats d'un système éducatif qui, comme le système français, comporte des parcours conduisant à la haute administration. Si la politique est un savoir spécialisé, elle se ramène aux différentes formes de savoirs spécialisés qui sont inculqués à un aspirant dirigeant. Celui qui maîtrise ces savoirs peut en déduire l'art de gouverner : ce serait le technocrate.

33. V. dans ce numéro spécial, les contributions de M^{mes} Raphaëlle Théry et Emmanuelle Chevreau.

34. Ce que révélera d'ailleurs le mythe final exposé par Socrate dans le *Gorgias* de l'arrivée des âmes dans l'Hadès.

35. V. *Le politique*.

la légitimité procède tout entière de la vertu des sages³⁶.

Le contraste avec la vie publique actuelle, qui repose largement sur des mécanismes de sélection de nos dirigeants à partir de savoir-faire spécifiques, est saisissant à l'observer depuis la fenêtre du droit. En l'espace de six ans, ont été adoptées : une loi sur la transparence de la vie publique³⁷, imposant une obligation de déclaration d'intérêts pour les responsables publics ; une loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 (« Sapin 2 ») qui améliore la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics ; une loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique qui, entre autres mesures, a supprimé la réserve parlementaire³⁸.

Finalement, je pourrais associer à chacune de ces lois une ou plusieurs affaires incarnées à merveille par un dirigeant, un maître de la technique politique et des techniques sous-jacentes, spécialement fiscales, dont la maîtrise technique n'a été... qu'un simulacre, une illusion, en même temps que le paravent de l'injustice.

La professionnalisation de la vie politique ne coïncide pas tant avec la figure du philosophe qui règne qu'avec celle de Gygès, dont la fable est narrée par Glaucon, toujours dans la *République*³⁹. Non seulement Gygès est foncièrement injuste, d'après une morale qui n'est pas purement arbitraire mais, selon une lecture peut-être amplifiante, associée à d'autres extraits, Gygès est aussi le gouvernant illégitime, celui qui tient son pouvoir non plus par les apparences trompeuses créées par le discours, mais par la magie qui lui procure... l'opacité.

Avec ce déploiement d'abord progressif et désormais conquérant de la transparence de la vie publique, le constat à tirer est finalement que le *paradeigma*, le modèle de gouvernant est plutôt Gygès que Socrate, plutôt celui qu'il faut contraindre à la vertu que celui qu'il faudrait contraindre à retourner dans la caverne en fuyant une vie philosophique. *Techniquement* – le mot n'est pas fortuit – la transparence est un échec des instruments de la répression ; mais, plus profondément, c'est surtout une défaite de la vertu. La République de la transparence postule le vice, là où celle de l'opacité, d'une rhétorique finalement sous contrôle des philosophes qui n'en doivent pas abuser, repose sur la vertu.

B. Le sachant et le sage

Mais alors, il faut en venir sans doute plus précisément à ce qu'évoque le *technocrate*. Si la sagesse est condition à la maîtrise de l'art politique, cette sagesse du politique n'est-elle que le savoir des sachants et, le cas échéant, parmi eux, des juristes ? Il n'est pas certain, là encore, que ce soit le sens de l'attribution du pouvoir de gouverner au philosophe⁴⁰. En vérité, la technique politique dont parle Platon ne se ramène pas au savoir en lui-même mais à sa mise en œuvre (1). À cet égard, et si elle présente des spécificités, la technique juridique n'est qu'une manière d'informer l'action politique sans la déterminer (2).

1. La *technique*, qu'il s'agisse de la politique elle-même ou de son instrument qu'est la rhétorique, n'est pas *contrainte* mais *instrument au service d'une fin* : l'unité de la Cité. Sans doute est-ce que l'on peut retirer des comparaisons opérées entre la politique et la médecine ou la politique et l'artisanat. Quand la technique devient la fin,

36. Dans la *République*, pour s'assurer d'ailleurs que les sages restent sages, leurs besoins économiques et sexuels, ainsi que leur sécurité sont pris en charge par les autres catégories qui composent la Cité...

37. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique.

38. Loi n° 2017-1339 du 15 sept. 2017 pour la confiance dans la vie politique : il s'agit plus précisément de l'indemnité représentative des frais de mandat, remplacée par un remboursement des notes de frais, en conséquence des révélations formulées au cours de la campagne présidentielle au sujet d'un ancien premier ministre.

39. 359c – 361d.

40. Le raccourci est sans doute un anachronisme dont un épistémologue rendrait mieux compte et que l'on se figure de la manière suivante : Platon n'écrit pas depuis une civilisation dont la « forme » est technique (M. Mauss, « Les civilisations. Éléments et formes », in *Techniques, technologie et civilisation*, prés. N. Schlanger, PUF, 2012, p. 339 et s., précédemment édité in Fondation pour la Science-Centre international de synthèse (dir.), *Civilisation. Le mot et l'idée*, 1^{re} semaine internationale de synthèse, fasc. 2, Paris, La Renaissance du Livre, 1930, p. 81-108). Platon écrit avec comme modèle épistémique les mathématiques, en quête d'un monde intelligible immuable. Sans doute que les mathématiques atteignent sinon une exactitude, du moins une pureté qui peut difficilement être étendue à d'autres savoirs.

il faut se méfier⁴¹ car ce sera probablement une illusion du discours, une rhétorique... et un retour dans la caverne.

La technique limite, conditionne le choix politique ; elle ne le supprime pas⁴². La crise sanitaire révèle assez l'équilibre subtil auquel doit s'efforcer de répondre le pouvoir politique entre la pression résultant de la nécessaire relance de l'économie et les injonctions d'un corps médical, lui-même d'ailleurs divisé. Ainsi, pour exister, la *tekné politiké* ne saurait jamais se réduire à une simple activité de connaissance : cette activité est toujours au service d'un critère d'utilité extérieur à cette connaissance elle-même⁴³. On peut sans doute inférer du but assigné à la technique politique par Platon une inféodation des autres techniques à la politique et aucunement une réduction de la politique à l'excellence technique. Sans aucunement devoir trancher quant à sa sagesse, il apparaît bien que le dirigeant politique fait effectivement de la politique, soit un test d'utilité aux fins de l'unité de la Cité, lorsqu'il accueille l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. L'affirmation par l'Académie des sciences morales et politiques, de la dimension anthropologiquement hétérosexuelle de la filiation et, par contrecoup, du mariage⁴⁴ ne dit rien de la nécessité d'opérer... une révolution anthropologique.

Aux yeux du juriste, la sagesse du philosophe régnant évoque par analogie l'appréciation souveraine reconnue au juge de la force probante des expertises opposées en relation au montant d'un dommage, surtout quand on observe un paradoxe platonicien : appliqués au monde sensible, les chiffres deviennent, eux-mêmes, des reproductions imparfaites, ainsi que les juristes en ont probablement une expérience parmi les plus quotidiennes, à travers le principe de réparation intégrale, l'échelle des peines, la détermina-

tion du régime applicable aux entreprises en fonction de multiples seuils de bilan, en chiffres d'affaires ou en salariés permanents ou, encore plus bel exemple, le principe cardinal du droit comptable qu'est celui... d'image fidèle. La comptabilité tend vers une représentation exacte de la valeur à décompter, consciente qu'elle n'y arrivera jamais. La vérité du chiffre en droit n'est pas celle d'un rapport de correspondance absolue à une réalité mais celle d'une gradation orientée à la recherche d'une justesse relative, dont la fixation intrinsèque demeure... arbitraire.

Ainsi, quitte à affronter l'anachronisme, la perspective du juriste est sans doute riche tant le droit est peut-être devenu le principal instrument de réalisation d'une politique⁴⁵. Là où la loi n'était que l'expression d'un idéal politique, elle a acquis une dimension *technique* au sens moderne du mot, objet d'un savoir spécifique et de procédés d'élaboration particuliers⁴⁶.

Or ce savoir présente-t-il une spécificité dans son intégration à la technique politique qui forme le monopole des sages ?

2. Certes, le droit est au départ une réalité savante avant d'être politique et, en dehors du politique, ce sont des domaines entiers du droit qui se sont construits et structurés sur la base de l'activité du *savant*. Ainsi en a-t-il été presque jusqu'à aujourd'hui, du moins en France, du droit international privé qui a justement été étudié comme un « droit savant » par Oppetit⁴⁷. Ce sont les analyses des hommes de l'art qui ont été matière à penser et à établir des solutions de principe pour les juridictions.

Or, ce savoir du juriste a-t-il jamais raison face au politique, entendu, avant d'y revenir, comme celui qui gouverne la Cité ? Pourrait-il y avoir une « technique » juridique qui prévaudrait sur la

41. Comme il faut se méfier des poètes, qu'il convient de chasser de la Cité bien gouvernée.

42. Pour prendre un exemple, s'il semble fantasque comme alternative à court terme à l'épuisement des ressources naturelles et à la dégradation de l'environnement d'établir une colonie sur Mars, rien n'interdit d'investir dans la recherche spatiale plutôt que dans le développement d'énergies alternatives au nucléaire.

43. Ce que vient confirmer l'analyse de la politique conduite dans *Le politique*, comme science, non pas pratique, mais d'utilisation des autres savoirs.

44. Avis de l'Académie des sciences morales et politiques sur le projet de loi ouvrant le mariage aux personnes du même sexe, du 21 janvier 2013, pt. 6 : « En définitive, le projet de loi procède à un bouleversement du droit qui ne touche pas seulement les couples homosexuels. Aux pères et mères de l'enfant, il tend à substituer les parents. La parentalité prend ainsi la place de la paternité et de la maternité. Il tend à promouvoir un droit à l'enfant qui fait passer celui-ci de sujet à objet de droit. Il conduit à nier la différence biologique entre les sexes pour lui substituer un droit à l'orientation sexuelle de chacun ».

45. Excepté qu'il a gagné en précision ce que l'autre a perdu en noblesse pour devenir : la communication politique.

46. D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, coll. « L'esprit de la cité », Gallimard, 2018.

47. B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI* 1992-III, tome 234, p. 339 et s.

technique politique ? Il faut d'abord préciser ce qu'on entend par « technique juridique ». S'il est inévitable de convoquer François GénY sur le sujet, il n'est pas certain qu'il nous éclaire. Selon GénY, le juriste réalise une double activité : à la science du droit qui correspondrait à ce qu'il appelle « le donné », reviendrait la détermination du contenu des règles de droit à partir des idéaux et faits sociaux ; à la *technique* qu'il désigne comme *construit* reviendrait le travail de transformer en une règle précise le précepte plus général donné par la science⁴⁸. En prenant le risque de formuler une appréciation critique, c'est d'une grande force d'évocation mais d'une charge conceptuelle assez faible et d'une rigueur incertaine : le « donné » de GénY, correspond déjà à un construit, pour passer des faits sociaux à la détermination d'un contenu en termes de règles de conduite. Le sens de la règle procède en effet, en amont même de son édicition, à un travail préalable de qualification, à des choix de systématisation. La frontière établie est particulièrement incertaine.

On préférera donc à cette approche élégante mais vaporeuse celle de Roger Perrot, consistant à envisager dans la technique un procédé de réalisation extérieur à la matière qui en forme l'objet⁴⁹. Cette acception permet en effet d'utiliser englober comme « techniques » deux réalités qui entretiennent des rapports différents avec la politique. En adoptant les comparaisons artisanales qui fleurissent dans les dialogues, on peut distinguer dans la technique du juriste un double travail : la ciselure de la norme, c'est-à-dire la technique législative, et le polissage des catégories, c'est-à-dire la technique juridique. La façon d'écrire la loi répond à ses propres exi-

gences qualitatives dont on peut observer qu'avec plus ou moins de netteté, elles s'imposent au politique⁵⁰ par le biais de la procédure parlementaire.

En revanche, le contenu de la règle de droit, qui forme l'objet de la technique juridique, ne saurait être systématiquement dicté par le sachant au pouvoir politique. Certes, cela ne signifie pas que la politique en sera nécessairement plus sage. *Mais il faudra en prendre acte lorsque le choix politique tend précisément à la subversion de la technique, à l'asservir à lui*. Et ici apparaît finalement l'ambiguïté, sans doute propre au droit, qui conduit à une fusion de sa dimension politique avec sa dimension technique, une « compénétration » des fins et des moyens.

Entendons-nous : il existe la technique de l'avocat, qui rédige ses conclusions, sans doute et certainement de manière parfois exagérément formalisée ; dans une certaine mesure, on trouve même celle de l'universitaire qui accomplit son essentielle fonction critique, et bien sûr, il y a la technique du juge dans la motivation de ses décisions. Elles s'inscrivent toutes dans un champ qui fait de la technique un procédé de réalisation. On ne saurait d'ailleurs contester dans leurs expressions particulières une dimension de politique interne à l'interprétation et à l'articulation des normes, à l'instar de ce qui a pu être identifié comme une politique jurisprudentielle⁵¹.

Mais pour ce qui a trait au contenu de la norme en amont du travail d'interprétation auquel elle se prête, le droit est, plus que n'importe quelle autre « matière », susceptible de voir déstabiliser lui-même ses propres fondements et institutions d'autant plus qu'il n'est pas

48. F. GénY, *Science et Technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Introduction – Première partie, vol. I, Sirey, 1914, p. 96.

49. R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947, p. 13-16, spéc. p. 16, concluant son analyse, l'auteur définit la technique juridique comme « un procédé de réalisation « formel » qui enclot une volonté déterminée par une fin, de manière à lui permettre d'acquiescer une efficacité juridique ».

50. Et ce en dépit du constat désormais galvaudé de l'inflation législative auquel il a déjà été fait allusion (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., p. 107-108), qui méconnaît l'exigence implicite mais pourtant solidement fondée en raison d'une retenue sur le terrain quantitatif à la production des normes.

51. G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré – La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 79-97.

nécessairement soumis à une loi de progrès⁵². Fréquemment, fera corps avec la technique une certaine conception de la prévisibilité – je sais ce qu’est un patrimoine, je sais que l’animal est soumis au régime des biens, je sais ce que dit la jurisprudence de l’intérêt social aujourd’hui et ne veux pas que cela change – qui se trouvera constamment chahutée par une force entropique : le droit est ainsi une discipline dont l’enjeu est d’œuvrer à la prévisibilité, tout en étant agie par l’imprédictibilité.

Pour s’appesantir sur un exemple entre tous, on ne peut que mesurer la faiblesse et, au fond, le caractère assez rudimentaire des objections adressées par les savants juristes à l’ambition de redéfinir, dans le Code civil, l’intérêt social à l’occasion de l’adoption de la loi dite « Pacte »⁵³. Le pouvoir en place a choisi d’affirmer dans la loi que les entreprises prennent en compte les exigences sociales et environnementales dans leur activité. Sous des apparences triviales, viennent d’être rappelés quasi à la lettre les termes du nouvel alinéa 2 de l’article 1833 du Code civil⁵⁴.

En dépit de tout l’intérêt et de toute la science déployée par la doctrine pour réfléchir à l’opportunité et aux périls de cette innovation, il ne fal-

lait sans doute pas un juriste très raffiné pour observer qu’imposer à une société de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux était à la fois imprécis dans sa formulation et imprévisible dans ses conséquences. En vérité, la répétition avec plus ou moins de grâce de ces critiques si élémentaires a peut-être laissé dans l’ombre l’essentiel⁵⁵.

Il est éclairant à cet égard de lire les travaux parlementaires et les échanges intervenus entre le ministre de l’économie et un parlementaire en particulier, d’abord professeur de droit⁵⁶ et, à ce titre, « sachant ». Aux arguments techniques avancés, les représentants de la majorité opposent une volonté. Guère convaincantes sur le terrain de la qualité du texte – dont l’imprécision est patente –, les réponses de la majorité en révèlent en vérité une autre dimension. C’est dans la généralité et dans l’incertitude entourant la portée de ses termes que le texte est voulu.

Face à une telle volonté politique, l’argument technique et le poids de l’érudition pèsent évidemment peu. Reparcourir l’histoire du texte – pour le dire vite, le développement de la RSE – et brandir la sécurité juridique pour un parlementaire comme pour des universitaires reviennent,

52. Là où, normalement, la connaissance scientifique avance par une succession de réfutations systématiques des savoirs que l’on croit acquis (propos qui mérite certainement d’être nuancé par l’histoire des sciences qui se trouve à tort réduite à celle des connaissances dominantes : v. T.S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983), le droit admet des retours en arrière, des pulsations, voire des « tendances régressives » : v. B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l’évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 316-330. La raison en est que la technique du politique prend nécessairement le pas sur le savoir spécifique du juriste à l’œuvre. Ainsi en a-t-il été au sujet de la théorie du patrimoine aux fins de la protection des entreprises individuelles, et, ce n’est pas hasard, dans l’œil du cyclone de la pire catastrophe économique contemporaine. Selon la juste image d’un auteur, il s’agissait bien, en matière juridique, d’une forme de révolution qui, comme toutes les autres, n’était finalement qu’un aboutissement : Ph. Théry, « L’EIRL, ou la prise de la Bastille – Observations rétrospectives sur la théorie du patrimoine », in *Mélanges Philippe Merle*, Dalloz, p. 693-706.

53. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

54. « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

55. Ceci dit avec d’autant plus de prudence que l’auteur lui-même s’était livré à la critique de cette innovation lorsqu’il en avait d’abord été question, en 2014, alors qu’Emmanuel Macron élaborait comme ministre ce qui est devenu la « Loi Macron » : y figurait une disposition semblable dont nous affirmâmes, bien entendu, le caractère trop général, imprévisible, dénonçant le rôle hypertrophié qui en résulterait pour le juge...

56. Il s’agit de M. Daniel Fasquelle et des échanges intervenus avec des parlementaires issus de la majorité et M. le Ministre Bruno Le Maire lors de la séance du 9 octobre 2018. Ainsi M. Fasquelle a-t-il déclaré : « À partir de quand une entreprise aura-t-elle pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux ? Vous créez là une obligation de résultat à la charge des entreprises qui est très difficile à définir. Où placer le curseur ? Ensuite, qui sera responsable ? Vous créez une obligation nouvelle : cela implique nécessairement qu’une personne sera responsable de sa mise en œuvre et aura à rendre compte de ce qui a été fait ou non. À l’intérieur de l’entreprise, c’est le dirigeant. Et à l’extérieur, c’est aussi lui qui engage l’entreprise vis-à-vis des tiers, comme l’énonce très clairement la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation et une directive européenne de 2007. Le dirigeant devra donc justifier, non seulement en interne mais également vis-à-vis des tiers, qu’il a bien pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Qui jugera si le dirigeant, l’entreprise a bien pris en compte ces enjeux ? À un moment donné, on se tournera évidemment vers le juge. Vous êtes donc en train de donner au juge un pouvoir qui devrait revenir au législateur. Qui pourra agir ? Des personnes à l’intérieur de l’entreprise, mais aussi, forcément, des personnes extérieures à l’entreprise. Enfin, comment la non-prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux sera-t-elle sanctionnée ? Cela se fera-t-il au plan civil ou au plan pénal ? Vous êtes vraiment en train de créer un objet juridique non identifié ».

sans doute, à légitimer sous des dehors savants une position qui, au fond, est étrangère au savoir juridique. Le développement d'un contentieux concernant la responsabilité sociale des entreprises n'est pas, en soi, une réalité souhaitable ou condamnable pour des raisons techniques. Elle ne le sera que pour des raisons politiques.

La redéfinition de l'intérêt social met finalement en lumière que technique et politique juridique sont finalement, sur les questions *politiques*, indissociables de sorte que, dans l'impossibilité de vraiment séparer technique et politique en droit, on en est conduit à conclure que la prise en compte du paramètre technique n'est pas un révélateur d'une sagesse. Ce n'est donc bien qu'en aval du choix que la technique du juriste retrouve son empire, dans un travail d'interprétation qui, pour l'heure, conclut finalement dans le sens d'une assez faible portée pratique du texte⁵⁷.

En définitive, la confrontation du sage au sachant n'a pas révélé que la politique est plus sage lorsqu'elle écoute le sachant, ni qu'elle l'est moins, lorsqu'elle s'en détache. Elle a simplement montré que le savoir du sachant n'est pas celui du politique. Pour autant, et plus brièvement, la maîtrise technique n'est-elle pas malgré tout une source de pouvoir ?

II. Le technicien gouverne-t-il ?

Le modèle de la Cité juste repose sur la capacité à faire que chacun en son sein s'occupe de ses propres affaires lorsque chacun s'exerce à la vertu dans ses fonctions : sagesse chez les dirigeants, modération chez les artisans et paysans et courage chez les guerriers (τῇ τε σοφίᾳ αὐτῆς καὶ τῇ σωφροσύνῃ καὶ τῇ ἀνδρείᾳ)⁵⁸. Les sages sont ainsi présentés comme ἄρχοντες⁵⁹. Bien qu'il

faille, nous l'avons exposé, les distinguer au regard de la pensée politique de Platon, les techniciens occupent-ils la place que celui-ci attribue aux sages ?

Les mots ayant comme suffixe « cratie » sont fréquemment porteur d'une ambiguïté. Si certains servent à désigner le titulaire du pouvoir, le « *demos* », les « *oligoi* » ou les « *aristoi* », la plupart englobe de manière indistincte la classe gouvernante comme la méthode de gouvernement : la méritocratie est ainsi à la fois un principe d'accès aux responsabilités et la classe des méritants, tout comme la ploutocratie pour la richesse, à l'instar de la bureaucratie qui renvoie au règne des procédures administratives en même temps que des bureaucrates.

La bureaucratie en particulier vient donner une autre dimension à la technocratie⁶⁰. On peut douter que l'idée de technocratie désigne exclusivement une catégorie de gouvernants au niveau politique sur la base des travaux d'un économiste, John Kenneth Galbraith, consacrée à l'émergence d'une technostructure, d'une classe de gestionnaires en substitution du gouvernement des détenteurs de capitaux⁶¹. En vérité, les analyses de l'évolution des grandes sociétés en rendaient déjà compte sous les plumes de Adolph Berle et Gardiner Means dès 1932, *The Modern Corporation and Private Property*⁶². Une lointaine descendance de cette analyse identifiant la séparation de la *propriété* et du *contrôle* invite à rapprocher l'entreprise privée et la Cité : la notion de *corporate governance* indique que l'entreprise se gouverne elle aussi.

Et l'entreprise se gouverne, comme un État, selon des processus qui vont en se complexifiant : la composition et le fonctionnement des conseils d'administration des sociétés anonymes sont toujours plus complexes, les organes satel-

57. D. Poracchia, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* 2019, n° 6, p. 40.

58. *République*, 433c.

59. « *Arkhontes* », de ἄρχω / árkhō, « commander, être le chef ».

60. En caricaturant, on passe d'une approche anthropologique de la technocratie, comme expression de l'avènement d'une société scientifique, approche grossièrement « comtiste », à une approche de la technocratie d'ordre politique, dans une optique wébérienne.

61. J.K. Galbraith, *Technostructure : Le Nouvel État industriel* (1967, traduction française dès 1969 chez Gallimard). La pensée de Galbraith s'inscrit dans un courant de pensée économique dit « hétérodoxe » : l'institutionnalisme. Il s'agit, au fond, d'avoir une approche « holiste » permettant de ne pas réduire l'économie au mercantile pour inscrire, au contraire, l'activité des agents économiques dans un contexte social donné – pays en voie de développement, couches défavorisées. Les affinités du consommateur ne sont pas figées et absolues : il existe autant de consommateurs que de contextes spécifiques de consommation. Ainsi, face aux gestionnaires qui forment la « technostructure ». Pour une remise en perspective synthétique de place dans l'histoire de la pensée économique, E. Combe, *Précis d'économie*, PUF, 15^e éd., 2019.

62. New York, Harcourt, Brace & Company.

lites qui les entourent toujours plus nombreux (les comités d'audit, les comités de sélection, les comités de rémunération), et l'intervention de « parties prenantes », extérieures à la société pour en évaluer les risques est reconnue de façon toujours plus large par le droit positif⁶³.

Ainsi, le pouvoir du technocrate ne lui viendra pas tant de sa technique que de son inclusion dans un processus de décision toujours plus complexe d'un point de vue institutionnel, qui rend difficile l'identification des lieux du pouvoir. *De procédé, la technique devient procédure, processus, au service d'une relocalisation du pouvoir et d'une transformation de la politique*, la technocratie étant ainsi, finalement, davantage organisationnelle que politique, et divergeant alors fortement du modèle platonicien.

Davantage que gouvernant, le technocrate est un conseiller du Prince (A). Mais l'ampleur prise par la technostructure laisse entrevoir une relocalisation du pouvoir, qui n'est peut-être plus la Cité (B).

A. La technostructure ou le technocrate conseiller du Prince

Richelieu que nous avons relu plus haut traitait de la sagesse du Prince et de celle de ses conseillers. L'impression est pourtant bien que selon Platon, c'est le sage qui « règne » ou qu'à défaut, c'est au roi lui-même qu'il appartient de se mettre à la philosophie. Le sage gouverne-t-il directement ou peut-il n'être que le simple conseiller du prince ? Faut-il ainsi raisonner à partir du sage comme détenteur du pouvoir ou comme simple autorité ?

Dans la *République*, les philosophes sont désignés comme dirigeants. Mais l'évolution qu'a connue la pensée de Platon, dans *Les lois*, où le rôle du philosophe dans la Cité juste semble pouvoir se limiter à conseiller le Roi, comme Platon lui-même l'entreprend auprès de Denis de Syracuse, autorise à envisager le technocrate comme un conseiller du prince. Le parallèle peut alors être conduit avec une « technocratie » envisagée comme un ensemble de contraintes institutionnelles assurant la prise en compte du facteur

technique au niveau politique, ce que révèle le droit positif d'une manière un peu ambiguë. Les instances de Conseil se multiplient mais, fréquemment, dans un cadre exécutif. À réfléchir à l'échelle du souverain, c'est bien toujours en aval du choix politique que s'expriment les instances technocratiques.

Le phénomène qui peut cependant le plus susciter la perplexité est celui des Autorités administratives ou publiques indépendantes. Elles sont nées au départ comme un renouvellement des procédés d'action de l'État dans la vie économique, à partir des années 1960, sur la base d'un constat qui est celui de la complexité croissante des rapports économiques et du caractère constamment évolutif de la pratique des agents économiques⁶⁴. Leur conception est ainsi « technocratique » comme le reflète leur composition : les savoirs s'y croisent avec, toujours, une cohorte de juristes de métiers, au plus haut niveau – conseillers à la Cour de cassation, conseillers d'État, professeurs de droit – et des initiés, des sachants en matière économiques : représentant des banques d'affaires ou des associations d'investisseurs auprès de l'Autorité des marchés financiers, directeurs financiers et commissaires aux comptes auprès de l'Autorité des normes comptables, directeurs commerciaux auprès de l'Autorité de la concurrence. Bien entendu, ces autorités tiennent leur mission de la loi. Et, si ces missions sont variées et étendues – jusqu'à englober au terme de procédures à caractère juridictionnel, le prononcé de sanctions de nature répressives –, elles exerceront systématiquement des fonctions consultatives à l'égard du pouvoir politique. Elles pourront même ponctuellement être appelées à conseiller le juge dans le cadre d'un litige.

Ce rôle n'en est pas moins ambigu. Il est conçu dans une perspective de *régulation*⁶⁵, c'est-à-dire d'intervention sur les marchés, pour en prévenir et en corriger les dysfonctionnements de façon à, finalement, dépolitiser dans une certaine mesure le traitement des difficultés soulevées par l'évolution d'une certaine conjoncture. L'exigence d'indépendance qui en sous-

63. Sans compter l'émergence de nouveaux métiers, qui correspondent à autant de paramètres de l'activité de l'entreprise – la conformité, le *contract management*, la protection des données... Ces métiers sont autant de nouveaux savoir-faire qui répondent au fait que les modèles d'organisation sont toujours plus complexes.

64. Par exemple avec l'avènement des prises de contrôle en bourse dans le domaine financier.

65. V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

tend l'action consiste précisément en une garantie de spécialisation et d'absence d'interférence entre les pouvoirs. Si, lorsque les autorités administratives sanctionnent, le principe de séparation des pouvoirs opère davantage comme une garantie d'impartialité⁶⁶ qui implique leur soumission aux juridictions, la dimension régulatrice de leur activité conduit à en faire un véritable pouvoir qui peut finir par supplanter celui des États. C'est alors la technostructure qui gouverne.

B. La technostructure ou le dépassement de la Cité

La force de la technostructure a, en effet, une réalité politique qui va au-delà d'un pur processus de décision par le pouvoir politique. Peut-être est-elle en train de substituer, dans certains cas, le processus administratif à la décision du souverain.

Les conditions du *Brexit* ont à cet égard offert matière à réflexion, jusque dans les recoins les plus spécifiques du droit des affaires. Le choix politique de M^{me} Theresa May au cours des années 2018-2019 procède fondamentalement d'une idée : l'expression souveraine de la volonté qui s'était exprimée lors du référendum du 23 juin 2016. Elle a poursuivi cette idée, dans une certaine mesure, face à une technostructure européenne lui intimant de manière toujours plus intense d'organiser un second référendum au nom des difficultés à trouver un accord satisfaisant entre le Royaume-Uni et l'Union européenne.

Or l'accord à trouver a comme parties le RU et l'UE, à travers une décision prise au nom de l'Union à majorité qualifiée du Conseil européen⁶⁷. Il s'agit donc, au fond, d'un accord entre sujets du droit international public. Pourtant, dès

cette époque, les institutions européennes avaient déjà établi un palliatif à l'absence d'accord sur un domaine clé, la finance, et sur la base d'un des mécanismes les plus complexes du droit européen et international qu'on appelle « régimes d'équivalence ». La commission européenne – qui est en même temps négociatrice avec Londres – a rendu une décision reconnaissant comme équivalentes les règles anglaises qui s'appliquent aux activités de marché à Londres, permettant ainsi aux entreprises de continuer à pouvoir librement effectuer des échanges outre-Manche. Dans la foulée, différents accords ont été conclus pour rendre effectif l'accès aux structures de marché britanniques par les investisseurs de l'Union européenne, accords conclus entre un sous-organe de l'UE, l'Autorité européenne des marchés financiers, d'une part, et la banque d'Angleterre et la *Financial Conduct Authority*, d'autre part⁶⁸.

En deux mots, la technostructure est ainsi venue éluder, de manière partielle et provisoire, mais éluder quand même, l'une des conséquences les plus redoutées du *Brexit* : la sortie de la place financière de Londres hors de l'UE. L'exemple illustre à la fois un déplacement des lieux du pouvoir et un dépassement d'une vision politique associée à l'organisation de la Cité guerrière. Tandis que le projet de l'Europe est fondé sur la paix, la vision politique de Platon repose sur la recherche d'une unité de la Cité d'autant plus essentielle qu'elle est en état de guerre perpétuelle avec les autres. La force politique de la Cité provient de son unité comme condition de la lutte, une lutte militaire à laquelle doivent d'ailleurs être initiés les sages. La technostructure européenne se fonde sur la paix selon un dépassement des nations. Le technocrate participe d'une structure dont on peut dire

66. Q. Epron, « Les sanctions en droit administratif – Le cas des autorités administratives indépendantes », in D. Fenouillet et C. Chaignais (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 519 et s.

67. En application du retrait volontaire prévu à l'article 50 du TUE qui renvoie quant aux modalités de négociation de l'accord à l'article 218 § 3 TFUE, disposition figurant dans le titre consacré aux accords internationaux. Sur le retrait volontaire, M. Blanquet, *Droit de l'Union européenne*, Sirey, 11^e éd., 2019, n° 65.

68. Nos obs. dans *Banque et droit*, n° 184, mars-avr. 2019, p. 49. Sur la compétence de l'AEMF pour conclure des accords administratifs avec l'autorité d'un pays tiers, F. Drummond, *Droit financier – Les institutions, les activités, les abus de marché*, Economica, 2020, n° 217 et s.

qu'elle n'a pas de Cité. Elle est force qui se déploie dans la paix⁶⁹.

La politique a ainsi pris, grâce à la technos-structure, une forme administrative détachée de la souveraineté. Si l'horizon devait rester celui d'une Cité juste, il se poursuit par substitution des structures aux États et, demain, des techniques aux hommes, ce que semblent souhaiter tous les promoteurs enthousiastes du recours à l'intelligence artificielle : justice prédictive – finalement non humaine si elle est appelée à devenir davantage qu'un processus de traitement massif de données contentieuses; contrats intelligents

– dont l'exécution ne repose finalement plus sur une volonté humaine; et, demain, frappes militaires réalisées sans décision humaine, à défaut de tout consensus suffisant au niveau international pour élaborer une convention sur l'interdiction des frappes létales par des armes autonomes⁷⁰.

Ainsi, dans sa forme parachevée et sans doute dystopique, la société technocratique s'entendra peut-être du règne de la technique, sans même la médiation du technocrate. Si l'instrument devient lui-même maître de ses propres fins, la caverne sera définitivement obstruée.

69. Davantage que par l'organisation et l'incarnation toujours transitoires du pouvoir, c'est le mouvement à l'œuvre qui peut être exprimé par un changement de philosophie, selon les analyses de Paul Ricoeur : la guerre est le thème lancinant de la philosophie politique, et la paix celui de la philosophie du droit, in *Le juste*, éd. Esprit, 1995. En vérité, le visage technocratique de nos institutions traduit la recherche de la paix par un droit détaché du souverain, plutôt que l'affirmation politique de la Cité par ses lois. Peut-être que de la République des sages à la technocratie, il y a finalement un changement qui affecte les modes de gouvernement, en oblitérant et en rendant seconde la figure du gouvernant.

70. Notons cependant qu'en novembre 2019, 11 principes ont été agréés par consensus dans le cadre du Groupe gouvernemental d'experts sur les Systèmes d'armes létaux autonomes, dans le cadre Convention de 1980 sur certaines armes classiques (CCAC) de l'ONU.

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Platon était-il technocrate ?

Raphaël Ehrsam

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne
Centre Emmanuel Levinas

Platon était-il technocrate ? Répondre à cette question exige que l'on clarifie les significations possibles du concept de « technocratie » et que l'on précise les enjeux de l'application rétrospective et anachronique de ce concept à celui qui fut l'un des premiers, sinon le premier, théoricien du politique.

Le concept de « technocratie » peut servir à penser et désigner, sans que les différentes acceptions s'excluent les unes les autres : (1) Une forme de gouvernement pour laquelle *les actions politiques prioritaires constituent des décisions techniques et scientifiques*, le progrès en technico-scientifique étant censé avoir pour conséquence le mieux-être général ; un gouvernement, par conséquent, pour lequel la bonne administration des affaires publiques doit avoir pour conséquence l'essor du savoir et des techniques. (1') Un régime politique au sein duquel le pouvoir est confié à un groupe de *scientifiques, techniciens et ingénieurs*¹. (2) Une forme de gouver-

nement qui *conçoit la pratique du pouvoir comme un système de détermination de moyens efficaces* pour atteindre une certaine fin consensuelle (« la prospérité », « l'élévation du niveau de vie de tous », etc.), par analogie avec la manière dont le bon technicien est celui qui sait au mieux résoudre une question technique, ou par analogie avec la manière dont la meilleure technologie est celle qui constitue le meilleur moyen de réaliser une certaine tâche. (2') Un régime politique qui confie le pouvoir à un groupe de *spécialistes de l'économie, de la gestion, de l'administration*². (3) Une forme de gouvernement qui *se défie des prises de décision issues de la vie démocratique* de la communauté politique, et/ou qui s'efforce autant que possible de *dissocier république et démocratie*. Dans une perspective technocratique, la « dose » de *démocratie admissible dans la vie collective doit consister à sélectionner un groupe d'experts* au sein d'une palette d'options disponibles, moyennant

1. En 1819, Claude Henri de Saint-Simon estime que le progrès politique devrait coïncider avec le fait de mettre au premier plan le progrès de l'industrie, des sciences, des arts et des métiers. Plutôt que de confier le pouvoir à des autorités spirituelles ou aux descendants de l'ancienne noblesse, centrés sur l'activité militaire, il conviendrait que le peuple s'organise en désignant des « chefs des arts et métiers » ; Saint-Simon recommande un gouvernement en trois conseils, le premier (composé d'ingénieurs-artistes) chargé de proposer des inventions techniques, scientifiques et industrielles, le second (composé de savants) chargé d'examiner les inventions en question, et le troisième (composé d'artisans et de maîtres d'œuvre) chargé de les exécuter (*L'Organisateur* (1819), in A. Enfantin, B.-F. Arlès-Dufour et A. Guérout (éds.), *Œuvres de Saint-Simon et Prosper Enfantin*, Paris, E. Dentu et E. Leroux, 1865-1878, vol. XX, p. 50 sq).
2. La mise en place de l'École Nationale d'Administration en France, en 1945, en vue de former les hauts fonctionnaires de l'État et de former un vivier du sein duquel pourraient émerger une pléiade de futurs ministres et chefs de l'État, correspond étroitement à cette idée de la politique et du gouvernement. Les épreuves d'admissibilité et d'admission à l'ENA, centrées sur le droit et l'économie, visent à former en quelque sorte des « techniciens compétents de l'action publique ».

quelques préférences marginales touchant certains aspects de la vie sociale, plutôt que des préférences touchant l'organisation générale du vivre-ensemble. (3') Un régime politique qui confie le pouvoir à un *groupe de spécialistes*, que ceux-ci soient conçus comme spécialistes de la *politique*, spécialistes de l'*économie*, ou spécialistes *scientifiques et techniques*³.

Dans les acceptions (1), (2) et (3), la technocratie est définie et décrite du point de vue des technocrates eux-mêmes, comme mode de gouvernement ou régime politique permettant d'atteindre un *optimum*.

À ces trois premières caractérisations possibles, il convient d'ajouter une quatrième, spécifiée cette fois du point de vue des critiques de la technocratie. L'idée d'un mode de gouvernement fondé sur « l'expertise » peut en effet être analysée comme servant de paravent à : (4) Un mode de gouvernement au sein duquel un certain groupe social – une certaine aristocratie, industrielle, financière ou intellectuelle – accapare le pouvoir politique au moyen d'une idéologie précise : celle, précisément, qui assimile (à tort) légitimité politique et « compétence » technicienne. (4') Un régime politique qui confie le pouvoir à une *classe sociale privilégiée* animée par une idéologie de la compétence élitiste et anti-démocratique⁴.

Se demander si Platon était technocrate revient donc à se demander si l'on trouve, dans les textes du philosophe consacrés à la politique, des éléments confortant l'une ou plusieurs des notions de la technocratie avancées ci-dessus.

Les spécialistes de Platon, pour la plupart, ont évité de soulever la question⁵, probablement en raison de sa dimension anachronique. Certains pourtant, en réponse à Popper et Hayek⁶, ont accepté de se demander si Platon était un penseur totalitaire⁷, autoritariste⁸, voire un penseur hostile à toute vie politique quelle qu'elle soit⁹. Il nous paraît donc légitime, en dépit de la dimension anachronique de la question, de nous demander ce qui, dans la pensée platonicienne, préfigure (ou trouve un écho dans) les conceptions et pratiques technocratiques contemporaines. Quoiqu'un tel questionnement rencontre certaines limites épistémiques et herméneutiques (il ne va pas de soi de faire usage de catégories contemporaines pour décrire une pensée formée y a plus de deux mille ans), la tentative d'éclairer politiquement le présent par le passé (et réciproquement) compte parmi les *lieux communs* de la pensée politique *a minima* depuis la Renaissance. On pourra en conséquence remarquer, à l'instar de certains penseurs contemporains de la technocratie : – que Platon envisage l'existence d'une *science du politique*; – qu'il présente la *compé-*

3. J. Rancière évoque, dans *La haine de la démocratie* (Paris, La Fabrique, 2005), la façon dont l'idée d'une sélection par l'élection des « meilleurs de la nation » (p. 59) s'est constituée en opposition à l'idéal démocratique d'une participation du peuple aux décisions variées le concernant : « les Pères fondateurs [américains] et nombre de leurs émules français voient justement [dans l'élection] le moyen pour l'élite d'exercer en fait, au nom du peuple, le pouvoir qu'elle est obligée de lui reconnaître mais qu'il ne saurait exercer sans ruiner le principe même du gouvernement » (p. 60).

4. En 1964, dans son célèbre ouvrage : *L'homme unidimensionnel* (tr. M. Wittig, Paris, Minuit, 1968), H. Marcuse soutient que « le voile technologique dissimule l'inégalité et l'esclavage » (p. 57). Dans nos sociétés contemporaines, l'« univers d'administration » (p. 47) organisé selon le principe de la supposée compétence technique fait que « la domination de la société sur l'individu est plus grande que jamais » (p. 16). « La rationalité technologique est devenue une rationalité politique » (p. 22), une rationalité au sein de laquelle dominent les intérêts économiques capitalistes. J. Habermas, de même, estime que le progrès social et démocratique, dans les sociétés capitalistes de l'après-guerre, se trouve mis en danger par le fait que « les rapports de production existants sont présentés comme les formes d'organisation *techniquement nécessaires* d'une société rationalisée » (*La technique et la science comme « idéologie »*) (1968), tr. J.-R. Ladmiral, Paris, Gallimard, 1973, p. 7).

5. Ceci, en dépit des travaux consacrés en totalité ou en partie à la pensée platonicienne de la technique : P. Lachize-Rey, *Les idées morales, sociales et politiques de Platon*, Paris, Boivin, 1938 ; H. Joly, *Le renversement platonicien*, Paris, Vrin, 1974 ; A. Balansard, *Technè dans les dialogues de Platon*, International Plato Studies, Akademie Verlag, 2001 ; E. Helmer, *La part du bronze. Platon et l'économie*, Paris, Vrin, 2010.

6. K. Popper, *La Société ouverte et ses ennemis* (1945), t. I, tr. J. Bernard et P. Monod, Paris, Seuil, 1979, rééd. 2018 ; F. Hayek, *La Route de la servitude* (1946), tr. G. Blumberg, Paris, PUF, 1985, p. 114 ; v. également T.L. Thorson (éd.), *Plato : Totalitarian or Democrat ?*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1963.

7. T. Sasaki, « Plato and Politeia in Twentieth-Century Politics », in *Études platoniciennes IX. Platon aujourd'hui*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, p. 147 et s. ;

8. M.-P. Edmond, *Le philosophe-roi. Platon et la politique*, Paris, Payot, 1991 ; D. El Murr, *Savoir Gouverner. Essai sur la science politique platonicienne*, Paris, Vrin, 2014.

9. Wayne A.R. Leys, « Was Plato Non-Political ? », *Ethics*, LXXV (1965), p. 166 et s.

tence politique par analogie avec la compétence technique du médecin ; – qu'il nourrit une *méfiance profonde à l'encontre de la démocratie* ; – qu'il détermine l'éducation des dirigeants idéaux de la cité idéale comme supposant l'acquisition d'une série de *savoirs*. Platon semble ainsi, à bon droit, pouvoir être considéré comme un lointain inspirateur de certaines idées technocratiques contemporaines¹⁰. Cependant, diverses objections à ce diagnostic peuvent également être puisées dans le *corpus* platonicien lui-même : – Platon refuse de confier le gouvernement de la cité aux artisans ; – il s'efforce même de distinguer fermement politique et économie, la politique ne devant en aucun cas être subordonnée aux impératifs de l'activité productive ; – il estime que les philosophes ne sont dignes d'exercer le pouvoir politique que s'ils se trouvent ne pas le désirer. Dès lors, comment juger ? Platon a-t-il préfiguré la technocratie, ou annonçait-il plutôt certaines des attaques formulées plus tard par les penseurs critiques vis-à-vis de celle-ci ?

I. Examinons en premier lieu l'ensemble des éléments qui font obstacle à l'établissement d'un portrait de Platon en penseur technocrate.

a/ Pour Platon, une cité parfaitement organisée ne devrait en aucun cas soumettre le gouvernement aux impératifs de l'économie et de la production (*contra* 1 et 1').

Au moment de décrire, dans *La République*¹¹, ce qui constitue, selon lui, la distinction des occupations dans la cité, Socrate distingue trois catégories d'hommes. (i) Une première catégorie d'hommes chargés de pourvoir aux besoins de la cité : à savoir les artisans¹², commerçants¹³ et

spécialistes techniciens de toutes sortes. (ii) Une seconde catégorie d'hommes chargés de défendre la cité ou de l'étendre par le moyen de la guerre¹⁴. (iii) Une troisième catégorie d'hommes chargés de gouverner la cité¹⁵, et par conséquent d'organiser les rapports entre toutes les parties de celle-ci¹⁶.

Par le moyen de cette distinction, Socrate sépare la classe des dirigeants et celle des artisans et des techniciens (ingénieurs, architectes, médecins, armateurs, etc.). Les décisions des gouvernants doivent être fondées sur une sagesse originale¹⁷ ; si on laissait la tâche de gouverner aux membres de la classe productrice, commerçante et technicienne, la politique se muerait en recherche d'une fin sensible telle que le confort ou le bien-être. La « justice » coïncide plutôt, sur le plan de l'organisation sociale, avec le fait que chaque catégorie d'hommes demeure dans ses limites propres (« la justice consiste à d'occuper de ses tâches propres »¹⁸) ; s'il paraît absurde de vouloir confier les rênes de la cité aux militaires¹⁹, il serait pour Platon *a fortiori* plus destructeur encore de les confier à un artisan. Que le charpentier se préoccupe uniquement d'être charpentier²⁰, le cordonnier d'être cordonnier, le militaire d'être militaire, et le dirigeant politique de diriger, et que l'on évite à tout prix la confusion des ordres :

« la cité se procure à elle-même le plus grand bien que, dans le cas [...] de l'artisan, du dirigeant [...], chacun s'occupe de ce qui le concerne particulièrement et ne se disperse pas dans des tâches diverses. »²¹

« la justice [...] consisterait pour chaque classe – celle de l'homme d'affaires, celle du militaire auxiliaire, celle du gardien, – à exercer ses propres

10. V. J. Meynaud, *La technocratie. Mythe ou réalité ?*, Paris, Payot, 1964, p. 214 ; J.G. Gunnell, *The Technocratic Image and the Theory of Technocracy*, Baltimore, John Hopkins UP, 1982, p. 393 ; V. Dusek, *Philosophy of Technology. An Introduction*, Oxford, Blackwell, 2006, p. 39.

11. Platon, *La République*, tr. G. Leroux, Paris, Flammarion, 2002, éd. corrigée 2004.

12. Platon, *La République*, *op. cit.*, p. 141, 371 a.

13. *Ibid.*, 371 d.

14. *Ibid.*, p. 146, 374 c.

15. *Ibid.*, p. 169 et p. 230, 389 b et 429 a.

16. *Ibid.*, p. 229, 428 d. V. également Platon, *Le Politique*, tr. M. Dixsaut et alii, Paris, Vrin, 2018, 305 e.

17. Platon, *La République*, *op. cit.*, p. 227-230, 428 a-e.

18. *Ibid.*, p. 237, 433 a.

19. *Ibid.*, p. 239, 434 b.

20. *Ibid.*, 434 a.

21. *Ibid.*, p. 238, 433 d.

activités dans la cité ; c'est cela qui rendrait la cité juste. »²²

On comprend, dès lors, les jugements de ceux qui ont rangé Platon du côté des adversaires de la confusion entre technique et politique :

« On se souvient de la méfiance de Platon à l'endroit des techniciens qui risquent de pervertir la Cité en encourageant un « vorace appétit d'or et d'argent », et on salue son intuition prémonitoire : la technique ne peut se développer sans prétendre à s'imposer comme une force hégémonique, ruineuse pour les valeurs morales et politiques (cf. *Les Lois* VIII-IX). La recherche de « garde-fous » éthiques ou l'invention d'instances de contrôle axiologique, destinées à l'empêcher de se constituer en force autonome, définissent l'essentiel de l'héritage intellectuel que les Grecs nous ont légué à propos de la technique. »²³

b/ Pour Platon, les gouvernants doivent se préoccuper de déterminer les *fins* de la vie politique elle-même tandis que la technique ne se soucie que des questions touchant aux *moyens* en vue d'atteindre une fin déjà donnée (*contra* 2 et 2').

Que la philosophie se préoccupe, chez Platon bien avant Kant, des *fins* de l'existence humaine (individuelle ou politique), on peut en trouver, dans *La République* elle-même, une preuve forte dans le fait que Socrate récuse tout questionnement relatif à l'utilité de la philosophie. Lorsqu'Adimante²⁴ remarque que les philosophes sont souvent considérés comme des gens inutiles (ce qui semble les rendre inaptes à s'occuper de diriger les affaires de la cité), Socrate montre progressivement qu'en réalité, la question de savoir ce qui est utile ou inutile dépend ultimement de la nature des fins que l'on peut vouloir se fixer²⁵. Selon la formule de Monique Dixsaut, l'utilité propre de l'intelligence (philosophique et politique), c'est de pouvoir déterminer ce qu'est le bien, et donc la véritable utilité²⁶. Les diri-

geants politiques philosophes ne sont pas de suprêmes techniciens : ils sont plutôt les seuls capables de définir la juste hiérarchie des *téloi* présidant à l'usage et à l'agencement des techniques. L'articulation entre philosophie, politique et téléologie constitue, dès lors, l'un des principaux arguments de ceux qui souhaitent présenter Platon comme un *juge des techniques* plutôt que comme un père lointain des conceptions technocratiques modernes. Pour Étienne Helmer, si l'on suit Platon, une seule conclusion (anti-technocratique) s'impose :

« Seule une politique intelligente et autonome, c'est-à-dire qui prescrit leurs fins aux pratiques économiques, pourrait nous faire échapper aux conflits de tous ordres que ces dernières provoquent dans les cités mal gouvernées : conflits militaires, politiques, sociaux et psychiques. Qui, hormis les tenants de l'autorégulation des mécanismes économiques, pourrait aujourd'hui dresser le constat contraire ? »²⁷

Pour Helmer, Platon constituerait en quelque sorte un recours contre les dérives économiques libérales, souvent parentes des discours technocrates. Dans la même veine, pour Pierre Lachize-Rey, l'un des objectifs majeurs de Platon aura été de déterminer la « hiérarchie des techniques »²⁸. Non content de nous mettre en garde contre la tentation selon laquelle, sans la sagesse philosophique, « chacun des techniciens aurait la prétention de remplir dans l'ordre social le rôle le plus important et le plus éminent »²⁹, Platon aurait eu à cœur, dans *Le Politique* notamment, de rappeler que la fabrication est subordonnée à l'usage, et que par conséquent, « ce qu'il faut simplement affirmer sans réserves, c'est que les différentes techniques, abstraction faite de la sagesse, ne sont jamais que des moyens et ne peuvent jamais fournir une fin »³⁰.

c/ Certes, Platon estime que les dirigeants de la cité parfaitement justes devraient être des philo-

22. *Ibid.*, p. 239, 434 c. V. également Platon, *Le Politique*, op. cit., p. 171, 289 e – 290 a, où l'Étranger met en garde contre les prétentions des « changeurs, commerçants, armateurs, revendeurs » à exercer eux-mêmes l'art politique.

23. J.-M. Besnier, « Philosophie de la technique », in S. Mesure et P. Savidan (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, p. 1144.

24. Platon, *La République*, op. cit., p. 319-320, 487 b-d.

25. *Ibid.*, p. 346-347, 505 a.

26. V. M. Dixsaut, *République Livres VI et VII. Traduction et Commentaire*, Paris, Bordas, 1986.

27. É. Helmer, *La part du bronze. Platon et l'économie*, Paris, Vrin, 2010, p. 267.

28. P. Lachize-Rey, *Les idées morales, sociales et politiques de Platon*, op. cit., p. 69.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*, p. 86.

sophes ; mais il ne considère pas la philosophie elle-même comme une compétence de nature technique (*contra* 1, 2, 3 et 4). Seule la sophistique prétend être technique de toutes les techniques, technique suprême d'application universelle.

Dans le *Charmide*, Socrate prend soin d'amener Critias à distinguer la sagesse (*sophrosunè*) et les formes de savoir (*épistémaï*) enveloppées dans les arts (*tekhnai*) tels que l'architecture ou la médecine³¹. Pour Critias, la sagesse est une sorte de polyvalence, « la science de toutes les connaissances »³², qui absorbe en elle toute une variété de savoirs techniques particuliers. Pour Socrate, au contraire, l'idée d'une technique de toutes les techniques, ou d'un savoir de toutes les sciences, n'est qu'un rêve. Le philosophe n'est pas un sophiste : il ne doit pas rêver de se *substituer* au pilote, au médecin ou aux savants d'aucun art³³. La maîtrise dialectique, qui consiste pour le philosophe principalement à savoir interroger et répondre, ne doit pas être comprise comme une *tekhnè*. Suivant le commentaire avisé de Monique Dixsaut :

« La distinction entre *technè* et *philosophia* [chez Platon] ne se réduit pas à la distinction entre un savoir partiel et un savoir total ; pas davantage à celle entre un savoir qui est savoir de quelque chose et un savoir qui serait savoir des autres savoirs et de lui-même. Car une telle distinction s'effectuerait entre la *technè* et la *sophia*, non pas entre la *technè* et la *philosophia*. [...] La *philosophia* n'existe que de sa rupture avec une prétention à l'universalité (celle même de la *sophia*), et de sa rupture avec une définition du savoir comme science positive et rationnelle (celle même qu'induisent les *tekhnai*). La dialectique réservée au seul philosophe ne vient pas couronner une classification des sciences [...]. »³⁴

d/ Le philosophe, destiné à gouverner la cité, n'est pas censé, selon Platon, être mu par le désir d'accaparer le pouvoir en se servant de sa sagesse

comme d'un moyen d'asseoir sa légitimité (*contra* 4-4'). Le philosophe se définit avant tout par ce que Platon nomme son « naturel », c'est-à-dire par l'orientation générale de ses désirs. Il n'aspire pas aux honneurs, ne recherche ni l'argent, ni les plaisirs matériels, ni en général la puissance³⁵. Dans la fable du navire à la dérive, Socrate représente le philosophe comme le seul qui n'aspire pas à s'emparer du gouvernail par la violence, alors même qu'il serait le seul en état de proprement le manier³⁶. En général, « la cité au sein de laquelle s'apprentent à gouverner ceux qui sont le moins empressés à diriger, c'est celle-là qui est administrée de la meilleure façon »³⁷. Le thème du roi-philosophe, selon une certaine lecture de la *République*³⁸, serait moins l'éloge d'une forme spéciale de compétence que l'énoncé d'un paradoxe : seules sont dignes d'exercer le pouvoir les personnes qui ne le convoient en rien.

Si l'on s'en tient principalement aux quatre points mis ici en avant, il semble donc que l'on puisse au moins distinguer le projet platonicien des sens 1-1', 2-2' et 4-4' de la technocratie. La politique platonicienne ne se réduit pas à l'économie et à la gestion, elle ne constitue pas un effort de détermination des moyens pour une fin bien entendue, enfin elle ne semble pas, à première vue, relever d'un projet idéologique de confiscation du pouvoir en faveur d'une classe privilégiée ; par conséquent, il paraît délicat de projeter sur elle l'un ou l'autre des concepts contemporains de la technocratie.

Pourtant, la chose est plus compliquée qu'il n'y paraît à première vue.

II. Examinons à présent les éléments qui confèrent un sens à l'application de l'épithète technocratique à la pensée politique platonicienne.

a/ Platon estime qu'un certain nombre de décisions majeures, au sein de la cité, doivent être

31. Platon, *Charmide*, 166 a-b.

32. *Ibid.*, 166 e.

33. *Ibid.*, 173 a-b.

34. M. Dixsaut, *Le naturel philosophe*, Paris, Vrin, 1985, p. 66.

35. Platon, *La République*, *op. cit.*, p. 316-318, 485 b – 486 b.

36. *Ibid.*, p. 320-322, 488 a-e.

37. *Ibid.*, p. 367, 520 d.

38. M.-P. Edmond, en mettant en avant le fait que « le philosophe-roi n'aime pas le pouvoir » (*Le philosophe-roi*, *op. cit.*, p. 181), entend répondre aux « critiques adressées par certains commentateurs à la cité platonicienne, [critiques qui] ne visent, en réalité, qu'une interprétation millénariste [...] de cette cité qui en fait une sorte de camp de concentration du Bien » (p. 180).

prises sur la base de la compétence technique pure, si bien qu'il vaut mieux en laisser le soin aux techniciens de chaque domaine plutôt que les faire dépendre du vote populaire.

Afin de bien saisir ce point, il convient de noter que dans l'Athènes des ^{v^e} et ^{iv^e} siècles av. J.-C., les magistrats chargés de domaines spéciaux, de même que les officiers, pouvaient être nommés soit sur la base du tirage au sort, soit à la suite d'une enquête (notamment de compétence) à laquelle étaient soumis les fonctionnaires, nommée la « docimasie ». Or, entre ces deux procédures, il apparaît que la préférence de Platon va nettement à la docimasie. Selon Socrate dans le *Lachès*, le choix d'un homme pour un poste de responsabilité doit être fondé sur la « science » (*épistémè*) qu'on lui prête, tout comme sur la science d'après laquelle on le juge, plutôt que sur le nombre plus ou moins grand des suffrages en sa faveur³⁹. Le *Politique* considère le tirage au sort comme une extravagance⁴⁰. Dans le *Gorgias*⁴¹, Socrate proclame la nécessité de déterminer la sélection des décideurs en fonction de la compétence :

« quand on réunit des citoyens pour sélectionner des médecins, des constructeurs de navires, ou toute autre profession [...], il est évident qu'il faut, dans chaque cas, choisir le meilleur spécialiste. De même, s'il s'agit de construire des murailles, d'aménager des ports et des arsenaux [...] et pour le choix des généraux. »⁴²

Le « meilleur spécialiste » se dit en grec *technikôtaton*. Socrate, ainsi, ne se contente pas de contester la légitimité des orateurs prétendant intervenir au sein des débats publics. Selon Arnaud Macé, il conteste aussi et surtout la pratique démocratique athénienne de tirage au sort, lui préférant la « procédure par laquelle l'Assem-

blée désignait [...] les magistrats et les officiers chargés de fonctions techniques : les chefs militaires, les superintendants des Arsenaux (chargés aussi de la flotte) ainsi que les médecins publics »⁴³. On voit ici la convergence entre les vues de Platon et les sens 1', 3 et 3' évoqués plus haut.

b/ Platon conçoit, entre autres, l'éducation des naturels philosophes destinés à administrer la cité idéale, comme une suite d'acquisitions et de développements d'aptitudes et de compétences, dont certaines ont une destination technique.

Certes, il serait erroné et réducteur de considérer l'éducation des naturels philosophes comme une éducation principalement tournée vers les impératifs pratiques que les dirigeants pourront avoir à affronter dans la gestion courante des affaires. Leur éducation possède avant tout une finalité morale : elle doit les rendre doux et courageux par le moyen de l'éducation gymnique et musicale⁴⁴, faire qu'ils ne soient pas « amoureux du pouvoir »⁴⁵ et qu'ils se soucient davantage de la vérité et du savoir que des affaires courantes.

Pourtant, l'éducation des futurs philosophes doit aussi leur donner les « meilleurs moyens d'administrer une cité »⁴⁶ en un sens technique. L'arithmétique et la géométrie préparent certes l'intelligence à la contemplation des essences ; mais elles destinent également les jeunes pépites à devenir de fins hommes de guerre⁴⁷. L'astronomie élève certes l'âme à la contemplation des réalités éternelles ; mais elle permet tout autant aux futurs philosophes de comprendre les principes de l'agriculture, de la navigation et de la stratégie militaire⁴⁸. Dans le *Politique*, l'Étranger estime qu'à un certain degré, tous les arts spécialisés « doivent être posés comme étant auxiliaires

39. Platon, *Lachès*, 184 e.

40. Platon, *Le Politique*, op. cit., 298 e.

41. Platon, *Gorgias*, tr. M. Canto, Paris, GF-Flammarion, 1987, éd. mise à jour en 1993.

42. *Ibid.*, p. 142, 455 b-c.

43. A. Macé, « La surpuissance morale des âmes savantes à l'aune de la procédure athénienne d'examen public des compétences techniques », in *Études platoniciennes IV. Les puissances de l'âme selon Platon*, Paris, Les Belles Lettres, 2007, p. 75.

44. Platon, *La République*, op. cit., p. 368, 521 d – 522 a.

45. *Ibid.*, p. 368, 521 b.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*, p. 375, 525 b.

48. *Ibid.*, p. 379, 527 d.

[de l'art politique], car sans eux, il n'y aurait ni cité ni art politique »⁴⁹.

De façon générale, la sélection des enfants destinés à être éduqués pour devenir les futurs dirigeants de la cité est conçue comme un repérage d'« aptitudes » exceptionnelles⁵⁰, notamment intellectuelles; la majeure partie de la population est exclue de la politique du fait que le « naturel » (*physis*) du plus grand nombre se caractérise par un défaut d'aptitudes, notamment un défaut de finesse, de mémoire, de capacité de raisonnement⁵¹. De même que celui « qui ne possède pas le savoir de chaque art »⁵² ne peut utiliser convenablement un instrument technique, de même, celui qui ne possède pas les capacités intellectuelles requises ne peut prétendre à l'éducation philosophique. Il convient en conséquence d'apporter « une expertise et un soin de la plus grande importance »⁵³ à la tâche consistant à « sélectionner quelles dispositions naturelles, et quelle sorte de dispositions, sont requises pour la garde de la cité »⁵⁴.

Enfin, il est à remarquer que Socrate entend ne pas confier les rênes de la cité à des individus de moins de cinquante ans⁵⁵, afin qu'ils puissent avoir excellé dans « toutes les fonctions »⁵⁶, « aussi bien dans les tâches concrètes que dans les sciences »⁵⁷.

Cette conception de la formation idéale des dirigeants converge singulièrement avec les points 1' et 3' évoqués plus haut.

c/ Platon affirme l'existence d'une science de la chose politique, et conçoit cette science par analogie avec la compétence technique spécialisée.

Même s'il ne conçoit pas la philosophie elle-même comme un savoir de nature technique⁵⁸, Platon conçoit tout de même la compétence politique par analogie avec la compétence technique. Ce point se dégage de toute une série variée de dialogues, mais se précise tout particulièrement dans *Le Politique*. Pour l'Étranger, se mettre en quête de l'homme politique, c'est définir l'art (*technè*) qui est le sien parmi d'autres⁵⁹, et comprendre par conséquent quelle est la nature technique de la science (*épistémè*) qui est la sienne. Son art est nommé « royal », de même que la science qui le caractérise peut être dite « royale »⁶⁰; cet art, qui consiste à assurer l'unité des différentes parties de la cité en vue du Bien, peut être conçu par analogie avec toute une série d'autres arts, notamment l'art pastoral de l'élevage et de la conduite des troupeaux⁶¹ et l'art du tissage⁶². Au sein du mythe rapporté par l'Étranger, la fiction d'un âge idéal au sein duquel le troupeau humain aurait été conduit par des « pasteurs divins »⁶³, exprime le rêve platonicien d'un gouvernement idéal par le savoir, où il n'y aurait « nul besoin de constitution politique »⁶⁴.

49. Platon, *Le Politique*, *op. cit.*, p. 161 ; 287 d. V. D. El Murr, « Adieu au Pasteur ? Remarques sur le pastorat politique dans le *Politique* de Platon », in M. Dixsaut, A. Castel-Bouchouchiet et G. Kéviorkan, *Lectures de Platon*, Paris, Ellipses, 2013, p. 183, au sujet des arts auxiliaires associés de près ou de loin à l'art politique.

50. Platon, *La République*, *op. cit.*, p. 315, 485 a.

51. V. également Platon, *Le Politique*, *op. cit.*, p. 183, 292 e (nous soulignons) : « L'Étranger – Peut-on croire que dans une cité une masse de gens soit capable d'acquiescer cette science [la science politique] ? Socrate le Jeune – Comment le serait-elle ? L'Étranger – Mais se peut-il que dans une cité d'un millier d'hommes une centaine ou même une cinquantaine soient capables de l'acquiescer de façon satisfaisante ? Socrate le Jeune – À ce compte, elle serait la plus facile de toutes les techniques ».

52. Platon, *La République*, *op. cit.*, p. 146, 374 d.

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*, 374 e.

55. *Ibid.*, p. 398, 540 a.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*

58. V. *supra*, I, c/.

59. Platon, *Le Politique*, *op. cit.*, p. 43, 258 d-e.

60. *Ibid.*, p. 45, 259 c.

61. *Ibid.*, p. 57 et 79, 261 e et 266 e.

62. *Ibid.*, p. 127, 279 b.

63. *Ibid.*, p. 99, 271 d.

64. *Ibid.*, 271 e.

La sortie de cet âge d'or, au terme de laquelle les hommes se voient privés du soin des pasteurs divins⁶⁵, coïncide avec un état où les hommes se trouvent pendant un temps « sans industrie et sans arts » (*amèchanoi kai atechnoi*). La tâche des gouvernants doit être de pallier l'absence des pasteurs divins par le développement de l'art politique, désormais conçu par analogie avec l'art du médecin⁶⁶. De même que le médecin possède la connaissance de ce qui est bon pour le corps (alimentation, exercices physiques, opérations chirurgicales à mener, etc.), le bon gouvernant doit disposer de connaissances l'aidant à bien juger de la manière de conduire les hommes. Cette analogie se retrouve au cœur du *Gorgias*, lorsque Socrate, se présentant comme le seul athénien à avoir jamais vraiment eu le souci de « l'art politique »⁶⁷, se compare lui-même à un médecin. En démocratie, lorsque le peuple porte jugement, l'homme politique compétent risque toujours d'être accusé à tort d'avoir pris de mauvaises mesures; de même, le médecin peut être jugé défavorablement par une assemblée d'enfants à qui il aura recommandé de s'abstenir de confiseries⁶⁸.

Puisque, dans la plupart des cités réelles, il est impossible de trouver un homme d'exception expert dans l'art politique, on devra se contenter de fonder l'existence commune sur des *lois*; mais elles-mêmes ne seront bonnes qu'à proportion du fait que le législateur les aura « rédigées avec compétence [*méta technès*] »⁶⁹. Dans *Les Lois*⁷⁰, l'Athénien clame que la vertu capitale pour établir la législation est celle de la réflexion et de

l'intellect⁷¹; l'incompétence produit la ruine, de sorte que le législateur doit s'efforcer d'éradiquer en lui et en autrui toute forme de « déraison »⁷². Le régime des *Lois* se prévaut du « titre à commander [...] le plus considérable de tous : celui qui enjoint à l'ignorant de suivre, et à l'homme sensé de le guider et de le commander »⁷³. La conclusion générale de l'ouvrage institue l'idée d'épistémocratie ou de noocratie, gouvernement des citoyens au sein duquel la légitimité dérive de l'épistémè et du *noûs* (intelligence, esprit, savoir). Les lois les meilleures doivent reconnaître que « l'intelligence [...] fait office de pilote, de médecin, de général »⁷⁴.

Il est donc indéniable que la compétence technique fait chez Platon office de paradigme en vue de concevoir la compétence politique. On pourrait, sans forcer le trait, donner un sens politique au jugement de V. Goldschmidt, selon qui « les techniques et la stabilité qui leur est inhérente [sont] quelque chose comme le *cogito* de la philosophie socratique-platonicienne »⁷⁵.

d/ Platon nourrit une méfiance tenace à l'égard de la démocratie, qu'il justifie notamment en présentant le gouvernement du peuple par le peuple comme le régime où règne l'incompétence technique dans tous les domaines. On perçoit à cet égard la convergence des conceptions de Platon avec les points 3 et 3' évoqués en introduction.

Aristote a envisagé que le caractère collectif des délibérations, en démocratie, puisse conduire à des décisions dotées d'un caractère rationnel

65. *Ibid.*, p. 107-109, 274 b. Sur ce point, v. J. Rancière, *La haine de la démocratie*, op. cit., p. 40-57 : « La politique ou le pasteur perdu ». M.-P. Edmond, pourtant clément avec *La République*, porte sur ce point un jugement plus sévère. Le Platon du *Politique* et de la théorie des pasteurs divins de l'âge d'or est pour lui « un passéiste, hanté par la décadence présente, et s'il lui advient de se tourner vers les hommes, il cherchera à "imiter" le modèle apolitique de cet âge d'or, en substituant au pouvoir sans partage des pasteurs divins celui, non moins sans partage, de la "machinerie étatique". Ainsi la distinction entre les vaches sacrées et les vaches profanes sera bien gardée » (M.-P. Edmond, *Le philosophe-roi. Platon et la politique*, op. cit., p. 56).

66. Platon, *Le Politique*, op. cit., p. 185, 293 b-c.

67. Platon, *Gorgias*, op. cit., p. 300, 521 d.

68. *Ibid.*, p. 301, 521 e.

69. Platon, *Le Politique*, op. cit., p. 195, 295 e – 296 a.

70. Platon, *Les Lois*, tr. L. Robin in *Œuvres complètes* II, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1950, p. 724.

71. *Ibid.*, p. 723, 688 b.

72. *Ibid.*, p. 724, 688 e.

73. *Ibid.*, p. 726, 690 b.

74. *Ibid.*, p. 1121, 963 a-b.

75. V. Goldschmidt, *Les dialogues de Platon*, Paris, PUF, 1947, p. 102.

supérieur⁷⁶. À l'inverse, chez Platon, la disqualification de la démocratie se produit au nom de l'incapacité du grand nombre à produire des décisions sur la base du savoir réfléchi.

Certes, lorsque *La République* présente la cité démocratique la plus dégradée parmi toutes les « cités défectueuses »⁷⁷, Socrate mentionne toute une série de tares de la démocratie qui semblent éloignées de notre sujet. Il reproche notamment à ce régime d'être formé d'hommes gouvernés par un appétit insatiable de richesses⁷⁸; de porter la liberté à un degré insupportable (en démocratie, « règne le pouvoir de faire tout ce qu'on veut »⁷⁹); de renverser toutes les hiérarchies traditionnelles (en démocratie, « le fils se fait l'égal de son père », « les hommes et les femmes vendus en esclavage ne sont pas moins libres que ceux qui les achètent », « l'égalité de droits et la liberté [...] ont cours dans les rapports entre les hommes et les femmes », etc.⁸⁰). Mais l'essentiel demeure tout de même le fait que la démocratie, par le nivellement des conditions qu'elle amène, substitue les « tendances de la masse » à la suprématie épistémocratique du « naturel exceptionnel »⁸¹.

Selon *Le Politique*, « il est impossible à une multitude, quels que soient ceux qui la composent, de devenir jamais capable, grâce à l'acquisition [de la science politique], d'administrer la cité avec intelligence »⁸²; en effet, « aucune foule n'a la capacité d'acquiescer quelque art que ce soit »⁸³. Préférer le gouvernement du peuple par le peuple au gouvernement de la compétence, ce serait par conséquent « ne plus permettre à aucun des arts [...] d'exercer un pouvoir

absolu » dans le domaine où il est supposé être souverain⁸⁴; « il est clair que nous assisterions à la ruine de tous les arts et qu'ils ne pourraient jamais renaître, du fait que la loi ferait obstacle à toute recherche »⁸⁵. La théorie platonicienne de la hiérarchie des compétences est ainsi directement antidémocratique, avec des connotations qui rappellent directement les raisonnements et discours technocratiques contemporains.

Dans sa dernière mouture, la pensée politique platonicienne a pour conséquence que les êtres humains ne se valent pas. Le médecin, capable de soigner un grand nombre d'individus, vaut plus que chacun de ceux qu'il soigne. Le « noble pilote » capable de manier adroitement le gouvernail est « un homme qui en vaut une multitude d'autres »⁸⁶. La théorie platonicienne possède ainsi une dimension technocratique aux sens 4 et 4', dans la mesure où elle aboutit à légitimer l'usage de la violence en vue de conserver le pouvoir politique à ceux supposés détenir un savoir. Ce point s'atteste dans les développements consacrés à la violence fondée sur la compétence. Pour Platon, l'homme doté de la science du gouvernement peut, dans la mesure où il a la connaissance des soins qu'il s'agit de prodiguer au peuple⁸⁷, choisir d'agir par la contrainte⁸⁸. Peu importe qu'il gouverne avec ou sans le consentement de ses sujets tant qu'il gouverne « en fonction d'un art (*technè*) »⁸⁹. Les médecins, en effet, ne devraient pas être sommés, selon Platon, de requérir le consentement de leurs patients pour décider de couper ou brûler leurs chairs, si l'art l'exige. Que les médecins soignent « de gré ou de force », « nous ne les déclarons pas moins

76. Aristote, *Les Politiques*, tr. P. Pellegrin, GF-Flammarion, 2015, III, 11, p. 253-254, 1281 a : « il est possible que de nombreux individus, dont aucun n'est un homme vertueux, quand ils s'assemblent, soient pourtant meilleurs [...]. Comme ils sont nombreux, en effet, chacun possède une part d'excellence et de prudence, et quand les gens se sont mis ensemble, de même que cela donne une sorte d'homme unique aux multiples pieds, aux multiples mains et avec beaucoup d'organes des sens, de même en est-il aussi pour les qualités éthiques et intellectuelles. C'est aussi pourquoi la multitude est meilleur juge en ce qui concerne [...] les arts ».

77. Platon, *La République*, op. cit., p. 402, 544 a.

78. *Ibid.*, p. 420, 555 b.

79. *Ibid.*, p. 423, 557 b.

80. *Ibid.*, p. 432-433, 562 e – 563 a.

81. *Ibid.*, p. 425, 558 b-c.

82. Platon, *Le Politique*, op. cit., p. 201, 297 b-c.

83. *Ibid.*, p. 215, 300 e.

84. *Ibid.*, p. 205, 298 c.

85. *Ibid.*, p. 211, 299 e.

86. *Ibid.*, p. 203, 297 e.

87. *Ibid.*, p. 127-129, 279 a et 280 a.

88. *Ibid.*, 276 d-e, 293 a-b et 296 b-d.

89. *Ibid.*, p. 185, 293 b.

médecins aussi longtemps que c'est en vertu d'un art qu'ils font leurs prescriptions [...] pourvu qu'ils n'aient d'autre but que le bien de notre corps, de le faire passer d'un état pire à un état meilleur »⁹⁰. Les gouvernants peuvent ainsi condamner à mort ou à l'exil qui bon leur semble, « aussi longtemps que c'est en usant de science »⁹¹.

Platon était-il technocrate ? Une réponse positive catégorique se heurte à diverses difficultés. À savoir : la défiance de Platon vis-à-vis de tout primat de l'économique sur le politique ; la distinction platonicienne entre les finalités dérivées du Bien et l'ordre subalterne des moyens ; la distinction platonicienne entre philosophie et compétence technique ; le principe éthique selon lequel seul est digne d'exercer un pouvoir politique celui qui ne le désire pas. À ces difficultés issues des pensées de Platon, on pourrait ajouter les paradoxes inhérents à toute projection rétrospective d'une catégorie contemporaine.

Cependant, une réponse positive nuancée à la question posée possède tout de même une certaine pertinence. En effet, Platon fournit divers schèmes de dé-légitimation des pratiques politiques démocratiques au nom du savoir, de la compétence et de l'expertise. En formulant l'exigence d'un gouvernement de la cité au moyen du savoir, il aboutit à recommander l'exclusion de la multitude hors du débat et de la réflexion politique – si besoin, par la violence. L'association entre la théorie du « naturel philosophe » et la théorie des aptitudes à gouverner fonctionne au

sein du platonisme comme un instrument discursif permettant d'assurer la captation et la conservation⁹² du pouvoir par une certaine classe sociale : ceux censés disposer du « savoir ». En dépit du principe plusieurs fois répété selon lequel l'homme politique véritable ne désire pas briguer le pouvoir, il apparaît que la théorie platonicienne des compétences et de l'expertise politique constitue bel et bien un dispositif de pouvoir. La distinction platonicienne entre l'opinion et le savoir remplit une fonction politique : parmi les raisons majeures de l'admettre se trouve le fait qu'à trop la négliger, il deviendrait « impossible de soustraire à toute contestation l'existence d'un expert en science politique »⁹³.

Interroger la dimension pré-technocratique de l'œuvre platonicienne pourrait permettre de mettre au jour la continuité entre l'un des plus anciens dispositifs de pouvoir de l'humanité – l'invisibilisation des rapports de pouvoir au nom de l'autorité du savoir – et les dispositifs plus contemporains, où les attaques contre la démocratie revêtent un jour sensiblement distinct, en se fondant dans les discours de la primauté des savoirs économiques ou des impératifs techniques de la politique mondialisée⁹⁴. En particulier, on pourrait, à partir de là, questionner le sens des stratégies contemporaines de légitimation des politiques néolibérales, en référence à la compétence supposée de supposés experts (économistes, administrateurs, spécialistes du droit européen, etc.)⁹⁵.

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*, p. 187, 293 d.

92. Platon soutient que les dispositions permettant le plein développement des vertus, en particulier intellectuelles, sont *majoritairement* héréditaires ; il serait donc logique que les enfants de ceux qui savent soient maintenus aux postes de directions obtenus par leurs parents. V. Platon, *La République*, op. cit., p. 405, 546 a-e ; et Platon, *Le Politique*, op. cit., p. 257, 310 d-e.

93. Platon, *Le Politique*, op. cit., p. 149, 284 c.

94. On pourrait ainsi essayer d'analyser les raisons politiques qui amènent au 20^e siècle des philosophes politiques de droite tels que Léo Strauss ou Allan Bloom à chercher en Platon un père spirituel, afin de proposer une critique en règles des supposés « défauts » de la démocratie. V. A. Bloom, *La cité et son ombre. Essai sur la République de Platon*, tr. E. Helmer, Paris, Éditions du Félin, 2006, p. 16, 23 et 24 ; Bloom estime notamment qu'une politique fondée sur une véritable « science politique » doit accepter, en démocratie, « le sacrifice des plus chères convictions et des intérêts de la plupart des hommes » (p. 24). Strauss, quant à lui, déplore que la politique soit désormais une affaire dont tout le monde se préoccupe, alors même que « la philosophie politique a disparu » (L. Strauss, *Études de philosophie politique platonicienne*, tr. E. Sedeyn, Paris, Belin, 1992, p. 41-53).

95. V. par ex. le numéro récent de la revue *Langage & Société* intitulé *Discours austéritaires. Histoire, diffusion et enjeux démocratiques*, n° 166, 2019/1, où les auteurs mettent en avant la façon dont « la prétention [...] techniciste des discours austéritaires [...] se dévoile avec toute la force autoritaire d'un discours hégémonique totalisant » (T. Guibert, F. Lebaron et R. Peñafiel, « Introduction », *Langage & Société* 2019/1, n° 166, p. 13).

Dossier

Droit naturel et droit positif dans la philosophie antique

Le cosmopolitisme des Cyniques et des Stoïciens : Quel usage pour un juriste internationaliste du ^{xxi}^e siècle ?¹

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Je me suis longtemps posé la question ce que je pouvais bien faire des cosmopolitismes antiques – et notamment Cyniques et Stoïciens – dans la réflexion qui était la mienne. Que pouvais-je tirer de ces philosophies, au-delà d'une référence assez formelle aux origines de l'idée cosmopolitique – cette apophtegme de Diogène le Cynique se déclarant « citoyen du monde » ?²

Depuis ma thèse³, je réfléchis comme juriste internationaliste à la « mutation du droit international », résultante de la dialectique entre un droit de la « Société des États souverains » et un

droit de la « Société humaine universelle » – ce que j'appelle maintenant plus volontiers un « processus de transition cosmopolitique »⁴, ou encore le processus de la Fédération des États libres, en référence à l'expression aporétique utilisée par Kant dans son fameux texte sur la *Paix perpétuelle*⁵. Il s'agit donc avant tout d'essayer de mettre en lumière les dimensions cosmopolitiques du droit international contemporain, celui-ci étant lui-même indissociable de la Modernité et en particulier de l'émergence de la forme politique « État souverain », entre le ^{xvi}^e et

1. Cet article est tiré d'une intervention faite dans le cadre d'un cycle de conférences organisé par le Laboratoire de sociologie juridique, en collaboration avec l'Institut Michel Villey et l'Institut d'Histoire du droit sur *Nature, droit naturel, droit positif dans la philosophie antique*.
2. Diogène Laërce, *Vie et doctrine des philosophes illustres*, M.-O. Goulet-Cazé (dir.), La Pochothèque, Le Livre de Poche, LGF, 1999, Livre VI, § 63, à propos de Diogène de Sinope : « Comme on lui demandait d'où il était, il répondit : "Je suis citoyen du monde" ».
3. O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris, Pedone, coll. « Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) », 2004.
4. Not. O. de Frouville, « Vers une théorie démocratique du droit international », in M.-C. Runavot (dir.), *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on ?*, Paris, Pedone, 2018, p. 143 et s., spéc. p. 147-148.
5. E. Kant, *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, 1795, trad. J. Gibelin, Vrin, 2002, p. 47-49. Sur cette expression, v. O. de Frouville, « Perspectives du droit cosmopolitique sur la responsabilité de protéger », *Droits* 2013, n° 57, p. 95 et s., spéc. p. 111-112.

le ^{xix}^e siècle en Europe. Le cosmopolitisme des Anciens a-t-il vraiment quelque chose à dire à ce sujet ?

Lors du colloque que j'avais organisé en 2013 sur le « cosmopolitisme juridique » (et qui a par la suite donné lieu à un ouvrage collectif⁶), j'avais invité le philosophe Valéry Laurant – auteur entre autres d'une étude remarquable sur la politique stoïcienne⁷ – à intervenir à propos de la contribution des Cyniques et des Stoïciens au cosmopolitisme juridique – et à vrai dire son intervention⁸ m'avait plutôt conforté dans l'idée que je ne pouvais pas tirer grand-chose de ces philosophes pour le propos qui était le mien.

Selon Valéry Laurant, les Cyniques et les Stoïciens auraient sans doute éprouvé « une sorte de malaise » à l'idée d'un « cosmopolitisme juridique »⁹. D'emblée il exprimait l'idée (qu'il nuancait toutefois par la suite) qu'il faudrait plutôt parler à leur propos d'un « cosmopolitisme anti-juridique ». En tout état de cause, et même si le rapport à la loi était par la suite précisé, il était clair, dans les conclusions de l'étude, que ni les Cyniques ni les Stoïciens n'avaient consacré de réflexions substantielles à la question des relations internationales entre cités¹⁰.

Et c'est vrai qu'on peine à trouver des textes qui abordent cette question chez nos penseurs, et cela même jusqu'à Marc-Aurèle, l'Empereur, celui qui aurait peut-être eu le plus à dire sur ce sujet, compte tenu de son expérience très pratique sur ce point.

Une raison à la difficulté de construire un cosmopolitisme juridique à partir des Cyniques et des Stoïciens tient à la distinction opérée entre *nomos* – le droit positif conventionnel – et *phusis*, la Nature. Chez Diogène et les Cyniques, la *phusis* est presque toujours opposée au *nomos* :

« Diogène falsifiait réellement la monnaie, ne reconnaissant absolument pas la même valeur à la loi qu'à la nature. Il disait qu'en ne mettant rien au-dessus de la liberté, il menait le même genre de vie qu'Héraclès »¹¹.

Chez les Stoïciens, comme l'explique Valéry Laurant, l'alternative posée par les Cyniques entre *nomos* et *phusis* est dépassée « par intégration : la loi juste, la seule qui mérite ce nom, est l'expression de la nature en ce qu'elle est l'expression de la raison du sage »¹². Mais cette loi naturelle « ne s'inscrit pas dans des codes, mais s'exprime par les actions droites du sage et s'incarne dans son corps. La loi naturelle revient à suivre sa nature, suivre l'*oikeiôsis*, mouvement naturel de chaque être vivant d'adaptation à sa nature, singulièrement pour l'homme, mouvement naturel d'adaptation à sa nature rationnelle »¹³.

Si droit cosmopolitique il y a, il ne s'agit donc pas d'un droit au sens où nous, modernes, nous l'entendons, ce qui risque de créer bien des malentendus.

On se retrouve donc face à un obstacle pour ce qui est de l'usage que l'on pourrait faire de ces sagesses aujourd'hui dans les réflexions que nous avons sur le droit international moderne. Cet obstacle, c'est la rupture que constitue la Modernité, qui met à son principe l'autonomie – la capacité de toute personne humaine de se donner à soi-même ses propres normes.

La « droite raison » des Stoïciens qui constituait le *logos* de l'univers, du Dieu, de la Nature (la *phusis*), devient tout autre chose sous la plume d'Hugo Grotius : cette capacité de décider individuellement ou collectivement pour soi et donc de poser des normes, y compris dans les

6. O. de Frouville (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015.

7. V. Laurant, *La politique stoïcienne*, Paris, PUF, coll. « Philosophies », 2005.

8. V. Laurant, « Le cosmopolitisme Cynique et Stoïcien », in O. de Frouville (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, op. cit., p. 5969.

9. *Ibid.*, p. 59.

10. *Ibid.*, p. 68-69.

11. Diogène Laërce, op. cit., VI, 71. V. aussi P. Hadot, *Qu'est-ce que la philosophie antique ?*, Gallimard, Folio essais, 1995, p. 172 : « Le cynique choisit son genre de vie, parce qu'il considère que l'état de nature (*phusis*), tel qu'on peut le reconnaître dans le comportement de l'animal ou de l'enfant, est supérieur aux conventions de la civilisation (*nomos*). »

12. V. Laurant, *La politique stoïcienne*, op. cit., p. 57.

13. V. Laurant, « Le cosmopolitisme Cynique et Stoïcien », op. cit., p. 61. Pour définir l'*oikeiôsis*, Valéry Laurant renvoie à Diogène Laërce, VII, 85 : « L'impulsion première que possède l'être vivant vise [...] à se conserver soi-même, du fait que la nature dès l'origine l'approprie (à soi-même), comme le dit Chrysippe au premier livre de son traité *Sur les fins*, quand il dit que pour tout être vivant l'objet premier qui lui est propre est sa propre constitution et la conscience qu'il a de celle-ci. Il ne serait pas vraisemblable en effet que (la nature) ait rendu l'être vivant étranger ni approprié à (soi-même). Reste donc à dire qu'en le constituant elle l'a approprié à lui-même ; c'est ainsi en effet qu'il repousse ce qui lui est nuisible et poursuit ce qui lui est propre ».

relations entre collectivités, entre États¹⁴. Donc le droit devient volontaire : les droits de l'Homme eux-mêmes n'ont rien à voir avec la « loi vraie » dont parle Cicéron dans un texte de la *République*, d'inspiration stoïcienne, souvent cité à tort comme préluant la philosophie des droits de l'Homme¹⁵. Outre qu'ils sont formulés comme des droits subjectifs (et non sous forme de devoirs), les droits de l'Homme sont une protestation contre toute hétéronomie, c'est-à-dire contre toute norme extérieure à l'être humain, qui nous serait dictée par la Nature ou par Dieu. Ils constituent une rupture à la fois avec l'Histoire et avec la Nature. Ce qui fait que le droit cosmopolitique s'entend, chez Kant, par exemple, comme une couche supplémentaire de droit humain – un droit public au niveau mondial – et pas du tout comme la « loi universelle », l'*oikeiōsis* stoïcienne.

Alors, le juriste internationaliste doit-il définitivement refermer son Diogène Laërce et laisser les *Pensées* de Marc-Aurèle prendre la poussière sur les rayons de sa bibliothèque ? Non. Car une fois compris ce qui sépare les préoccupations des philosophes antiques des siennes, l'internationaliste peut – et à mon avis doit – tout de même, faire son miel d'une pensée si fleurie et si sucrée. D'abord parce qu'il existe bien quelques textes – certes périphériques ou secondaires – mais qui sont d'un apport non négligeable à la réflexion politique et juridique sur le cosmopolitisme. J'aimerais ici en évoquer deux en particulier. Ensuite, parce que le juriste internationaliste, s'il prend la peine de faire un pas de côté, peut tirer grand profit dans sa réflexion et dans son action, de l'*éthique cosmopolite* qui se dégage de la pensée

des Cyniques et des Stoïciens – éthique qui à mon sens gagnerait à être davantage mise en rapport avec le droit cosmopolitique de la Modernité.

I. Deux textes qui nous parlent aussi du droit international moderne

Dans le cadre de cette contribution, j'aimerais parcourir deux textes qui me paraissent riches d'enseignements lorsqu'on réfléchit à l'évolution du droit international moderne dans notre société internationale contemporaine.

A. « De la Fortune ou la vertu d'Alexandre », de Plutarque

Le premier texte est de Plutarque. Il s'intitule « De la fortune ou la vertu d'Alexandre » et il est tiré des *Œuvres morales*¹⁶. Le texte est connu car il est un des rares témoignages sur le contenu d'un ouvrage perdu : *La République* de Zénon¹⁷. Ce qu'en dit Plutarque donne un aperçu du « cosmopolitisme » stoïcien :

« (1) *La République*, ouvrage très admiré de [...] Zénon, tend à ce point principal unique, que nous ne devrions pas vivre répartis en cités ni en peuples, chacun défini par ses propres critères de la justice, mais que nous devrions considérer tous les hommes comme des compatriotes et des concitoyens, et qu'il y ait un mode de vie et un monde uniques, comme pour un troupeau nourri ensemble dans le même pâturage sous une loi commune. (2) Zénon a écrit cela comme s'il avait brossé le tableau d'un songe ou d'une image

14. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, Livre I, Chapitre I, X, 1, trad. P. Pradier-Fodéré, 1867, rééd., D. Alland et S. Goyard-Fabre (éd.), Paris, PUF, coll. Leviathan, 1999, p. 38.

15. Cicéron, *La République*, Livre III, 33 « [Le Stoïcien Lælius parle], (1) Il y a, certes, une loi vraie, c'est la droite raison, en accord avec la nature, répandue en tout être, identique à elle-même, éternelle, qui, par ses ordres, nous appelle à notre devoir, et par ses interdictions nous détourne du crime, (2) qui, cependant, n'ordonne ni n'interdit rien en vain aux gens vertueux, mais dont ni les ordres ni les interdictions n'ont d'effet sur les pervers. (3) À cette loi, il n'est pas permis d'en substituer une autre, il n'est pas licite d'y déroger sur quelque point que ce soit, il est impossible de l'abroger dans sa totalité ; ni le Sénat, ni le peuple ne peuvent nous soustraire à cette loi, et il n'est point besoin de chercher un Sextus Ælius pour l'expliquer et l'interpréter. (4) Cette loi ne sera pas différente à Rome et à Athènes, aujourd'hui et demain, mais c'est une même loi, éternelle et immuable, qui s'appliquera à toute époque et à toutes les nations. [...] » (A.A. Long et D.N. Sedley, *Les philosophies hellénistiques II, Les Stoïciens*, trad. J. Brunschwig et P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, 2001, 67, S).

16. Plutarque, *Œuvres morales*, « De la fortune ou la vertu d'Alexandre », trad. J. Brunschwig et P. Pellegrin, in A.A. Long et D.N. Sedley, *Les philosophies hellénistiques*, Garnier-Flammarion, II, *Les Stoïciens*, 67, A.

17. Zénon, originaire de Kition, sur l'île de Chypre, est le fondateur de l'école stoïcienne : v. not. l'introduction par R. Goulet au Livre VII de Diogène Laërce, *op. cit.*, spéc. p. 777-781.

représentant une bonne législation et une république philosophique. »¹⁸

Le fait que Plutarque parle de *La République* comme de cet « ouvrage très admiré de Zénon » ne veut pas dire qu'il l'admire lui-même¹⁹, ce que semble accréditer le rapprochement avec l'œuvre d'Alexandre : si Zénon a « écrit cela comme s'il avait brossé le tableau d'un songe », Alexandre, lui « a joint l'application à la théorie ». Ce faisant, la suite du texte de Plutarque apparaît comme une réflexion sur ce que l'on pourrait appeler le « cosmopolitisme d'Alexandre » qui, contrairement à celui des Cyniques et des Stoïciens, est un cosmopolitisme d'homme d'État, un cosmopolitisme bien concret et non seulement philosophique, donc un cosmopolitisme à la fois politique et juridique. Trois observations peuvent être faites à cet égard.

Premièrement, on retrouve dans le texte de Plutarque un élément fondamental du cosmopolitisme stoïcien qui est l'appartenance de tous les êtres humains à une même nature, qui impose une forme de respect à l'égard de chacun, y compris les étrangers et les esclaves²⁰. Alexandre prend ainsi le contre-pied du conseil que lui prodigue Aristote sur la manière de traiter les Barbares :

*« Il n'a pas voulu, bien qu'Aristote le lui conseillât, traiter les Grecs en roi, les Barbares en despote, et se montrer plein de sollicitude pour les uns comme pour des amis et des proches, tandis qu'il n'aurait vu dans les autres que des animaux ou des plantes : c'eût été remplir son gouvernement d'exils propres à susciter la guerre, et de séditions grossières dans l'ombre. »*²¹

Plutarque met en lumière ce qui sépare l'action d'Alexandre de la philosophie : rejet de la

position d'Aristote de la hiérarchie entre les êtres, mais au nom d'une finalité toute stratégique, à savoir pacifier les territoires conquis ou à tout le moins ne pas attiser les révoltes. Si l'on ne craignait d'être anachronique, on dirait qu'Alexandre invente la politique étrangère en matière de droits humains. Il puise dans les principes philosophiques pour orienter son action, mais entre deux principes, le choix est guidé par des considérations stratégiques et pratiques.

Deuxièmement, cette idée d'appartenance de tous les humains à une même communauté universelle conduit au rejet du critère de l'appartenance nationale (ou l'appartenance à la cité particulière à l'époque) pour juger les hommes. Le critère de jugement correct, c'est la vertu et rien d'autre :

*« Son mot d'ordre était, que tous regardassent l'univers entier comme une patrie, son armée comme une citadelle où chacun avait son poste, et que tous vissent dans les gens de bien autant de parents, dans les pervers autant d'étrangers. Les Grecs et les Barbares ne durent plus être désormais distingués les uns des autres par la chlamyde, le bouclier, le cimeterre, la candye. C'était la vertu qui faisait reconnaître un Grec, comme le vice désignait un Barbare. »*²²

Voilà qui est bien stoïcien (Épictète : « Socrate [...] ne disait jamais qu'il était d'Athènes, ou de Corinthe, mais qu'il était du monde »²³) et même cynique (Diogène : « la seule vraie citoyenneté est celle qui s'exerce dans l'univers »²⁴ ou Cratès : « [i]l avait pour patrie, disait-il, la mauvaise réputation et la pauvreté, dont la fortune ne peut s'emparer, et il se disait concitoyen de Diogène [...] »²⁵).

18. Plutarque, *Œuvres morales*, « De la fortune ou la vertu d'Alexandre », in A.A. Long et D.N. Sedley, *Les philosophes hellénistiques*, op. cit., 67, A.

19. Rappelons que Plutarque n'est pas stoïcien et qu'il est d'ailleurs critique à l'égard des doctrines de l'école du Portique, en particulier dans son ouvrage *Des contradictions stoïciennes*.

20. V. à cet égard G. Fiasse, « Les fondements de la philanthropie dans le nouveau stoïcisme, deux cas concrets : l'esclavage et la gladiature », *Les Études philosophiques* 2002/4, n° 63, p. 527-547, spéc. p. 545 : « L'esclave et le gladiateur comme chaque être humain ont même nature, même semence divine, ils font partie de la même communauté universelle. Il importe donc de respecter autant l'esclave que le gladiateur, mais rien ne sert de changer leur condition ».

21. Plutarque, *Œuvres morales et œuvres diverses*, traduites en français par Victor Bétolaud, tome deuxième, Paris, Hachette, 1870, « De la fortune ou la vertu d'Alexandre », Premier discours, 6, p. 168.

22. *Id.*, p. 169.

23. Épictète, *Entretiens*, Livre I, IX, 1.

24. Diogène Laërce, op. cit., Livre VI, 72.

25. Diogène Laërce, op. cit., Livre VI, 93.

Troisième observation : on voit poindre dans le texte de Plutarque une critique qui sera souvent adressée au cosmopolitisme, y compris dans la période contemporaine, et qui tourne autour du thème classique de l'*hubris*, de la démesure, ou de la perte du sens de la mesure des choses dans le monde : le cosmopolitisme aussi comme rêve de fusion de l'humanité qui se résout finalement en une forme d'impérialisme. Plutarque prend un ton assez complaisant²⁶, lorsqu'il décrit Alexandre réalisant son projet d'unité par le mariage et la descendance :

« Il semblait que dans une même coupe amicale il voulût confondre les existences, les mœurs, les mariages, les manières de vivre. [...] Une communauté parfaite était adoptée pour les vêtements, pour la table, pour les mariages, pour la manière de vivre; et cette fusion, c'était le sang, c'étaient les enfants qui aidaient à l'opérer. »²⁷

Il relate ainsi qu'Alexandre :

« rassembla cent femmes persanes mariées à un nombre égal de Macédoniens et de Grecs; lorsque lui-même, couronné de fleurs, entonnant le chant de l'hyménée comme gage d'un amour mutuel, unit par des nœuds intimes les deux nations les plus grandes et les plus puissantes du monde; lorsqu'il épousa une des jeunes fiancées en même temps qu'il présidait à tous ces mariages, où il remplissait le rôle de conciliateur et de père. »²⁸

Mais la critique refait surface et met en lumière le hiatus entre la théorie et la pratique. Et c'est Diogène, et non Zénon, qui sert ici d'aiguillon critique. On sait que depuis son dialogue orageux avec Diogène, relaté par plusieurs sources²⁹, Alexandre est devenu un grand admirateur de Diogène et qu'il n'hésite pas à déclarer : « Si je n'étais pas Alexandre, je voudrais être

Diogène ». Plutarque décrypte le sens de cette phrase :

« "Si je n'étais pas Alexandre, je serais Diogène." C'était dire : "Je professerais la philosophie par mes discours, si je ne la pratiquais par mes actions." Il ne disait pas : "Si je n'étais roi, je serais Diogène. [...] Il disait : "Si je n'étais Alexandre, je serais Diogène", et de telles paroles équivalaient au discours suivant : "Si je ne songeais pas à étendre sur les Barbares l'influence du commerce des Grecs, à civiliser dans mes courses l'univers entier, à découvrir les limites des mers et des terres pour appuyer la Macédoine contre l'Océan, à semer la Grèce en tous lieux, répandant sur les nations des germes de justice et de paix, je ne languirais pas dans les délices d'une stérile puissance, et j'aurais à cœur d'imiter la simplicité de Diogène. Mais maintenant, Diogène, pardonne-moi : c'est Hercule que j'imité, c'est Persée que je me propose pour modèle, c'est Bacchus dont je suis les pas, Bacchus l'auteur de ma race et mon aïeul. Comme lui, je veux montrer une seconde fois à l'Inde de victorieux chœurs de Grecs, je veux chez les nations sauvages des montagnes ultra-caucasiennes, renouveler le souvenir des fêtes de Bacchus. Dans ces contrées se trouvent, dit-on, certains spectateurs d'une sagesse qui leur impose le régime le plus dur et l'obligation de rester nus. Ce sont des religieux, déçagés de toute dépendance, qui se vouent au culte des dieux. Leur frugalité dépasse celle de Diogène. Il ne leur faut pas même de besace, car ils ne mettent jamais d'aliments en réserve. La terre leur offre une nourriture toujours fraîche et toujours nouvelle. Leur boisson, c'est le fleuve qui coule, leur couche, ce sont les feuilles dont les arbres se dépouillent et le gazon dont se tapisse le sol. Eh bien ! grâce à moi ils connaîtront Diogène, et Diogène les connaî-

26. *Œuvres morales et œuvres diverses*, traduites en français par Victor Bétolaud, tome deuxième, Paris, Hachette, 1870, « De la fortune ou la vertu d'Alexandre », Premier discours, 7, p. 170 : « Avec quels transports de joie je me serais écrié : "Ô barbare et insensé Xerxès, qui déployas tant de fatigues vaines pour jeter un pont sur la mer, apprends que c'est ainsi que de sages monarques unissent l'Asie à l'Europe : non par des charpentes, par des barques, par des liens inanimés et insensibles, mais par un amour légitime, par de chastes hyménées, source d'une postérité commune !" ».

27. *Id.*, 6, p. 169.

28. *Ibid.*, 7, p. 169-170.

29. Diogène Laërce, *op. cit.*, Livre VI, 38 : « Alors qu'il prenait le soleil au Cranéion, Alexandre survint qui lui dit : "Demande-moi ce que tu veux". Et lui de dire : "Cesse de me faire de l'ombre". » Sur la relation entre Alexandre et Diogène, v. aussi du même auteur : 32, 45, 60, 68; Plutarque, *Vie d'Alexandre*, 14; Cicéron, *Tusculanes*, V, 32, 92. V. aussi *infra* les développements autour du IV^e Discours de Dion Chrysostome, *Sur la Royauté*.

tra. Il faut que je refonde aussi cette monnaie, et que, considérant de tels peuples comme un métal frappé d'une empreinte barbare, je leur donne celle de la civilisation grecque. »³⁰

La référence à la refondation de la monnaie est particulièrement parlante, en lien avec Diogène, par excellence le philosophe de la falsification de la monnaie – référence selon la plupart des commentateurs (à commencer par Diogène Laërce) non seulement à l'histoire personnelle de Diogène³¹, mais à son ambition de dénoncer les « normes » (*nomos*), les conventions sociales propres à chaque cité pour faire prévaloir la loi de la nature (la *phusis*) : on sait qu'il y a là un jeu de mot – entre *nomisma*, les conventions sociales, la coutume... et *nomos*³².

Au contraire de Diogène, ce qu'entend Alexandre par « refonder la monnaie » c'est en fait *imposer la civilisation grecque* pour effacer l'empreinte barbare – un projet que l'on peut considérer comme étant totalement opposé au cosmopolitisme Cynique mais aussi, à mon sens, au cosmopolitisme moderne.

Il ne manque certes pas de critiques de ce dernier pour dire qu'il équivaut toujours à un impérialisme. Le succès d'un auteur comme Carl Schmitt en témoigne. Avec son art du retournement d'argument, Schmitt accuse le cosmopolitisme de la Société des Nations d'être à l'origine de la déshumanisation de l'ennemi. « Qui dit humanité veut tromper » : cet apophtegme semble répondre directement à ceux de Diogène³³. La relecture du *Projet de paix perpétuelle* et de la *Doctrine du droit* de Kant devrait pourtant suffire à infirmer cette thèse. Trois idées (au moins) qui sont au cœur de l'essai de Kant viennent l'attester : le rejet de l'État mondial³⁴ ; la critique (acerbe) de la colonisation³⁵, et « le »

droit cosmopolitique au sens d'un « simple droit de visite »³⁶. Le cosmopolitisme ne saurait donc être accusé d'être dans son principe et dans son idée équivalent à une forme d'impérialisme. Ceci n'enlève rien au fait que le cosmopolitisme, comme les droits de l'Homme, peuvent être brandis, comme rhétorique, pour masquer une politique impérialiste ou à tout moins, une attitude solipsiste tendant à assimiler l'autre à un *alter ego*. C'est précisément la critique (voilée) que Plutarque adresse à Alexandre : son cosmopolitisme n'est pas une mise en harmonie avec la *phusis*, c'est une politique hégémonique macédonienne ! Sur ce point Habermas a montré, en réponse à Schmitt³⁷, que la meilleure défense contre une telle dérive résidait dans la juridicisation des droits de l'Homme et du cosmopolitisme : à partir du moment où les droits de l'Homme cessent d'être des normes morales pour devenir des normes juridiques, il devient à tout le moins plus difficile de les invoquer pour promouvoir des intérêts particuliers. Or ce processus de juridicisation est maintenant largement accompli, par l'entrée des droits de l'Homme dans les constitutions et les lois nationales d'une part ; et par la rédaction des instruments juridiques internationaux, aux niveaux universels et régional d'autre part.

B. Le traité sur l'exil de Favorinus

L'autre texte qui me paraît très intéressant est, celui-ci, écrit par un authentique Cynique, mais tardif : Favorinus, disciple de Dion Chrysostome, et maître de Fronton, qui fut à son tour le maître aimé de Marc-Aurèle³⁸. C'est un texte sur l'exil, dans le prolongement de l'apophtegme de Diogène sur le sujet – sans doute un des plus profonds : « Quand une autre fois, quelqu'un lui dit : "Les gens de Sinope t'ont condamné à

30. Plutarque, *Œuvres morales et œuvres diverses*, traduites en français par Victor Bétolaud, tome deuxième, Paris, Hachette, 1870, « De la fortune ou la vertu d'Alexandre », Premier discours, 10, p. 174-175.

31. Diogène Laërce, *op. cit.*, Livre VI, 20 : « Selon Dioclès, c'est parce que son père qui tenait la banque publique avait falsifié la monnaie que Diogène s'exila. »

32. V. l'avant-propos de M.-O. Goulet-Cazé dans le recueil de L. Paquet, *Les Cyniques grecs. Fragments et témoignages*, Livre de Poche, 1992, spéc. p. 8-1 ; V. Laurand, « Le cosmopolitisme Cynique et Stoïcien », *op. cit.*, p. 59-60.

33. C. Schmitt, *La notion de politique (avec Théorie du partisan)*, Flammarion, 1992, p. 96.

34. E. Kant, *Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit*, trad. A. Renaut, GF-Flammarion, 2018, II, § 61, p. 177 ; *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, 367.

35. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, *op. cit.*, VIII, 358-359.

36. *Id.*, VIII, 357.

37. J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. R. Rochlitz, in *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, p. 161-204, et ici p. 194 et p. 203-204.

38. L. Paquet, *Les Cyniques grecs. Fragments et témoignages*, *op. cit.*, p. 31.

l'exil", il réplique : "Eh bien moi, je les ai assignés à résidence" »³⁹.

Le texte de Favorinus⁴⁰ donne un tour plus politique à cette apostrophe philosophique. Il opère un lien entre le désir d'appropriation qui est le propre de l'homme, la division du monde en frontières et la guerre – tous phénomènes auxquels il oppose l'esprit d'exil, le vagabondage et donc le cosmopolitisme des animaux, dont s'inspire évidemment Diogène le Chien⁴¹. Dieu, en effet, a donné aux animaux la terre pour patrie commune :

« Or, les oiseaux et les poissons s'en tiennent au lot qui leur a été assigné par Zeus, de même que tous les autres animaux terrestres; les hommes, au contraire, gonflés d'orgueil, se partagent la terre, réduisent en menus morceaux le bon divin, et se divisant les uns contre les autres, établissent des barrières de fleuve entre l'Asie, l'Europe et l'Afrique, des frontières de montagnes entre pays limitrophes, des murailles entre compatriotes, des maisons entre concitoyens, des portes entre gens d'une même famille, ils divisent même au moyen de coffres et de caisses ceux qui habitent sous un même toit. D'où les guerres, les invasions, les pillages de maison [...]. »⁴²

Et évoquant implicitement Diogène, qui se déplace librement d'un endroit à l'autre en fonction des saisons, Favorinus remarque que « les grues sont beaucoup plus intelligentes que nous : de la Thrace elles émigrent en Égypte sans

penser que la Thrace soit leur patrie, ni l'Égypte une terre d'exil, mais des lieux respectifs de résidence pour l'hiver et l'été »⁴³.

C'est dénoncer concrètement et *politiquement* la division du monde en cités, mais aussi en familles, en clans, etc. C'est aussi faire l'apologie de la migration, ce qui nous donne nécessairement à penser sur le temps présent⁴⁴.

L'analyse doit être rapprochée des thèmes modernes et, si l'on veut, post-modernes. De toute évidence, l'anthropologie de Favorinus (et des Anciens : c'est valable aussi pour les Stoïciens) est complètement différente de celle des Modernes : chez Hobbes, c'est la peur de la mort violente qui pousse les hommes à s'assembler sous l'autorité du Léviathan; chez Kant et Rousseau, c'est l'insociable sociabilité, faite d'attraction autant que de répulsion pour le semblable. Dans les deux cas, ce sont des contraintes irrésistibles qui font que les philosophes de la Modernité voient la socialisation comme un phénomène inéluctable, le problème étant de trouver les justes institutions pour y faire prévaloir la justice.

Favorinus, davantage qu'aux instincts sociaux, s'intéresse aux pulsions personnelles, à ce qui fait que la plupart des hommes sont des insensés et non des sages : les hommes sont « gonflés d'orgueil », voilà ce qui fait d'eux des insensés et les amène à « réduire en menus morceaux le bon divin ». Un texte du maître de Favorinus, Dion Chrysostome, apporte un éclairage utile : relatant le dialogue « vraisemblable » entre Diogène

39. Diogène Laërce, *op. cit.*, Livre VI, 49. Dans son introduction aux *Fragments et témoignages*, *op. cit.*, p. 38, Léonce Paquet souligne la centralité du thème de l'exil chez les Cyniques et son lien avec le cosmopolitisme : « Et même pour arriver plus sûrement à cette liberté totale de pensée et de mouvement, le sage cynique voudra expérimenter autant que possible l'ascèse de l'exil. Non pas seulement la peine infligée par les pouvoirs publics, mais le déracinement volontaire, la remise en question perpétuelle par le refus de la sécurité facile qu'offre l'enracinement dans un lieu, un climat, une société donnée. Et le Cynique est heureux de pouvoir ainsi se proclamer "citoyen du monde", libéré enfin des ultimes contraintes qu'impose la société : une histoire, une tradition culturelle, un territoire, des droits et des devoirs qu'on n'a pas choisis. »

40. Favorinus, « Extrait du Traité sur l'exil », in *Les Cyniques grecs...*, *op. cit.*, p. 263 et s.

41. M.-O. Goulé-Cazet, « Avant-propos », in *Les Cyniques grecs...*, *op. cit.*, p. 9 : « La falsification repose [...] sur la hiérarchie paradoxale implicite que le Cynique instaure dans l'échelle des êtres : en bas il place l'homme, au sommet la divinité et entre les deux l'animal. [...] à l'homme le Cynique propose comme modèle théorique la divinité et comme modèle concret l'animal. »

42. Favorinus, « Extrait du Traité sur l'exil », *op. cit.*, 9, 25-10, 50, p. 264-265.

43. *Id.*, p. 265.

44. Je ne peux pas développer ce point ici dans les limites de cette contribution. Il suffit de dire que, dans le schéma du droit international classique, la figure de l'étranger est devenue celle de l'exclu par excellence et le *droit* des étrangers une prérogative des États nationaux. Une première évolution est intervenue avec les grands mouvements de population qui ont suivi les deux guerres mondiales et la création d'un statut de réfugié. La deuxième évolution est en cours, avec l'émergence de l'idée d'une gouvernance mondiale des migrations. Ces deux évolutions font progressivement de la question des migrations un objet du droit international contemporain, y compris dans sa composante cosmopolitique. C'est le sujet d'un autre article. Sur la gouvernance mondiale des migrations, v. toutefois le dossier du n° 17 de la revue en ligne *Droits fondamentaux* : <http://droits-fondamentaux.org>

et Alexandre, il raconte que Diogène refuse à Alexandre le titre de Roi en raison de son « orgueil »⁴⁵, qu'il rapproche de son esprit de conquête. Il compare d'ailleurs Darius et Alexandre à de petits enfants qui cherchent à s'atteindre avec un ballon⁴⁶. Dion Chrysostome donne également une interprétation alternative assez convaincante de l'épisode de Diogène se masturbant sur la place publique – souvent lu comme une provocation, une manifestation particulièrement spectaculaire de la « falsification de la monnaie » : « Si tout le monde se comportait ainsi, [déclarait Diogène], Troie n'aurait jamais été prise, et Priam, le roi des Phrygiens et descendant de Zeus, n'aurait jamais été immolé sur l'autel même de Zeus. »⁴⁷

À cet égard, l'interprétation de Favorinus est peut-être plus à rapprocher du Freud de *Malaise dans la civilisation* qui relie la guerre aux pulsions agressives⁴⁸, ou encore à la phénoménologie de Levinas qui, à la fin de *Totalité et infini*, dénonce le désir (viril) d'appropriation, de *saisie de l'Autre*⁴⁹, conséquence de ce que le Levinas désigne comme le concept de « totalité qui domine la philosophie occidentale »⁵⁰. Il oppose ainsi « l'être isolé et héroïque que produit l'État par ses viriles vertus » au « sujet vivant dans le temps infini de la fécondité »⁵¹ – et élabore ce faisant une variation intéressante autour du cosmopolitisme kantien, en soutenant que la paix ne peut être ni celle des cimetières ou des empires universels futurs, mais « ma paix » : « La paix doit être ma paix, dans une relation qui part d'un moi et va vers l'Autre dans le désir et la

bonté où le moi, à la fois se maintient et existe sans égoïsme »⁵².

* * *

Cette évocation de Levinas et d'une paix à acquérir pour soi qui seule peut conduire à la fin de la guerre, m'amène à faire la transition avec la suite de mon propos. Levinas part de l'opposition apparemment irréductible entre morale et politique pour dessiner non pas une solution politique ou même juridique, mais une éthique de la relation à l'Autre. Or il me semble qu'il y a de ce point de vue un lien, une continuité que l'on peut établir entre la démarche des Anciens et celle de Levinas : dans la réflexion sur l'éthique de la relation à l'Autre qui nous amène à réfléchir à une *éthique cosmopolite* et, dans son prolongement, à une éthique cosmopolite de la pratique juridique.

II. Quel usage des cosmopolitismes cyniques et stoïciens dans le cadre de la construction du cosmopolitisme moderne ? L'éthique cosmopolite

Nous modernes, lorsque nous parlons de cosmopolitisme, nous comprenons par là une construction politique ou juridique. Or pour les Anciens, le cosmopolitisme est avant tout une éthique et à cet égard, dans la suite de ce propos, j'évoquerai « l'éthique cosmopolite » pour parler de l'idée cosmopolitique chez les Cyniques et les Stoïciens.

Le cosmopolitisme ainsi entendu est une éthique exigeante. Cette éthique implique de la

45. Dion Chrysostome, *in Les Cyniques grecs...*, *op. cit.*, p. 202 et s., et ici le « IV^e Discours : sur la Royauté », n° 72, p. 214 : « Et si tu jetais par-dessus bord ton orgueil et tes préoccupations présentes, tu serais un roi, probablement pas seulement en paroles, mais en réalité : tu dominerais alors sur tous, hommes et femmes, tout comme Héraclès, que tu prétends avoir pour ancêtre. »

46. *Id.*, n° 46, p. 210.

47. Dion Chrysostome, « VI^e Discours : Diogène ou La tyrannie », n° 16-20, *in Les Cyniques grecs...*, *op. cit.*, p. 229. Diogène poursuit, avec une comparaison une fois de plus à la faveur des animaux : « Mais les Achéens étaient assez fous pour croire que les morts eux-mêmes avaient encore besoin de femmes : aussi égorgèrent-ils Polyxène sur la tombe d'Achille. En cela les poissons font preuve de presque plus d'intelligence que les hommes : quand ils sentent le besoin d'éjaculer, ils sortent de leur retraite et vont se frotter contre quelque chose de rude ».

48. S. Freud, *Malaise dans la civilisation* (1930), trad. A. Weill, Payot & Rivages, 2010, spéc. chap. VI, « Sur l'agressivité de l'être humain », où Freud relie d'ailleurs la pulsion agressive au « l'homme est un loup pour l'homme » de Hobbes.

49. E. Levinas, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, M. Nijhoff, 1971, Le Livre de Poche, 1990, spéc. « Conclusions », 11. *La liberté investie*, p. 337.

50. *Ibid.*, « Préface », p. 6 : « La face de l'être qui se montre dans la guerre, se fixe dans le concept de totalité qui domine la philosophie occidentale. Les individus s'y réduisent à des porteurs de force qui les commandent à leur insu. Les individus empruntent à cette totalité leur sens (invisible en dehors de cette totalité). L'unicité de chaque présent se sacrifie incessamment à un avenir appelé à en dégager le sens objectif. Car seul le sens ultime compte, seul le dernier acte change les êtres en eux-mêmes. Ils sont ce qu'ils apparaîtront dans les formes, déjà plastiques, de l'épopée. »

51. *Ibid.*, « Conclusions », p. 342-343.

52. *Ibid.*, p. 342.

part de chaque individu ce que les Cyniques et les Stoïciens appellent une « ascèse »⁵³, c'est-à-dire un exercice⁵⁴, un entraînement : rien qui puisse se décréter a priori. Dans cette perspective, le cosmopolitisme est moins un projet politique qu'un état d'esprit, une *attitude*, ou plutôt des attitudes possibles comme on le verra, mais qui ont pour point commun une ouverture à l'autre, plus encore, à l'étrange⁵⁵. Or acquérir un tel état d'esprit ne se fait pas naturellement, il y faut une certaine éducation et il faut s'y exercer. Car l'éducation que nous recevons dans nos cités et nos pays, et les attitudes qui sont celles de nos concitoyens ne nous encouragent pas à nous comporter comme des citoyens du monde, bien au contraire.

Martha Nussbaum a insisté sur cet aspect de l'éducation cosmopolite qu'il faudrait donner à nos enfants dans les écoles⁵⁶. On ne construira pas la paix et les relations pacifiques entre peuples sans une telle éducation, qui viendrait non pas nécessairement se substituer mais s'ajouter à une éducation « nationale ».

À partir de là je voudrais mettre en valeur deux usages des cosmopolitismes antiques qui me paraissent fondamentaux. L'éthique cosmopolite peut fournir le *fondement pratique* du droit cosmopolitique, mais aussi ce que l'on pourrait appeler *un mode d'emploi* du droit cosmopolitique, une éthique pour la pratique du droit cosmopolitique.

A. L'éthique cosmopolite comme fondement pratique du droit cosmopolitique

Commençons par les *fondements pratiques*, que l'on doit par conséquent soigneusement distinguer des fondements idéologiques, ou moraux.

En ce sens où : *si nous voulons créer une société dans laquelle tous et chacun adoptent non plus seulement par choix moral, mais par obligation en quelque sorte civique, une éthique cosmopolite, alors nous avons besoin d'un droit cosmopolitique.*

En tant que citoyen d'une cité ou d'un État, on est animé d'un sentiment *patriotique* qui est entretenu par des obligations (juridiques) civiques : obligation de respecter et de faire respecter les lois ; obligation de participation aux charges de l'État par le biais de l'impôt, obligation de participation à la défense nationale, etc.

Pour les Stoïciens, ce sentiment patriotique est comparable à d'autres sentiments que l'on éprouve pour différentes catégories de personnes. Ces sentiments sont étudiés dans la théorie des cercles concentriques présentée par Hiéroclès⁵⁷ et que l'on retrouve aussi dans le traité *Des devoirs* de Cicéron⁵⁸. En quoi consiste cette théorie des cercles concentriques ? Je reprends ci-dessous quelques extraits du texte de Hiéroclès, tel que cité par Valéry Laurand dans son ouvrage, puis le commentaire très éclairant que Valéry Laurand en fait :

« Chacun de nous est tel qu'il est inscrit complètement dans beaucoup de cercles, certains plus petits, d'autres plus grands [...] Le premier cercle, le plus proche, celui-là même que quelqu'un a tracé comme autour d'un centre, sa faculté de pensée. Dans ce cercle est contenu le corps et les choses reçues pour le corps. [...] Le second, en suite, écarté de ce cercle, plutôt éloigné du centre, contient le premier : en lui sont ordonnés les parents, les frères, la femme, les enfants. Écarté de celui-ci le troisième cercle : en lui les oncles et les tantes, les grands-pères et les grands-mères,

53. La notion se retrouve dans les deux traditions philosophiques, mais Marie-Odile Goulet-Cazé dans son avant-propos au recueil de Léonce Paquet, *Les Cyniques grecs*, op. cit., p. 16, attire l'attention sur ce qui les sépare sur ce point. Chez les Cyniques en effet, « [l]a philosophie devient ascèse, non point cette ascèse spirituelle fondée sur des exercices propres à l'âme qui fera la grandeur des Stoïciens, mais une ascèse du corps à finalité morale, une ascèse simple, rude, terriblement exigeante. » V. du même auteur, pour une étude approfondie de l'ascèse chez les Cyniques : *L'ascèse cynique. Un commentaire de Diogène Laërce VI 70-71*, J. Paris, Vrin, 2016.

54. Pierre Hadot parlait d'« exercices spirituels » : v. P. Hadot, *Exercices spirituels et philosophie antique*, 1993, rééd. 2002, Paris, Albin Michel.

55. O. Rénaud, *Un monde étrange. Pour une autre approche du cosmopolitisme*, Paris, PUF, 2015.

56. V. not. M.C. Nussbaum, « Citoyens du monde », introduction et traduction par O. Brumelot, *Le Philosophe*, 2006/2, n° 27, p. 227-249 ; et le texte « Patriotism and Cosmopolitanism » qui introduit le recueil *For Love of Country*, Boston, Beacon Press, 1996.

57. Hiéroclès est un stoïcien romain de la première moitié du II^e siècle après J.-C. V. [http://dbpedia.org/page/Hierocles_\(Stoic\)](http://dbpedia.org/page/Hierocles_(Stoic)) (consulté le 20 février 2021).

58. Cicéron, *Des devoirs*, Livre I^{er}, XVII, 54-58.

les neveux, enfin les cousins. Après lui, le cercle qui inclut les autres parents. Celui qui suit celui-là, c'est celui des membres du dème, puis après celui des membres de la tribu, ensuite celui des citoyens, il reste, de la même manière, le cercle de ceux des villes voisines, et celui de ceux qui appartiennent au même peuple. Tout à fait au-dehors, le plus grand, entourant les cercles, celui du genre humain tout entier. Ces cercles passés en revue, c'est à celui qui tend à la vertu, de rassembler, eu égard au traitement dont chacun a besoin individuellement, les cercles comme autour du centre, et de transporter avec zèle ces cercles de ceux qui contiennent à ceux qui sont contenus... On s'attache au fait de devoir le respect de manière égale et à ceux qui sont du troisième cercle et aux parents. Quelque chose en effet de la bienveillance sera enlevé lorsque l'on ajoute la distance selon le sang : c'est à nous cependant de chercher activement de même à les assimiler. On atteindrait la juste mesure, si, par notre propre entreprise, nous raccourcissions la distance du rapport des uns envers les autres [...] »⁵⁹

Et Valéry Laurand de commenter, rendant plus explicite encore ce passage déjà limpide :

« La fin de l'*oikeiôsis* est d'arriver à entretenir avec le genre humain tout entier une relation qui ait la même force que la relation à son propre corps (sa propre constitution). Le mouvement d'appropriation consiste alors à transférer dans un mouvement centripète chacun des cercles extérieurs vers l'intérieur : il s'agit de s'efforcer à intégrer progressivement le dernier cercle dans le premier. Il s'agit en fait de concentrer en soi le monde, ou de se donner les dimensions du cosmos. Il faut insister sur l'effort (« transporter avec zèle... ») que suppose une telle réduction des cercles : il est la conséquence de la prise de conscience de la parenté effective qui unit tous les hommes

comme enfants de Zeus (celle-là même que soulignait précédemment Épicète), c'est-à-dire la conséquence de la progression vers la sagesse. Cette notion d'effort, que Hiéroclès accentue beaucoup, amène à considérer que passer des liens du sang aux autres liens, dans le travail d'homogénéisation des cercles, relève d'un acte de raison : celle-ci affermit les liens que la distance selon le sang rendrait plus lâches. »⁶⁰

Ce que nous enseignent le texte de Hiéroclès et le commentaire de Valéry Laurand, c'est à mes yeux deux choses. Premièrement, il y a une éthique ou une attitude cosmopolite qui consiste à s'exercer à mettre les cercles extérieurs au centre ou, à tout le moins à « raccourcir la distance du rapport des uns avec les autres », c'est-à-dire au fond, ici, considérer l'autre au-delà des frontières – l'étranger – non comme notre concitoyen, mais plus exactement à la même place que notre concitoyen. L'étranger non comme semblable (ce qui reviendrait à nier son altérité), mais l'étranger considéré au même titre, sur un pied d'égalité, sur la base d'une même obligation de respect que celle que je dois à mon semblable.

Deuxièmement cette éthique ou cette attitude relève d'un effort : ce n'est pas l'attitude en quelque sorte « naturelle » (il faudrait discuter à cet égard de ce mot, mais je l'utilise pour plus de facilité) ou spontanée (dans la société) : spontanément, nous hiérarchisons les êtres, et l'intensité de nos sentiments, de notre attention décroît au fur et à mesure qu'on s'éloigne du centre⁶¹. Cicéron est clair sur ce point : la raison ne suffit pas pour « contrer une dilution naturelle des liens »⁶². Dans une démarche personnelle, sur la voie d'une sagesse cosmopolitique, il faut donc s'exercer sans cesse à considérer l'étranger à la même place que mon concitoyen.

Et c'est à ce point que vient s'insérer ma thèse, qui est que si l'on veut aller au-delà de ce chemin personnel de sagesse, de la recherche

59. Hiéroclès, ap. Stobée, IV, 671, 7-673, 11 = LS 57 G. Référence et citation dans V. Laurand, *La politique stoïcienne*, op. cit., p. 34-35.

60. V. Laurand, *La politique stoïcienne*, op. cit., p. 34-36.

61. On peut faire à cet égard le parallèle avec les réflexions de Tocqueville et de Rousseau : v. sur ce point notre contribution « Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique », in O. de Frouville (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015.

62. Même si, comme le démontre parfaitement Valéry Laurand, la présentation par Cicéron de la thèse des cercles concentriques constitue un « gauchissement » de la théorie stoïcienne en ce qu'elle fait prévaloir l'amour de la patrie sur l'amour du genre humain. Ce qui lui fait dire que « Cicéron n'est pas stoïcien » (V. Laurand, *La politique stoïcienne*, op. cit., p. 37-40).

d'une éthique pour soi, ceci afin de *faire droit* au sentiment cosmopolitique de manière générale dans la société (au-delà de l'ascèse personnelle donc), alors il faut nécessairement édicter un *droit cosmopolitique* qui nous fasse une obligation légale, en tant que citoyen de cet État, d'accorder autant de *droits*, et donc de considération et de respect, qu'à nos propres concitoyens. Ce droit cosmopolitique crée l'équivalent d'obligations civiques, mais à l'échelle globale, et peut favoriser le sentiment cosmopolitique – qui est en quelque sorte l'équivalent du sentiment patriotique.

Les droits *humains* apparaissent de ce point de vue comme le centre du dispositif du cosmopolitisme juridique, dans la mesure où hors de toute considération liée à la nationalité, au lieu de naissance, à l'éloignement, à la fratrie ou à toute autre appartenance, ils établissent le droit de chaque personne (et l'obligation corrélative de chacun) au respect de sa dignité *inhérente au fait même d'être humain*.

C'est pour cette raison que l'on peut dire que l'éthique cosmopolite est *au fondement pratique* du droit cosmopolitique. Elle justifie en quelque sorte le droit cosmopolitique dans sa constitution éthique. Dire cela ne revient pas à prétendre que l'édiction d'un droit cosmopolitique *suffirait* à développer un sentiment cosmopolitique. Encore une fois, l'état d'esprit cosmopolitique ne se décrète pas : l'obligation faite d'accorder des droits à l'étranger n'est pas à l'origine du sentiment cosmopolitique. Disons plutôt que le droit cosmopolitique est une condition nécessaire, mais pas suffisante, du développement de ce sentiment. Le droit cosmopolitique *fait droit* à ce sentiment, là où un droit strictement articulé autour du patriotisme l'exclut. Au droit cosmopolitique doit donc s'ajouter une éducation cosmopolitique, comme le voulait Martha Nussbaum. Ce qui impliquerait que l'éducation civique intègre, par exemple, les rudiments du droit international des droits de l'Homme ; qu'en France, la référence à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et à la Révolution française comme origine des droits de l'Homme (la France « patrie des droits de l'Homme »), soit

plus systématiquement complétée par un exposé montrant l'universalisation de ces droits, y compris par le droit international.

B. L'éthique cosmopolite comme mode d'emploi du droit cosmopolitique

L'éthique cosmopolite ne constitue pas seulement le fondement pratique du droit cosmopolitique, elle nous donne des indications sur *comment pratiquer* ce droit cosmopolitique.

C'est en partant de cette idée de *mode d'emploi* pour l'usage du droit cosmopolitique que j'aimerais mettre l'accent sur l'idée d'une éthique cosmopolite de la pratique juridique, en illustrant cette idée plus spécifiquement par celle d'éthique de la pratique du juge cosmopolite⁶³. Le juge cosmopolite, c'est celui qui a pour fonction d'appliquer le droit cosmopolitique à des cas particuliers qui se situent eux-mêmes dans un contexte particulier, et notamment national. Le défi du juge cosmopolite – et par conséquent son principal problème *éthique*, réside dans l'articulation entre la règle universelle (cosmopolitique) et le cas particulier – pas seulement au sens d'un cas qui concerne des individus, mais au sens d'un cas qui s'inscrit dans un contexte (national, ethnique, religieux, social...) particulier.

1°) Premièrement, les Cyniques et les Stoïciens enseignent au praticien du droit cosmopolitique et en particulier au juge cosmopolite qu'une attitude cosmopolite n'est pas directement à sa portée mais nécessite un exercice, un effort, une ascèse. Il faut constamment que le juge des droits de l'Homme *s'exerce* à être un citoyen du monde s'il veut pouvoir effectivement – et pas seulement en théorie, ou juridiquement – être un juge cosmopolite. Il faut donc se répéter constamment, lorsque je juge : « je suis un citoyen du monde ». Quelles sont les implications d'une telle déclaration ? Deux éléments de réponse à cet égard, même s'il faudrait approfondir :

D'abord il faut être *falsificateur de la monnaie*, comme Diogène, c'est-à-dire systématiquement contester, mettre en doute les conventions, à commencer par les siennes en vue de faire

63. V. aussi notre contribution « Le jugement cosmopolite : réflexions sur l'éthique de la pratique juridictionnelle ; À propos des "affaires du niqab" devant la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies », in V. Zuber (dir.), *Histoire et postérité de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Presses universitaires de Rennes, à paraître.

prévaloir le droit cosmopolitique. Être juge-citoyen du monde, ça n'est pas être Alexandre : il ne s'agit pas d'imposer aux autres sa propre conception située de l'universel. De même, il faut être capable de mettre en doute les conventions sur lesquelles s'appuient les particuliers qui sont jugés : le jugement cosmopolitique ne peut être atteint qu'au prix d'un effort, consistant à mettre à distance le « conventionnellement admis ».

Ensuite il faut, comme Marc-Aurèle, s'exercer à être à la fois citoyen de Rome et citoyen du monde⁶⁴ – c'est-à-dire s'efforcer d'adopter le point de vue de l'universel tout en gardant la conscience de son ancrage – car il n'y a rien de pire que s'efforcer d'adopter un point de vue universel en croyant que l'on peut être authentiquement universel. C'est le principe même d'un cosmopolitisme *enraciné* : on n'est vraiment cosmopolitique (citoyen du monde) qu'en se rappelant constamment qu'on est aussi citoyen de Rome et qu'en tant que tel, le jugement que l'on porte n'est jamais qu'une approximation, une tentative pour s'approcher de l'équilibre.

Enfin, dans le même sens, cet effort pour adopter le point de vue cosmopolitique ne peut se faire qu'au terme d'un exercice tendant à séparer les choses du jugement que l'on porte sur les choses, suivant la recommandation du *Manuel* d'Épictète : « Ce qui trouble les hommes, ce ne sont pas les choses, mais les jugements qu'ils portent sur ces choses »⁶⁵. Pierre Hadot remarque à cet égard que Marc-Aurèle « conseille de se faire une définition, "physique" en quelque sorte, de l'objet qui se présente, c'est-à-dire de

l'événement ou de la chose qui provoque notre passion »⁶⁶. Et il cite Marc-Aurèle dans deux passages pour illustrer cette idée de manière éloquente : « Le voir lui-même tel qu'il est en son essence, dans sa nudité, et se dire à soi-même le nom qui lui est propre. »⁶⁷ ; « Cette pourpre [impériale], c'est du poil de brebis mouillé du sang d'un coquillage. L'union des sexes, c'est un frottement de ventre avec éjaculation dans un spasme d'un liquide gluant »⁶⁸.

2°) Deuxièmement, les Cyniques et les Stoïciens nous enseignent à s'exercer à rapprocher les cercles extérieurs du centre, comme on l'a dit plus haut : c'est donc une attention à l'étranger, bien entendu, mais plus généralement une attention à *l'étrange*.

Pour prendre une autre image, une éthique cosmopolite du jugement doit s'exercer à mettre les marges au centre⁶⁹. Le « sujet » des droits de l'Homme est évidemment toute personne humaine, mais l'éthique des droits de l'Homme part de ce constat que ceux dont les droits sont les plus en danger sont ceux qui se retrouvent aux marges de la société : prisonniers, sans domicile fixe, aliénés, minorités de toutes sortes, etc.

C'est cette éthique qui transparaît dans l'attention portée par les juges des droits de l'Homme à la protection des minorités contre le risque toujours présent d'une tyrannie de la majorité. C'est également cette attention aux marges qui suscite une protection particulière des formes d'expression de nature à « choquer » ou à susciter des réactions de rejet, au nom

64. Marc-Aurèle, *Pensées*, VI, 44, 6 : « [...] ma cité et ma patrie, comme Antonin, c'est Rome; et, en tant qu'homme, c'est le monde ».

65. Épictète, *Manuel*, V.

66. P. Hadot, *Qu'est-ce que la philosophie antique*, Gallimard, Folio essais, 1995, p. 211. V. aussi du même auteur, *Introduction aux Pensées de Marc-Aurèle. La citadelle intérieure*, Fayard, 1992, Livre de Poche, p. 180-183.

67. Marc-Aurèle, *Pensées*, III, 11, traduit par P. Hadot, *Qu'est-ce que la philosophie antique*, op. cit., p. 211.

68. *Ibid.*

69. V. à cet égard les réflexions d'E. Helmer, *Diogène le Cynique*, Les Belles Lettres, 2018, sur l'apport du Cynisme à la compréhension de la distinction entre inclus/exclus de la société et à la vulnérabilité, not. p. 180 : « Concevoir le monde depuis la position du mendiant, ce n'est pas seulement prendre conscience de ce qui menace les vies vulnérables : c'est aussi et surtout la constituer en point de vue de vérité d'où se révèlent à la fois la vulnérabilité inhérente à toute vie, le cadre d'"intelligibilité" factice opposant les vies vulnérables aux vies protégées (les "exclus" aux "inclus"), le pouvoir général qu'a la vie de se donner un monde libre et commun depuis l'épreuve, potentiellement partagée par tous, de sa vulnérabilité – même si reste en suspens la question de savoir comment et sous quelle forme ce monde pourrait être édifié ».

d'une éthicité⁷⁰ devenue en quelque sorte une « seconde nature ». On se souvient de la formule maintes et maintes fois répétées par la Cour européenne des droits de l'Homme : la liberté d'expression vaut non seulement pour les « informations accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent, ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »⁷¹.

3°) Enfin, troisièmement, Cyniques et Stoïciens, quoique proches parents, nous proposent une alternative quant à l'attitude que le citoyen du monde doit adopter avec les citoyens des cités particulières – c'est-à-dire entre celui qui suit et applique la loi universelle, et ceux qui vivent essentiellement selon les lois « locales ».

L'attitude Cynique passe par le franc-parler, la *parrhèsia*, qui est une modalité de la vie selon la nature : l'affranchissement des conventions et des normes particulières, c'est aussi le mépris des hiérarchies, qui fait que Diogène parle à

Alexandre le Grand comme à un esclave⁷²; et plus généralement le rejet des *convenances* qui empêcheraient de s'exprimer avec toute la franchise nécessaire pour dire la vérité, particulièrement aux puissants⁷³. Ainsi, adopter une éthique cosmopolitique Cynique conduira à dénoncer les atteintes au droit cosmopolitique, à travers un parler-vrai, un aboiement, quitte à susciter l'irritation ou le rejet de l'interlocuteur⁷⁴.

L'attitude stoïcienne sera toute autre : dans le rapport avec autrui, la prudence se substitue au franc-parler, la compréhension au jugement catégorique et à la moquerie⁷⁵. Le sage stoïcien écoute, cherche à se mettre à la place d'autrui pour comprendre son point de vue⁷⁶, puis à l'amener vers la sagesse et s'il n'y parvient pas, ne peut s'en prendre qu'à lui-même⁷⁷. L'éthique cosmopolitique stoïcienne aura donc tendance à ne pas disqualifier ouvertement les atteintes au droit cosmopolitique, mais à les englober dans un universel, quitte à les requalifier ou à les reformuler pour qu'elles apparaissent comme une formulation particulière de l'universel. Par ailleurs, une éthique stoïcienne privilégiera le dia-

70. Par ce terme nous entendons le concept hégélien de *sittlichkeit*, souvent traduit aussi par « moralité publique », à savoir un ensemble de valeurs, de croyances, de convictions morales, de règles liées aux mœurs qui sont propres à une société donnée. Le terme « éthicité » correspond à la traduction proposée par J.-F. Kervégan dans son édition critique des *Principes de la philosophie du droit* dans la collection « Quadrige » des PUF. Une traduction antérieure de 1940 utilisait le terme « moralité publique » (trad. K. André, Gallimard, 1940). Les traducteurs de l'ouvrage d'Axel Honneth intitulé en allemand « Das recht der freiheit. Grundriss einer demokratischen sittlichkeit » choisissent de reprendre le terme d'éthicité, le titre en français étant : *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique* (trad. F. Joly et P. Rusch, NRF, coll. « Essais », 2011).

71. CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*. Pour l'application de cette jurisprudence v. le commentaire de l'arrêt *Müller et al. c. Suisse*, 24 mai 1988, in F. Sudre (dir.) et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8^e éd., 2017, p. 701-722.

72. La célèbre anecdote rapportée notamment par Diogène Laërce, Livre VI, § 38 : « Alexandre survint qui lui dit : "Demande-moi ce que tu veux". Et lui de dire : "Cesse de me faire de l'ombre" ».

73. Diogène Laërce au Livre VI rapporte toutes sortes d'apophtegmes attribués à Diogène qui vont dans ce sens, par exemple : « Un jour qu'il se masturbait sur la place publique, il dit : « Si seulement en se frottant aussi le ventre, il était possible de calmer sa faim ! » (§ 46); ou « Au cours d'un repas, des gens lui lançaient des os comme à un chien; lui, avec désinvolture, leur pissait dessus comme un chien » (§ 46).

74. Marie-Odile Goulet-Cazé, dans son avant-propos au recueil de Léonce Paquet, *Les Cyniques grecs...*, op. cit., p. 18, parle de « pédagogie cynique » : « Il est évident que pour faire passer son message le Cynique ne pouvait user des moyens ordinaires de l'enseignement et de la persuasion. De fait il prit un double parti : celui d'aboyer, de mordre même, et celui de choquer pour réveiller les gens de leur léthargie bien-pensante. Ces attitudes ne sont que les expressions de la qualité la plus chère aux yeux des Cyniques : la *parrhèsia*, cette franchise qui invite à tout dire, même ce qui scandalise le plus ».

75. P. Hadot, *Introduction aux Pensées de Marc-Aurèle. La citadelle intérieure*, op. cit., p. 357 et s.

76. Marc-Aurèle, *Pensées*, VI, 53 : « Habitue-toi à écouter attentivement les paroles d'autrui; entre, autant que possible, dans l'esprit de celui qui parle ».

77. Marc-Aurèle, *Pensées*, X, 4 (dans la citation faite par P. Hadot, *Introduction...*, op. cit., p. 359) : « S'il se trompe, l'en instruire avec bienveillance et lui montrer son erreur. Si tu n'y parviens pas, t'en prendre à toi-même ou plutôt même pas à toi-même ». P. Hadot cite aussi Épictète, II, 12, 4 (nous citons ici la traduction parue dans La Pléiade par É. Bréhier : « Toi aussi, montre-lui la vérité et tu verras qu'il te suivra. Tant que tu ne la lui auras pas montrée, ne ris pas de lui, mais aie plutôt le sentiment de ta propre incapacité »; et dans le même sens II, 26, 7).

logue à l'apostrophe ou à la dénonciation, sans pour autant céder sur le principe⁷⁸.

La *parrhèsia* Cynique peut avoir le bénéfice de l'électrochoc mais encourt aussi le risque de susciter le rejet et la fermeture, l'absence de coopération.

Inversement, la prudence stoïcienne est plus tactique : elle est ouverture au compromis et à la discussion sans perdre de vue son objectif qui est d'amener l'insensé sur le chemin de la sagesse. Mais elle peut devenir vaine, face à un interlocuteur de mauvaise foi, qui n'écoute pas, et qui ne souhaite pas être convaincu.

En fait les deux attitudes peuvent être mises à contribution en fonction des circonstances : le juge cosmopolite doit pouvoir réveiller les consciences par un aboiement, sortir le justiciable de ses gonds pour l'obliger à changer de perspective ; mais, il doit pouvoir faire usage d'écoute et de pédagogie pour amener le justiciable à comprendre le jugement, à l'accepter et à le mettre en œuvre.

* * *

À partir d'un point d'interrogation – que puis-je faire de ces philosophes pour mon propos ? – vous voyez que j'y ai finalement trouvé des trésors sucrés et parfumés et que j'ai pu en faire mon miel, à force de les lire et de les relire et de lire aussi de bons commentateurs.

En définitive, l'éthique cosmopolite, telle qu'on peut la trouver chez les Cyniques et les Stoïciens, me paraît un complément absolument

nécessaire au cosmopolitisme moderne, constructif, institutionnel, politique et juridique.

Plus généralement, ce que met en valeur cette discussion, c'est que le droit ne peut être envisagé uniquement comme un système de normes, ou comme un ensemble d'institutions – ce qui est trop souvent l'habitude des juristes.

Comme chez Kant, il nous faut joindre une doctrine de la vertu à la doctrine du droit : les deux sont indissociables.

Est-ce que cet oubli de la vertu est la conséquence de ce que Michel Villey dénonçait comme le mouvement de subjectivation du droit venu avec la Modernité (la faute « aux » droits de l'Homme en quelque sorte)⁷⁹ ? Je ne crois pas. Mais c'est sans doute plus généralement la faute « au » droit moderne, et si je rejoins Villey, ce sera sans doute sur ce plan : le droit moderne a trop « rationalisé » – au sens d'une rationalité instrumentale, d'un positivisme juridique mécanique – le droit, oubliant au passage que le droit est une pratique sociale.

Mais là où je me sépare de Villey, c'est que je ne crois pas que cela doive amener à condamner les droits de l'Homme : bien au contraire, puisque l'adjudication de ces droits dans le cas d'espèce ramène précisément à ce que Villey recherchait, à savoir une casuistique, un art de la mesure de justes rapports et de la juste répartition – c'est en tout cas ce que montre la lecture de la jurisprudence des organes de protection des droits de l'Homme – si on prend la peine de la lire...

78. Il y a en effet une limite à la compréhension et à l'écoute, sans que cette limite soit clairement définie. V. par ex. Marc-Aurèle, VI, 50, 1, dans la traduction donnée par P. Hadot, *Introduction...*, op. cit., p. 363 : « Essaie de les persuader, mais agis, contre leur volonté, si l'ordre raisonnable de la justice l'exige ainsi ».

79. V. notamment M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1983, spéc. p. 154 : « L'apparition des droits de l'homme témoigne de la décomposition du concept de droit. Leur avènement fut le corrélat de l'éclipse ou de la perversion, dans la philosophie moderne individualiste, de l'idée de justice et de son outil, la jurisprudence. Elle avait pour fin la mesure de justes rapports. Cet art autonome remplissait un office propre, irremplaçable. Les philosophies de l'Europe moderne l'ont mis au rancart. Le souci d'une juste répartition a disparu de leurs ouvrages. Ces *non-juristes* que furent les inventeurs des droits de l'homme leur ont sacrifié la justice, sacrifié le droit. »

Perspectives

Droit constitutionnel

Dans chaque numéro, la RDA rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

Dans quel « État » se trouve
notre Constitution ?

Denis Baranger

p. 126

Rétrospectives et perspectives sur la place
du droit comparé dans la jurisprudence
du Conseil constitutionnel

Élisabeth Zoller

p. 134

La responsabilité politique a-t-elle encore
un avenir ?

Bruno Daugeron

p. 140

Le glissement d'une responsabilité politique
vers une responsabilité pénale des ministres :
regard critique sur un certain exceptionnalisme
français, révélé par le cas de l'épidémie
du coronavirus

Olivier Beaud

p. 151

Dans quel « État » se trouve notre Constitution ?

Denis Baranger

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Les éditions Panthéon-Assas nous ont récemment fait l'honneur de publier un volume dont le titre est « L'ÉTAT DE LA CONSTITUTION 2018-2019 »¹. Il contient un choix de billets parus pendant à peu près un an sur le blog de droit constitutionnel *Jus Politicum* (<http://blog.juspoliticum.com>). Ce blog est un prolongement de la revue *Jus Politicum* qui existe depuis 2008 (<http://juspoliticum.com/la-revue>). Elle fut fondée avec pour programme un renouvellement de la discipline du droit constitutionnel, face à ce qui était perçu par ses fondateurs comme une crise profonde de la doctrine constitutionnaliste. Le blog, créé en 2016, vise pour sa part à permettre un suivi de l'actualité constitutionnelle. Avec les billets du blog reproduits dans « L'ÉTAT DE LA CONSTITUTION », on voit évoluer le droit constitutionnel sous le regard de spécialistes qui ne sont pas déjà sollicités par les plateaux des chaînes d'information continue. Cela leur laisse un peu de loisir, mais aussi une liberté plus précieuse encore, celle de pouvoir conduire une réflexion scientifique relative au fonctionnement quotidien des institutions et à la vie politique. Seule une telle connaissance concrète de la politique et de ses relations avec le droit permettra de sortir la connaissance constitutionnelle de l'ornière où elle se trouve du fait du partage infécond des tâches opéré depuis plusieurs décennies entre « le droit » et « la science politique ». Au droit une analyse des normes. À la science politique, une lecture des rapports de forces politiques² mais surtout, de nos jours, des rapports sociaux, tant la sociologie domine la discipline.

Entre les deux, délaissée parce que doublement frontalière (un pied sur chaque territoire) *la Constitution*. Proprement juridique, la Constitution n'est pourtant pas séparable de la politique. Elle s'y enracine. La politique est une activité qui

revêt certaines caractéristiques fondamentales. Elle est en permanence normative – elle dit le bien et le mal *dans* et *pour* la société. La politique est aussi constamment mouvementée et parfois violente – elle est un combat *pour* ou *contre* le pouvoir. L'action politique est en permanence enfermée dans des contradictions – on dit le bien mais on fait le mal, on dénonce la corruption mais certains y succombent, on refuse toute responsabilité mais on se prétend légitime (ou inversement)... Dans le même temps, revêtue de tous ces caractères et marquée par une profonde contingence (incertitude, mensonge, opacité, changements incessants), la politique possède aussi un penchant à aller vers le principe, à se rapporter à ce qui lui sert de fondation. Ainsi orientée, *la* politique devient *le* politique, et c'est sur ce sol spécifique qu'elle rejoint la Constitution et le droit constitutionnel. L'un des grands intérêts du droit constitutionnel, c'est de donner à voir notre rapport effectif aux principes, sous l'angle de la manière dont nous les formulons et dont nous les concrétisons socialement.

C'est au contact de cette réalité politique que le droit constitutionnel évolue. Pour le connaître, il faut donc commencer par un travail d'exploration de la pratique politique et institutionnelle. C'est ce travail empirique que le blog de *Jus Politicum* a engagé, sans prétendre y parvenir parfaitement ou en détenir le monopole, cela va de soi. Mais il s'imposait, car le milieu scientifique du droit constitutionnel s'en était dans une large mesure détourné, tandis que la science politique française, qui comporte d'excellents spécialistes des partis, des référendums, ou de tel ou tel autre phénomène politique ou institutionnel, a tout de même en large part mis de côté ce projet. À côté de ces individualités remarquables, la science politique de notre temps comme disci-

1. D. Baranger et O. Beaud (dir.), *L'État de la Constitution 2018-2019. Les billets du blog Jus Politicum*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020.

2. Je reprends ici une distinction proposée par P. Raynaud : « le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n° 2, 2008, <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html>

plaine – gouvernée comme toute discipline par des formes de pouvoir qui la norment et prohibent *de facto* certaines directions de recherche – a presque complètement renoncé à saisir la politique au niveau institutionnel. Soit elle est allée regarder ailleurs (par exemple *via* la sociologie des mobilisations), soit elle s’est déplacée de la politique vers les politiques (publiques), abandonnant au passage le politique à la philosophie politique normative. Ce n’est pas cette dernière, désormais essentiellement orientée vers l’élaboration d’une pensée de la justice très élaborée, mais sans prise sur le fait politique immédiat, qui peut aider à réaliser cette tâche. Ce serait, idéalement, une pensée du politique ne renonçant pas à l’appréhender dans sa texture concrète, tout en produisant les concepts nécessaires à sa compréhension. Nous aurions à gagner à retrouver un Aron, un Castoriadis ou un Lefort pour nous guider dans les temps présents. En attendant de trouver ce partenaire du côté de la philosophie, le droit constitutionnel a donc une sorte de mission qui est de rester le lieu où l’on prend au sérieux la vie institutionnelle et la politique qui s’y déroule³.

On peut s’étonner que certains constitutionnalistes, en général professeurs de droit, aient l’audace de réclamer un droit de regard sur ces terrains apparemment si éloignés de leurs compétences et de leurs intérêts propres. De quel droit ? Pourquoi ne s’occupent-ils pas de leurs affaires ? Précisément parce que la politique et le politique sont aussi leur affaire. La compréhension même de notre objet, la constitution, est dépendante de cette reprise en charge. On peut espérer le montrer en examinant brièvement « dans quel état » se trouvent deux grands territoires du droit constitutionnel : la justice constitutionnelle (I) et les institutions politiques (II).

I. La justice constitutionnelle : un bilan de santé

A. Mauvaise forme ?

Il est devenu difficile de concevoir un système juridique moderne dépourvu de justice constitu-

tionnelle. Le contrôle de la loi au regard de la Constitution fait désormais partie des exigences les plus élémentaires de la conscience juridique contemporaine. La loi est devenue une « norme supposant contrôle », selon une excellente formule de mon éminent collègue Patrick Wachsman. Dans les grands pays où existe une telle justice constitutionnelle, un débat sérieux, non trivial, n’en a pas moins vu le jour au sujet des justifications de cette existence. Aux États-Unis, des auteurs tels que Jeremy Waldron ou Mark Tushnet ont développé une critique argumentée, non pas de telle ou telle décision de la Cour suprême dans le domaine constitutionnel, mais de la justice constitutionnelle elle-même. « Placer la Constitution en dehors des cours de justice »⁴ est devenu un slogan d’un courant de constitutionnalisme populaire qui dénonce la confiscation de la question constitutionnelle par les juges. Il existe pourtant un pays où un tel débat n’a jamais eu lieu ou presque : le nôtre.

Notre justice constitutionnelle est-elle si parfaite qu’aucune discussion n’a droit de cité la concernant ? On peut tout contester en France, et on ne s’en prive pas. Nous avons une culture politique marquée par la Révolution française et la valorisation de la contestation sous toutes ses formes. Pourquoi la justice constitutionnelle échappe-t-elle à cette culture de l’indignation mise en valeur par un célèbre essai ? Il n’est pas question dans ces lignes de répondre à cette question, ni de commencer cette discussion de fond sur la légitimité de la justice constitutionnelle. Mais elle s’imposera tôt ou tard. À regarder en effet l’échantillon que constitue notre « ÉTAT DE LA CONSTITUTION » pour les années 2018 et 2019, la discussion est possible, et grâce à nos auteurs – et à d’autres dans d’autres publications, à un âge où le contrôle de la production scientifique par l’État est devenu beaucoup plus difficile – elle a déjà un peu commencé⁵.

Après une longue période d’entre-soi intellectuel, où la doctrine a choisi de n’offrir qu’une vision optimiste de l’activité du Conseil constitutionnel, une certaine dose d’esprit critique a donc pu réapparaître. La revue *Jus Politicum*,

3. Une illustration de ce rapprochement se trouve dans les remarquables écrits de Jean-Marie Denquin rassemblés sous le titre *Penser le Droit Constitutionnel* (2019) et publiés dans notre collection « droit politique » chez Dalloz.

4. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 2000.

5. V. par ex. le billet de P. Wachsman, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l’incrimination des clients des prostituées », *L’État de la Constitution 2018-2019*, p. 149-158.

également soutenue par notre Université, a, dans un passé récent, publié plusieurs numéros où le regard porté sur le juge constitutionnel rompait avec le style presque exclusivement laudateur d'une bonne partie de la doctrine française des deux ou trois dernières décennies. Les numéros de *Jus Politicum* consacrés au juge constitutionnel « gardien des libertés »⁶ puis au « Conseil constitutionnel et les branches du droit »⁷, ont présenté un tableau nuancé de l'état de notre justice constitutionnelle. Il ne s'agissait pas d'être systématiquement négatif, mais de montrer les limites et les failles de notre manière française de rendre la justice constitutionnelle, autant que les réussites. Ces contributions permettent désormais de mieux cerner le phénomène de la justice constitutionnelle en France. Après l'âge des éloges inconditionnels, l'âge des lauriers hâtivement décernés, espérons que vienne un âge du débat scientifique, sans complaisance ni animosité.

Or ces analyses qui ne sont pas gratuitement violentes ou idéologiques mais au contraire argumentées, le juge constitutionnel ne les entend pas. Qu'est-ce que la doctrine pour le Conseil constitutionnel, si ce n'est pas une doctrine qu'il a lui-même choisie – avec ses propres prix, sa propre revue, ... – quand il ne l'a pas lui-même produite au moyen de sa propre littérature organique ? Le juge constitutionnel a ses auteurs, ses compagnons de route, ses solides lignes de défense. Cet entre-soi n'est-il pas plus reposant ? À quoi bon engager une véritable réflexion sur son office ou ses méthodes ? N'est-il pas le « gardien des libertés » ? Ne parle-t-on pas de ses membres comme de « sages »⁸ ? Ces formules masquent son statut réel. Le Conseil constitutionnel est une branche du pouvoir d'État, bien qu'une branche secondaire et moins performante que celle que représente son grand voisin du Palais-Royal. Le Conseil d'État a, sur plusieurs siècles, été l'un des bâtisseurs de notre État. La jurisprudence administrative a été le ciment de cette construction. Mais une jurispru-

dence constitutionnelle aussi fragile ou insuffisante que la nôtre fragilise l'État plutôt qu'elle ne le renforce. En modifiant un peu une célèbre formule américaine, on pourrait dire qu'on ne fonde pas un État solide sur une jurisprudence qui doute, ou qui inspire le doute. Il n'y a pourtant de société libre qu'adossée à un État robuste.

Il est très délicat pour des professeurs de droit d'engager la critique, au sens à la fois le plus rigoureux et le plus courant, d'une juridiction importante et de sa jurisprudence. Le juriste universitaire n'est-il pas soumis, je ne dirais pas à l'impératif kantien, mais disons à la détermination kantienne d'être seulement un diffuseur de la volonté souveraine de l'État, un messenger fidèle et soumis d'une autorité détenue par ceux qui ont le pouvoir de produire le droit positif ? Mais cette condition ancillaire, subordonnée, du professeur de droit tel que Kant le voyait possède aussi quelque chose d'intenable, du moment que le juriste universitaire décèle, par l'exercice de sa *simple raison*, que quelque chose *ne va pas* dans la production normative d'un organe de l'État. Cette défaillance d'une décision, voire la défaillance systémique de toute une jurisprudence, ne doit-elle pas aussi être dite par le professeur pour des raisons tenant à la fois à son office professionnel, à sa vertu de citoyen, voire à sa morale personnelle ? Car si lui ne le fait pas, qui le fera ? Probablement pas l'opinion qui est bien plus déférente qu'on ne le pense vis-à-vis de certaines formes d'autorité et qui acceptera sans esprit critique ce qui sera dit au nom « des droits de l'homme », « des libertés » ou « de la Constitution ».

Or, si on admet de voir ce qu'il faut voir, la faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle française devient de plus en plus palpable. Et une partie au moins des professeurs de droit français ont pris en charge ce travail qui commence par un simple regard réaliste porté sur le corpus des décisions de notre juge constitutionnel. Que l'on compare ce qui s'écrit aujourd'hui, grâce à la diversification des supports de publication, à

6. « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques », *Jus Politicum*, vol. IV, Paris, Dalloz, 2012.

7. « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques », *Jus Politicum*, vol. X, Paris, Dalloz, 2019.

8. Une recherche effectuée en août 2020 sur une base numérique (Europresse) contenant les archives de la presse nationale française a donné, en croisant les mots-clés « Conseil constitutionnel » et « sage », plus de 26 000 réponses...À ce stade, il est permis de parler de lieu commun...

propos du Conseil constitutionnel⁹ et les éloges, sans mesure, sans limite, sans contrepoids, des années 1980-1990. Le Conseil constitutionnel a peut-être tort de ne pas réfléchir avec un peu de distance à son propre cas. Notre juge constitutionnel est fragile, et par là, il nous fragilise. Il affaiblit les « murs de notre cité » que sont les lois et la constitution. Simplement, il ne le sait pas.

B. La prise en main contentieuse de la Constitution

Du point de vue du contrôle de constitutionnalité *a priori*, la presse – qui dit vrai en démocratie d'opinion – dira : « les sages » ont validé telle loi, ou bien : « les sages corrigent la copie » du législateur. Et l'opinion admet que le législateur avait erré. La fabrique des grands principes constitutionnels est devenue une boîte noire. Le législateur est jugé sans appel, avec des motivations réduites, par un juge qui peut légitimement espérer échapper au regard critique. Pourtant, la mécanique du contrôle de constitutionnalité doit être examinée avec soin pour en comprendre les effets sur la constitution.

Prenons le cas de la Question Prioritaire de Constitutionnalité. On dit qu'elle constitue un immense progrès parce qu'elle rapproche le justiciable de la constitution. On parle même désormais à ce sujet d'une « question citoyenne ». Mais comment les rapproche-t-elle ? Elle permet au justiciable de contester la constitutionnalité d'une disposition législative qui lui est applicable. Il y a certainement des vertus à cela. Mais ce n'est pas *en soi* un dispositif vertueux. De même qu'il est totalement a-scientifique de présenter en toutes circonstances le Conseil constitutionnel comme un « gardien des libertés », il est totalement a-scientifique de délivrer un brevet de vertu à la QPC dans son ensemble. C'est un mécanisme qui peut tout à fait être utilisé de manière non vertueuse. Le subjectivisme qui lui est inhérent fait que, très logiquement, le justiciable va chercher n'importe quel point d'ac-

croche possible dans le droit législatif pour soulever une Question Prioritaire de Constitutionnalité. Absolument rien ne démontre que cela conduit à une amélioration uniforme de la qualité du droit constitutionnel. On pourrait tout à fait dire l'inverse : cela le fragilise, le particularise, le subjectivise. Le droit constitutionnel nouveau s'éloigne de toute capacité à énoncer quels sont les fondements de la communauté politique. Des concepts comme l'intérêt général, ou, pis encore, la volonté générale, sont progressivement plongés dans l'insignifiance. De grandes notions comme « la garantie des droits » ou la « séparation des pouvoirs »¹⁰, toutes deux tirées de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, sont employées par notre juge constitutionnel de manière extrêmement impressionniste, sans théorie d'ensemble. À la particularité des revendications des sujets de droit répond donc le particularisme des réponses jurisprudentielles, accentué par le défaut de motivation des décisions du Conseil constitutionnel. Les concepts du droit constitutionnel perdent leur charge de signification, leur capacité à vouloir dire quelque chose d'un point de vue politique. Qui peut dire aujourd'hui ce que signifient la république, la volonté générale, la souveraineté, la séparation des pouvoirs, voire la démocratie en termes constitutionnels ? Le renvoi à une pluie de solutions jurisprudentielles est un phénomène qui ne se trouve pas du côté de la solution mais du côté du problème. Ce que l'on répond de précis au justiciable étouffe ce que l'on peut dire de clair au citoyen.

II. Que deviennent nos institutions ?

A. Crise des grands principes

Les juristes des facultés de droit ayant majoritairement choisi de se pencher sur des questions de contentieux constitutionnel, importantes, mais très insuffisantes pour appréhender tout le champ de la discipline, le droit institutionnel est passé de mode. Les étudiants ne l'étudient

9. V. par exemple des blogs personnels comme celui du prof. Paul Cassia (p. ex. le billet du 22 mars 2020 : « le Conseil constitutionnel déchire la Constitution » : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/270320/le-conseil-constitutionnel-dechire-la-constitution>) ou des revues en ligne comme la *Revue des droits de l'homme* du CREDF de l'Université Paris-Ouest (<https://journals.openedition.org/revdh/3898>).

10. La démonstration de cette perte de sens a été rapportée par Olivier Beaud en ce qui concerne la séparation des pouvoirs : « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (À propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus Politicum*, Paris, Dalloz, vol. V, 2013, p. 181-221.

presque plus, et les élites gouvernantes – formées à d'autres savoirs incompatibles – ne le connaissent guère, du moins pas en profondeur. L'examen des principes supérieurs de la discipline, autrefois courant dans les premiers chapitres des ouvrages de droit constitutionnel, en est désormais totalement écarté. La (regrettable) pauvreté de la formation des juristes en la matière n'est qu'un symptôme. Plus profondément, personne n'a rien de sérieux à dire sur les principes juridiques de la constitution démocratique. Le dynamisme démocratique (indiscutable) de nos sociétés ne trouve pas de relais dans une pensée institutionnelle convaincante. La démocratie radicale a finalement très peu à dire sur les institutions. De son côté, la démocratie libérale, qui a inspiré nos institutions politiques depuis la fin du dix-huitième siècle, a du mal à parler d'elle-même, sauf à se rapporter à des principes d'un autre temps, dont il faudrait démontrer la pertinence pour notre temps ou du moins opérer l'actualisation. À défaut, elle a perdu le sens de sa raison d'être. Au total, les institutions politiques peinent à se rapporter à leurs principes fondateurs, résumés dans l'idée autrefois répandue de « démocratie libérale ». Notre contemporain est tout à la fois celui de l'infécondité institutionnelle des projets de démocratie radicale et celui de l'affaïssement des conceptions libérales classiques de la représentation politique et de la responsabilité des gouvernants.

À défaut de pensée vivante, associant des principes constitutionnels actualisés à des mécanismes constitutionnels opérants, nous confions assez logiquement nos institutions à des gestionnaires. On a délégué le *management* des institutions aux juridictions et à des hauts-fonctionnaires, ce qui donne des résultats du type de ceux déjà évoqués : des réformes techniques dont le propre est de ne *même pas essayer* de trancher les problèmes de principes. Le modèle en a été le projet de loi de révision constitutionnelle du 23 décembre 2015 dit de « protection de la Nation ». La réforme de la déchéance de

nationalité y passait par une simple extension de la compétence du législateur en vue de déterminer « les conditions dans lesquelles une personne née française qui détient une autre nationalité peut être déchue de la nationalité française lorsqu'elle est condamnée pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation ». On transformait ainsi en un simple problème de compétence ce qui était une question de fond touchant à la signification politique de la détention de la nationalité française.

Celles des révisions qui parviennent à être adoptées posent tout autant problème. Ce sont nos trop fameuses révisions-adjonctions, par lesquelles on fait cohabiter la disposition constitutionnelle de principe (intouchée) et une exception qui lui est apportée en vue le plus souvent de permettre la ratification d'un traité international. On observe aussi la prise en charge croissante de la matière constitutionnelle par des règles de niveau normatif infra-constitutionnel, en particulier les traités et les lois organiques¹¹. Et le cercle (assez peu vertueux) se referme, puisque les questions de principe esquivées par ces techniques de management normatif reviennent sous la forme de questions posées au juge.

Je voudrais faire un lien entre ces processus et une tendance le plus souvent examinée ou commentée par des sociologues ou des spécialistes de science politique. Cette tendance est reflétée par les sondages relatifs à la confiance des français dans leurs institutions, les principes démocratiques qui les inspirent, et le personnel politique qui agit en leur nom¹². On sait que cette confiance n'a fait que se dégrader. On sait aussi comment le populisme a pu, dans des pays voisins, apparaître comme la résultante de cette perte de confiance. Il est étonnant que la discipline du droit constitutionnel ne fasse pratiquement aucun cas de ces tendances. Elle semble superbement les ignorer. Ce n'est pas seulement parce qu'on envisage moins le droit constitutionnel sous son angle « institutionnel » et qu'on a cherché à séparer de manière étanche l'étude

11. Nous en avons eu un exemple très récent avec le projet de loi organique relatif au CESE déposé le 7 juillet 2020 devant l'Assemblée Nationale. Ce texte fait suite à l'échec de deux projets de loi constitutionnels en 2018 et 2019 qui comportaient une refonte du CESE. Il reprend certaines portions du texte de 2019, il les modifie, et il rentre dans des détails où le législateur constituant n'était pas entré. Autrement dit : face à l'échec d'une révision constitutionnelle, on a refondu le statut et les compétences d'une institution constitutionnelle via un type de règle qui n'est fait que pour compléter, non pas pour amender, la Constitution : la loi organique.

12. Voir par exemple les résultats du « baromètre de la confiance politique » établi par le CEVIPOF : <https://www.sciencespo.fr/cevipof/fr/content/les-resultats-par-vague.html>

des normes par les juristes et l'analyse des faits politiques par d'autres spécialistes des sciences sociales. Le biais contentieux ne consiste pas seulement à choisir comme objets des décisions de justice constitutionnelle. Il revient aussi à ne vouloir les lire que d'une manière assez étroite. Il faut pourtant se rendre compte que les jurisprudences que nous étudions dans nos revues spécialisées, de même que les textes législatifs ou réglementaires qui paraissent sur « Légifrance », autrement dit toutes les mutations techniques de notre discipline sont en interaction profonde avec ces tendances.

Les dispositifs contemporains de gouvernement se sont répartis sur deux plans. Au premier plan, se trouvent les institutions politiques régies par la constitution. Au second plan, opèrent les rouages de la technocratie de type rationnel (bureaucratie, police, etc.), qui se sont intégrés aux formes de gouvernement. Cette intégration était probablement une nécessité historique. Les bureaucraties, comprenons-le, sont absolument nécessaires. L'État moderne ne peut pas se passer d'elles. Mais l'interaction entre strate technocratique et strate politique peut jouer de différentes manières. Dans un sens, qu'on voit dans le laboratoire américain, le politique tend à rejeter le technocratique et à le détruire, ou du moins le fragiliser ou le délégitimer. La droite républicaine, de Reagan à Trump, est mue par un anti-étatisme virulent. La gauche américaine, plus étatiste, n'est pas exempte de tels réflexes (comme on le voit avec le mouvement « *defund police* »). La France est le lieu où se déroule un mouvement en sens inverse. Notre Cinquième République est peut-être le terrain par excellence de l'interaction forte entre le plan politique et le plan technocratique. Il est bien connu que la classe politique a été investie massivement par un personnel issu de la haute fonction publique. Dans le même temps, des compétences strictement politiques ont été confiées à des organes administratifs. Le grand choc du récent remaniement ministériel de l'été 2020 n'a-t-il pas été, plutôt que la nomination de tel ou tel ministre ou secrétaire d'État, le départ (forcé) d'un Secrétaire Général du Gou-

vernement ayant acquis tant de pouvoir qu'il était parvenu, à en croire la presse, à dicter sa loi aux ministres. On pourrait aussi faire état du rôle des autorités « censorielles »¹³ comme le Défenseur des droits, le contrôleur général des lieux de privation de liberté, et des grandes Autorités administratives indépendantes qui ont pratiquement rang de ministères (telle l'Autorité de la concurrence) et montrer aussi comment ces institutions ont pris de l'importance et comment cela a dévitalisé les ministères, dont les occupants ont surtout désormais un rôle de porte-paroles. Le cas des ministres est parlant : il y a eu un déplacement de ce qui est vivant et de ce qui est mort en droit constitutionnel. La cartographie est à refaire.

B. Ce qui est vivant et ce qui est mort dans nos institutions

Du point de vue des principes qui gouvernent nos institutions, l'état des lieux pourrait être résumé ainsi : *épuisement représentatif, absence d'alternatives institutionnelles pertinentes.*

Épuisement représentatif parce que les dispositifs de la représentation politique – qui sont à distinguer du principe représentatif lui-même qui est beaucoup plus stable et n'est pas voué à disparaître – sont à bout de force. Mais dans le même temps, on constate une certaine difficulté à penser l'activité politique des citoyens sur un mode institutionnellement opérationnel. Le Parlement est entré dans une crise profonde, « grâce » à la Constitution de 1958, aux soins incessants de l'exécutif, aux efforts du Conseil constitutionnel pour systématiquement l'abaisser, au manque de vigilance des parlementaires qui ne défendent pas assez leur propre institution. Les manuels de droit constitutionnel rappellent toujours que la grande vertu de la Constitution de 1958 a été de permettre la formation de majorités stables, là où la constitution de 1946 ne produisait que de l'instabilité gouvernementale. C'est exact à un certain niveau d'analyse, et en mettant de côté des phénomènes tout de même non-négligeables comme les coalitions instables qu'a connu le régime (le couple RPR-

13. Je propose ce terme, bien sûr inspiré de l'institution de la censure romaine, pour désigner des institutions indépendantes, comme le Défenseur des Droits, qui jouent un rôle se situant au carrefour de la mise en application du droit et de la moralisation des comportements. Ces institutions se multiplient et se renforcent. Les constitutionnalistes devraient les étudier, mais pour cela il leur faudrait comprendre leur rapport avec l'éthos, la vie morale profonde, de nos sociétés. Ces autorités censorielles ne sont pas des autorités indépendantes comme les autres.

UDF dans les années 1970, ou la « gauche plurielle » de 1997 à 2002) et les phénomènes de « frondes » comme sous la présidence de François Hollande.

Mais, surtout, quel est le prix de cette stabilité des majorités ? C'est la mort lente de toute vie parlementaire effective. Or un parlement rendu impotent, inerte politiquement, ne soutient pas réellement un Président et son gouvernement. La majorité présidentielle finit par plus dépendre du Président que l'inverse. Ainsi, quel soutien M. Macron trouve-t-il dans sa majorité « introuvable » de 2017 (317 députés en 2017, désormais un peu moins) ? La vie politique s'est retirée du Palais-Bourbon, et il est oiseux de prétendre que la Cinquième République s'en trouve consolidée. Désormais l'instabilité, au lieu de venir du sein des institutions, devient exogène : gilets jaunes, violence anti-institutionnelle et anti-étatique, perte de confiance profonde dans l'État, le droit et les institutions... Tout cela doit être mis dans la balance quand on fait le bilan de l'*arraisonnement* du parlementarisme produit par la *rationalisation* parlementaire chère aux pères fondateurs du régime. L'assainissement du Parlement cher à Michel Debré a tué le malade. L'idée même d'une guérison possible a par ailleurs presque disparu. On le voit aux essais de révisions de la Constitution qui se sont succédés. Les précédentes réformes constitutionnelles, ou les projets de réforme, prétendaient toujours d'une manière ou d'une autre « revaloriser » le parlement, même si bien sûr cela ne se produisait pas. Mais les deux projets de révision constitutionnelle de 2018-2019 ne le prétendaient même plus. Ils entendaient abaisser sciemment le Parlement, sans se masquer.

Les alternatives institutionnelles et le « plus de démocratie ». Cette crise du régime fragilise l'architecture institutionnelle de la démocratie. Beaucoup s'en rendent compte et en appellent à *plus* de démocratie. C'est un trait naturel d'un régime démocratique : il est tourné, comme chacun sait, vers un horizon de jonction plus étroite, de fusion plus parfaite, entre gouvernants et gouvernés. Comme cet horizon, par définition, s'éloigne au fur et à mesure qu'on marche vers lui, on se plaint du manque de démocratie et on en appelle à un renforcement quantitatif : il en

faut *plus*. C'est, il faut le dire, une illusion très enracinée dans le mouvement démocratique. Que nos régimes soient démocratiques, c'est une évidence. Aucune alternative n'existe dans le monde moderne. Que les pseudo-alternatives soient archaïques, historiquement dépassées, ou indésirables et ignominieuses, c'est une évidence également. Qu'il y ait désormais fusion tendancielle entre démocratie et droits de l'homme, cela joue aussi un rôle important dans cet état de chose. Mais en appeler à plus de démocratie, cela consiste avant tout à apposer le label de la démocratie sur des mécanismes institutionnels d'un certain genre. Or, que l'on creuse un peu et l'on verra que ces mécanismes – le référendum, les dispositifs participatifs, par exemple – ne sont pas intrinsèquement plus (ou « mieux ») démocratiques que les dispositifs représentatifs des siècles passés, sol autrefois fécond mais désormais presque épuisé. Décerner *a priori* un certificat de démocratie pure et parfaite à ces dispositifs, ne conduira qu'à d'autres déceptions.

Le sol du régime représentatif classique est peut-être épuisé, mais il ne sera pas rendu de nouveau fertile par un appel incessant à *plus* de démocratie. Parlements, élections traditionnelles, jeu des partis et des majorités sont peut-être le passé de notre illusion politique, même s'il semble très prématuré de conclure à leur disparition. Mais beaucoup de mécanismes dits démocratiques sont peut-être (et peut-être déjà) l'avenir de nos illusions constitutionnelles. C'est en particulier le cas du référendum¹⁴. Il est étonnant, après le traité de Lisbonne (qui a entériné l'essentiel de ce qui avait été pourtant rejeté par le référendum français de 2005), le référendum grec de juillet 2015, le *Brexit*..., qu'une réflexion un peu sceptique ne soit pas engagée à propos du référendum. Il s'agit pourtant d'un mécanisme fondamentalement dépendant des gouvernants en place, essentiellement non délibératif, et (pour ces raisons) ouvert à beaucoup de manipulations. Il y a peut-être plus à espérer de ce que l'on appelle la démocratie participative du moment qu'elle est en même temps délibérative. L'intérêt d'une convention délibérante tirée au sort par rapport, par exemple, à des pétitions ou à un référendum semble réel, du moment qu'on surmonte beaucoup d'incertitudes et d'aléas qui

14. Je me permets de renvoyer sur ce point à mon billet « Péril populiste et illusion référendaire » paru sur le blog *Jus Politicum* : <http://blog.juspoliticum.com/2019/11/28/peril-populiste-et-illusion-referendaire-par-denis-baranger/>

accompagnent encore ces essais. Tout reposera en la matière sur l'expérimentation. On le fait déjà, d'ailleurs et avec un soin qui mérite l'hommage. L'institution parlementaire se porte si mal, de nos jours, qu'une citoyenne prise au hasard dans la rue parle avec presque (je pourrais retirer le *presque*) plus d'autorité et de légitimité qu'un député ou une sénatrice. La citoyenne prise au hasard n'a pas, elle, à s'excuser de faire de la politique. Ne pèse pas sur elle le soupçon d'illégitimité, voire – disons-le – de malhonnêteté qui circule dans l'opinion à propos des gouvernants élus ou tirant leur légitimité de la confiance d'organes élus. Mais pour le moment la démocratie participative n'a les mains pures que parce qu'elle n'a pas de mains. Il faut y réfléchir bien sérieusement, et surtout il faut expérimenter.

Le cadre républicain de la démocratie. Ce que ni le Conseil constitutionnel ni le pouvoir constituant ne savent plus faire, c'est de nous apporter ce que Péguy aurait appelé notre « éducation républicaine primaire ». Ce que ne savent pas accomplir, ces sèches jurisprudences, ces réformes constitutionnelles effectuées par voie d'exception et d'adjonctions, ces autres réformes constitutionnelles avortant les unes à la suite des autres, c'est de faire de la République le cadre vivant de la démocratie vivante, le cadre qui doit vivre pour que la démocratie vive. Nos penseurs politiques et souvent nos auteurs constitutionnels ne savent parler que de la démocratie, pour n'en rien dire, sinon qu'il en faut *plus*. Or ce n'est pas un problème de quantité. Il faut qu'elle vive sainement dans un cadre constitutionnel républicain.

Prenons le cas de la « démocratie participative ». Le terme mérite réflexion. On réunit des citoyens pour parler des affaires communes. C'est avant tout de la République qu'il s'agit. Il faudrait peut-être parler plutôt de « république participative » et délibérative, voire de République tout court. L'erreur, de ce point de vue, quantitativement et factuellement marginale mais conceptuellement significative, a été de faire entrer dans la convention pour le climat des

non-citoyens, c'est-à-dire des jeunes de moins de dix-huit ans. On me dira : ce sont les citoyens de demain, et d'ailleurs ils devraient l'être déjà. Je peux comprendre qu'on pense cela. Mais il faut se méfier des pertes de sens de la citoyenneté, de la « montée » de son « insignifiance ». Ce processus détruira ce qu'il prétend renforcer, c'est-à-dire la République qui est avant tout la communauté des citoyens. C'est le même phénomène qui a été à l'œuvre avec le débat – qui a tout de même cassé en mille morceaux le parti socialiste pendant la présidence de François Hollande – sur la déchéance de nationalité. On peut être favorable ou défavorable à la déchéance de nationalité. On peut lui être hostile pour des raisons éminemment sérieuses. Mais rien n'est plus républicain que la déchéance de nationalité, c'est-à-dire un retranchement de la communauté nationale infligé du fait d'un manque signalé de vertu civique. Combattre la déchéance de nationalité *au nom de la République*, c'était, ne disons peut-être pas un contresens, mais un glissement de sens qui posait problème.

* * *

Peut-on passer, pour conclure, d'un tableau du présent à une esquisse de l'avenir ? La recomposition la plus probable prendra la forme de tentatives diverses de réconciliation, de rapprochement, entre démocratie représentative et démocratie participative. Cela se fera sous la supervision étroite du couple composé de l'exécutif technocratique et des juridictions qui, en France comme ailleurs, exerce une part très significative du pouvoir gouvernemental, mais sans détenir pour cela la légitimité adéquate. Le gouffre entre gouvernement et légitimité est déjà creusé. On voit mal comment ce gouffre pourrait se résorber facilement. Le populisme en est le symptôme le moins discutable. Contentons-nous de le constater. Les crises que nous traversons n'ont pas été anticipées. Il serait orgueilleux et voué à l'échec de tenter de prévoir celles qui sont à venir.

Perspectives

Droit constitutionnel

Rétrospectives et perspectives sur la place du droit comparé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Élisabeth Zoller

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Tracer les perspectives d'une discipline juridique consiste à envisager ses évolutions probables ou possibles à partir des acquis du passé et des nécessités du présent. L'entreprise ne peut être menée à bien qu'à partir de points de repère fiables et sûrs. La loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel ayant ramené le délai de leur communicabilité de 60 à 25 ans, nous disposons aujourd'hui de sources de première main sur la pratique contentieuse du Conseil qui permettent de mieux cerner l'intérêt, voire la nécessité, d'inclure des enseignements de droit constitutionnel comparé dans les formations de droit privé et public.

En 1958, les constituants ont reconstruit le régime parlementaire français de fond en comble, sans s'inspirer de modèles étrangers. Ils lui ont donné l'équilibre et la stabilité qui lui manquaient par des moyens originaux qui, comme l'a dit le Président de la République devant le Conseil constitutionnel, sont « issus de traditions qui ont organisé notre paysage intellectuel et politique et même structuré notre inconscient collectif »¹. Le Conseil constitutionnel est l'un d'entre eux. Il est issu d'un organe qui avait été créé par la Constitution de 1946, le

Comité constitutionnel, lequel avait lui-même de lointaines relations avec le projet de « jurie constitutionnaire » conçu par Sieyès pour la Constitution de 1795. À la différence du Comité constitutionnel de la IV^e République, le Conseil constitutionnel de la V^e République n'est plus une créature du Parlement dans la mesure où il n'est plus composé de députés et sénateurs élus par les Assemblées, mais de membres nommés par le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale, trois institutions qui, en principe, du chef de leurs fonctions, sont réputées être au-dessus des partis.

Dans le même ordre d'idées, les différents contrôles de constitutionnalité et autres que le Conseil constitutionnel exerce ont puisé dans les traditions qu'avait forgées le Conseil d'État au fil du XIX^e siècle, qu'il s'agisse de l'excès de pouvoir administratif qui a nourri l'excès de pouvoir législatif, du contentieux de l'interprétation d'actes ou de contrats administratifs qui a structuré la procédure et le mécanisme de la QPC, ou du contentieux des élections des conseils généraux, municipaux et d'arrondissement qui a servi de toile de fond au contrôle des élections législatives.

1. Transcription du discours du Président Emmanuel Macron au Conseil constitutionnel, 5 oct. 2018, p. 1.

Les droits étrangers n'ayant influencé ni l'élaboration ni la pratique de la Constitution, à première vue, le Conseil constitutionnel n'avait aucune raison de s'intéresser au droit comparé (I). Mais, après 1986, les procès-verbaux de ses délibérés montrent que, dans certaines affaires, celui-ci a pesé sur sa jurisprudence, et parfois de manière décisive (II).

I. L'indifférence du Conseil constitutionnel au droit comparé (1958-1986)

Dès le départ, le Conseil constitutionnel a été pénétré du caractère unique de sa fonction qui est en tout premier lieu d'empêcher le pays de retomber dans le gouvernement d'assemblée. Sa première charge est d'abord de veiller à ce que le Parlement ne contourne pas les moyens juridiques imaginés pour le contenir dans la limite de ses pouvoirs (assignation d'un domaine réservé au législateur avec interdiction d'empiéter sur celui du règlement et, surtout, contrôle obligatoire de constitutionnalité des règlements des assemblées²).

Dès sa première grande affaire, le Conseil constitutionnel fut conscient de la responsabilité qui lui incombait de faire œuvre créatrice. Le conseiller Victor Chatenay, rapporteur sur la conformité du projet de Règlement de l'Assemblée nationale à la Constitution, l'y encouragea d'ailleurs : « C'est la première fois que vous êtes appelés à exercer un contrôle qui paraît sans précédent dans l'histoire constitutionnelle et dont le droit public comparé ne fournit pas d'équivalent [...] Le caractère de nouveauté de cette mission n'en recommande pas moins de délimiter l'objet du contrôle à exercer, d'en définir l'esprit, de proposer enfin une méthode d'examen et un plan d'étude »³. Autrement dit, tout était à créer.

Pendant trente-sept ans, l'ouverture sur les droits constitutionnels étrangers est restée raris-

sime, si ce n'est de manière anecdotique. Le Conseil constitutionnel sait ce qui se passe à l'étranger, mais il n'en a pas besoin. En 1977, lorsqu'il débat du projet de modification du règlement de l'Assemblée nationale qui renforce les garanties des personnes auditionnées par les commissions d'enquête et de contrôle, le Président Roger Frey indique que « tous les excès auxquels elles ont pu se livrer en France sont dépassés par ceux auxquels elles donnent lieu aux États-Unis. Lors d'une conversation récente avec des parlementaires américains qui appartenaient aux deux grands partis de ce pays, il a pu constater que ses interlocuteurs étaient au moins d'accord sur un point, c'est la nocivité de telles commissions qui usent l'autorité du gouvernement »⁴.

S'agissant de décisions de juridictions constitutionnelles étrangères, leur mention est inexistante, même dans les cas où on aurait pu s'attendre à ce qu'il en soit fait état. Lorsque François Goguel rapporte sur le projet de loi relatif à l'IVG en 1975, il ignore la décision de la Cour suprême des États-Unis, *Roe v. Wade*, rendue deux ans plus tôt et qui est connue par les mouvements de libération de la femme en France et en Europe.

Au cours de cette période, la seule référence à une décision étrangère fut celle qui fit Georges Vedel chargé du rapport sur le recours formé en 1984 contre la loi relative à l'enseignement supérieur qui instituait un collège unique d'enseignants-chercheurs pour élire leurs représentants au conseil d'administration des universités. Le rapporteur demanda au Conseil constitutionnel de censurer ledit article au motif qu'il était contraire au principe constitutionnel d'indépendance des professeurs d'université et il appuya sa démonstration en précisant *in fine* : « Quand le Tribunal constitutionnel allemand a examiné la constitutionnalité de la loi universitaire allemande, il a déclaré inconstitutionnelles les dispositions qui englobaient dans un seul groupe professeurs et autres enseignants de l'université ; pour le Tribunal allemand, les professeurs, en

-
2. On peut même penser avec M. Badinter que la volonté d'empêcher « que le Parlement ne regagne par ce biais des règlements les pouvoirs qu'il n'avait pas, ou plus, au niveau du texte constitutionnel (est) peut-être la vraie raison de la création du Conseil constitutionnel », Cons. const., 7 nov. 1990, n° 90-278 DC, *Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat et introduisant dans celui-ci des articles 47 ter, 47 quater, 47 quinquies, 47 sexies, 47 septies, 47 octies, 47 nonies et 56 bis A*, PV 1990-11-07, p. 24.
 3. Cons. const., 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Règlement de l'Assemblée nationale*, PV 59-06-16, Rapport p. 1-2.
 4. Cons. const., 3 nov. 1977, n° 77-86 DC, *Résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale*, PV 77-11-03, p. 25.

raison de leur qualification avaient droit à une représentation distincte au sein des organes dirigeants de l'Université »⁵.

II. L'ouverture du Conseil constitutionnel au droit comparé (1986-1994)

À partir de 1986 et jusqu'en 1994, sous la présidence de Robert Badinter, ce ne sont pas moins de sept décisions du Conseil constitutionnel qui ont été adoptées après des délibérés faisant référence soit à des décisions de cours étrangères soit à des principes de droit étranger. Les usages que le Conseil constitutionnel a fait du droit comparé ont été de deux ordres. Tantôt il s'en est servi comme d'une aide à la décision, notamment, en présence de questions difficiles (A); tantôt il en a retenu des principes qu'il a incorporés au droit français pour enrichir le corpus constitutionnel (B).

A. Les questions difficiles et la recherche d'une aide à la décision

Les questions réputées « difficiles » le sont, soit parce qu'elles touchent à des questions politiques (établissement d'une carte électorale) soit parce qu'elles mettent en cause des questions

éthiques (droit à la procréation, recherches génétiques, assistance à la fin de vie). Autrement dit, ce sont des questions de pur fait. Or, quand il est juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel ne juge que des questions de droit. C'est un juge de l'excès de pouvoir législatif⁶, non de l'arbitraire ou de l'abus de celui-ci.

À l'inverse de l'arbitraire ou de l'abus de pouvoir, notions indéterminées et subjectives, l'excès de pouvoir n'est constitué que lorsqu'un organe excède les limites qui lui sont assignées; encore faut-il que ces limites existent en droit positif, donc, qu'il y ait un texte. Sur les questions de pur fait, il n'y en a pas, par hypothèse et par définition. L'« ancrage »⁷ textuel si nécessaire pour fonder le principe énoncé dans la décision est difficile à trouver. Le rapport de M. Jacques Robert sur les lois relatives à la Bioéthique parle de lui-même. Son embarras est évident face aux « difficultés à trouver dans nos textes constitutionnels non pas des règles, mais des lignes directrices »; il met en garde le Conseil constitutionnel contre la tentation de reconnaître, comme la Cour suprême, de « fausses "normes constitutionnelles" » et de consacrer « des principes non écrits, de droit positif témoignant de la volonté démocratique de protéger certaines libertés dans l'intérêt de tous », ce qui reviendrait à « s'ériger en constituant »⁸. Finalement, le

5. Cons. const., 20 janv. 1984, n° 83-165 DC, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, PV 84-01-19, p. 46. La Cour constitutionnelle allemande avait été appelée à se prononcer à deux reprises sur une loi du Schleswig-Holstein relative à l'Université. En Allemagne, l'enseignement, et l'enseignement supérieur en particulier, est régi par une loi-cadre qui laisse aux *Länder* le soin d'en préciser les modalités d'application. Dans une première affaire, la Cour a déclaré contraire à la loi fédérale sur l'enseignement supérieur une disposition de la loi qui prévoyait l'élection des organes centraux de l'Université au scrutin uninominal majoritaire au motif qu'elle était contraire au principe de la représentation proportionnelle prévue dans la loi-cadre fédérale. Dans la seconde, elle a déclaré contraire à la Loi fondamentale une disposition de la loi fédérale sur l'enseignement supérieur au motif qu'en prévoyant des échelles de rémunération différentes selon le rang des enseignants, mais en les qualifiant tous de « professeurs », la loi fédérale portait atteinte à la compétence législative des *Länder* pour distinguer entre les enseignants selon qu'ils ont ou non rang de professeur, conformément à la tradition de la fonction publique professionnelle, v. D.P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed., Duke UP, Durham and London, 1997, p. 92 et p. 550, n. 57.

6. La formule semble avoir été introduite par M. André Ségat au cours du délibéré sur la Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*. Intervenant après M. Robert Lecourt qui plaide pour « distinguer les objectifs poursuivis par le législateur et les moyens choisis pour les atteindre » et vérifier qu'il n'y a pas de « disproportionnalité (*sic*) évidente entre les objectifs et les moyens », le conseiller d'État souligne : « Notre rôle consiste simplement à contrôler la conformité de la loi à la Constitution, c'est-à-dire, à définir et sanctionner les excès de pouvoir du législateur, mais pas à devenir une troisième chambre législative. Nous ne devons pas intervenir de façon trop pointilleuse et définie à l'avance, ce qui nous conduirait à figer le système juridique français », PV 1981-12-21, p. 12 (italiques ajoutées).

7. Comme le déclare M. Badinter : « Nous ne déclarons, nous Conseil constitutionnel, de principe que lorsque nous trouvons un ancrage. Il nous faut un filin même tenu », Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, PV 94-07-26-27, p. 26.

8. *Ibid.*, p. 17-18.

Conseil réussit à « "s'en tirer" avec le seul respect de la dignité humaine »⁹.

Au titre des questions politiques, l'exemple le plus intéressant est la décision que le Conseil a rendue en 1986 sur le nouveau découpage électoral qui fut adopté avec le retour au scrutin uninominal à deux tours et l'abandon de la représentation proportionnelle voulu par le gouvernement Chirac. La majorité au pouvoir avait tenté de s'assurer la victoire dans les élections futures et le Conseil devait juger de la conformité du nouveau découpage au principe de l'égalité du suffrage.

Pour l'aider à se faire une opinion, le rapporteur, Robert Fabre, lui exposa longuement les critères qu'un membre de la Cour suprême, le juge Powell, avait dégagés dans une opinion individuelle sous la décision *Davis v. Bandemer*, rendue six mois plus tôt. La Cour ne l'avait pas suivi ; mais elle avait reconnu que, sur le plan des principes, il avait raison en ce sens qu'il y a des découpages arbitraires qu'il faut censurer, mais qu'en l'espèce, les requérants n'étaient pas allés « au-delà d'une simple impression de dilution du vote », autrement dit, ils n'avaient pas pu prouver que le découpage était arbitraire¹⁰. *Mutatis mutandis*, placé face à un dilemme identique, le Conseil constitutionnel a fait la même chose ; il a décidé qu'il « n'apparaissait pas, en l'état du dossier [...] que les choix effectués aient manifestement méconnu les exigences constitutionnelles »¹¹. Cet aveu d'impuissance, ce *non possumus*, a conduit le Parlement à intervenir pour légiférer et attribuer le contrôle des découpages électoraux à une commission administrative d'experts indépendants.

Un autre exemple de recours à la méthode comparative est la décision de 1988 sur la loi organique relative à la transparence financière de la vie politique où là, à l'inverse, la décision étrangère a servi de repoussoir pour savoir quelle était la voie à ne pas suivre. Il s'agissait de l'arrêt *Buckley v. Valeo*¹² qui avait interdit au Congrès de limiter les dépenses qu'un candidat peut faire en utilisant ses fonds personnels pour se faire élire. Le rapporteur, Daniel Mayer, mentionna la décision, précisant même qu'il « se (devait) de l'indiquer »¹³, mais il la jugea inadaptée au texte examiné qui s'efforçait « de concilier un impératif libéral et un souci d'égalité »¹⁴ et contraire à la jurisprudence du Conseil qui, deux ans plus tôt, « à mon rapport » précisa-t-il, « a tenu à souligner que la richesse ne devait pas faire obstacle à l'égalité entre candidats »¹⁵.

B. Les lacunes à combler et la technique de l'emprunt

En second lieu, le droit comparé a permis au Conseil constitutionnel de découvrir des principes qui n'existaient pas en droit français et qu'il a jugé nécessaire d'introduire pour combler ses lacunes. L'exemple le plus remarquable est le *due process of law* américain¹⁶ dont les composantes furent incorporées au droit français par petites touches au point de complètement changer la portée du terme de « garantie des droits » qui figure à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Dès la première année de la présidence de M. Badinter, la référence au *due process of law* apparaît dans ses interventions. En 1986, au cours du délibéré sur la loi de finances rectificative pour 1986, il proposa d'introduire le principe de sécurité juridique qui n'existe pas dans notre

9. L'expression est de M^{me} Noëlle Lenoir, *ibid.*, p. 28. La nécessité d'intégrer en droit français le principe du respect de la dignité humaine avait été avancée par M. Badinter six mois plus tôt, v. Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, PV 94-01-20, p. 11-12.

10. *Davis v. Bandemer*, 478 US 109 (1986), GACSEU, p. 570 s., 574 § 8.

11. Cons. const., 18 nov. 1986, n° 86-218 DC, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, cons. 12.

12. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), GACSEU, p. 468 et s.

13. Cons. const., 10 mars 1988, n° 88-242 DC, *Loi organique relative à la transparence financière de la vie politique*, PV 88-03-10, p. 9.

14. *Ibid.*, p. 10.

15. *Ibid.* La décision visée par le rapporteur est la Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, v. not. cons. 67.

16. La notion de *due process of law* figure dans les cinquième et quatorzième amendements à la Constitution des États-Unis : « Nul ne sera privé de vie, de liberté ou de propriété sans *due process of law* ». L'expression est fort difficile à traduire. La doctrine a proposé de nombreuses traductions : « procédure légale régulière », « garanties légales », « garanties juridiques », « sans le bénéfice des protections dues par le droit ».

droit (l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne garantit la non-rétroactivité des lois qu'en matière pénale) et il affirma : « Le texte constitutionnel dont on a besoin existe : c'est l'article 16 de la Déclaration de 1789. La garantie des droits est l'équivalent du *due process of law* ». Le Doyen Vedel fit remarquer : « Il est toujours tentant de vouloir empêcher des pratiques désagréables, d'être comme le médiateur, comme Zorro [...] Mais, le principe de non-rétroactivité des lois ne figure pas dans la Constitution. En opportunité, il ne faut pas que le Conseil constitutionnel place au niveau constitutionnel l'intangibilité des droits acquis »¹⁷. Le Doyen Vedel l'emporta et le principe de l'intangibilité des droits acquis n'a pas été incorporé en droit français. Mais là n'est pas l'essentiel parce que le *due process* est bien plus que le respect des droits acquis qui n'en est qu'une facette.

Le *due process* repose sur l'idée que l'individu a des droits constitutionnels corrélés à des procédures qui le protègent contre les décisions arbitraires, capricieuses ou déraisonnables selon le principe de *common law* selon lequel là où il y a un droit, il doit y avoir aussi un remède par voie de procès ou d'action en justice chaque fois que ce droit est violé¹⁸. Le *due process* inclut donc nécessairement « le droit au recours ». Le Président en fit mention dans l'affaire *Maîtrise de l'immigration* : « Le droit au recours est constitutionnel » affirma-t-il. Le Secrétaire général, M. Bruno Genevois, s'empessa de relever : « C'est seulement un principe général du droit. Mais le Conseil constitutionnel ne lui reconnaît pas un caractère constitutionnel » et M. Badinter rétorqua : « On aura peut-être l'occasion de le

faire un jour ! »¹⁹. Et de fait, le « droit au recours » est devenu un principe constitutionnel que la jurisprudence administrative, puis le législateur, ont rendu « de plus en plus effectif et efficace »²⁰. Le Conseil constitutionnel a même enrichi les garanties de procédure en greffant sur le principe du *due process* des techniques propres au droit allemand dans deux domaines : d'une part, la procédure pénale et, plus largement, la matière répressive où il a généralisé le principe de proportionnalité²¹ et, d'autre part, la procédure administrative où il a étendu le droit au recours aux sanctions administratives dans le domaine financier et dans celui de l'audiovisuel²².

* * *

Des perspectives identiques s'ouvrent-elles encore au droit constitutionnel comparé ? La réponse dépendra des circonstances. Celles des années 1980 ont marqué un moment exceptionnel dans la mesure où la France accepta le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'Homme alors qu'à l'époque, le droit français ne le permettait pas²³. Il fallait qu'il s'adapte pour que la France entre pleinement dans le droit public européen alors en formation²⁴. Ce fut une volonté politique portée par le candidat François Mitterrand dans ses 110 propositions pour la France, approuvée par le peuple français, et dont il confia la responsabilité, une fois élu, à M. Badinter en le nommant ministre de la Justice, puis, sa mission achevée Place Vendôme, Président du Conseil constitutionnel. Celui-ci en a toujours eu conscience. En 1993, il déclarait aux membres du Conseil constitutionnel : « Vous savez à quel point je suis prudent à l'idée qu'une décision soit condamnée par la

17. Cons. const., 29 déc. 1986, n° 86-223 DC, *Loi de finances rectificative pour 1986*, PV 86-12-29, p. 19-20.

18. Ce principe se trouve chez Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, p. 23 et sous la plume de John Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (1803). Le Doyen Vedel en a condensé la portée lors du délibéré sur la Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* en ces termes : « La notion de *due process of law* renvoie à une procédure », PV 1989-01-17-18, p. 59.

19. Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, PV 93-08-13, p. 62.

20. X. Domino, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, Juin 2014, p. 35 et s., 38-39.

21. V. B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1987 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, p. 595-597.

22. V. B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1988 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. V, 1989, p. 497-499.

23. C'est pourquoi la France n'avait pas accepté le droit de recours individuel devant la Cour européenne. Sans ajustement de nos procédures publiques et privées, elle eût été condamnée comme le Royaume-Uni avant l'adoption du *Human Rights Act* (1998).

24. B. Stirn, *Vers un droit public européen*, coll. « Clefs », LGDJ, Lextenso-éditions, 2^e éd., 2015, *passim*.

Cour européenne »²⁵. Voilà la raison essentielle pour laquelle le droit comparé fut si fortement mobilisé sous sa présidence. C'était le repère qui servait pour comprendre les changements qui s'imposaient dans notre droit procédural, public et privé. De telles occasions ne se présentent pas tous les jours.

Certes, récemment, il y a eu encore des avancées. Ainsi, la mise en balance des intérêts qui remonte à la jurisprudence *Benjamin* du Conseil d'État (1933) a été renforcée par le ralliement du Conseil constitutionnel aux trois critères du principe de proportionnalité dégagés par la Cour allemande, à savoir, nécessité, adaptation et proportionnalité des mesures prises aux objectifs visés. C'est le cas des atteintes à la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle²⁶, qui doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »²⁷. Toutefois, au vu du minutieux ciblage opéré, le ralliement ne vaut que pour les atteintes à certaines libertés. Ainsi, s'agissant de la liberté d'expression, le Conseil constitutionnel distingue entre l'expression individuelle qui est apparemment couverte par la proportionnalité intégrale²⁸ et l'expression collective protégée par un test de

« conciliation équilibrée entre les exigences constitutionnelles (applicables) »²⁹.

La conclusion de cette brève rétrospective semble s'imposer. Au vu de ces évolutions prudentes, il n'est pas impossible, mais il est douteux si la nécessité ne l'exige pas, que le Conseil constitutionnel utilise le droit constitutionnel comparé pour opérer de grands bouleversements dans notre corpus de règles juridiques. En revanche, il est probable que cette discipline continuera de servir d'aide à la décision dans le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* et, aujourd'hui, *a posteriori*. S'agissant des QPC, le droit constitutionnel comparé est un instrument très utile dans leur solution, l'esprit du mécanisme étant que les juridictions n'en posent pas ou, du moins, en posent le moins possible en utilisant, autant qu'elles le peuvent, les ressources de l'interprétation conforme en « tirant » sur le texte au besoin pour le rendre compatible avec la Constitution³⁰. Pour y parvenir, il faut que les juges aient l'esprit créatif. Rien ne peut mieux les y préparer qu'une solide connaissance des méthodes et techniques d'interprétation des droits étrangers.

25. Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, PV 93-08-11, p. 28.

26. Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, § 17.

27. *Ibid.*, § 40.

28. Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, § 193 (l'extension n'a été approuvée que pour « la répression pénale de la négation, de la minoration ou de la banalisation de façon outrancière d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'un crime de guerre lorsque cette négation, cette minoration ou cette banalisation constituent une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale »).

29. Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *op. cit.*, § 23.

30. Par exemple, par le principe d'interprétation téléologique de la loi ou par celui d'effectivité, v. P. Sargos, « Existe-t-il des principes en matière d'interprétation des normes par le juge ? », in S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 343 et s.

Perspectives

Droit constitutionnel

La responsabilité politique a-t-elle encore un avenir ?

Bruno Daugeron

Professeur à l'Université Paris Descartes

Directeur du Centre Maurice Hauriou (EA 1515)

De toutes les questions posées en droit constitutionnel, la question de la responsabilité politique est sans doute la plus complexe. Plusieurs raisons justifient ce point de vue : d'abord, parce que si la notion de responsabilité rapproche le droit constitutionnel des autres « branches » du droit – droit civil, droit pénal, droit administratif, droit international –, les soudant dans ce socle commun du droit qu'est le concept de la responsabilité, c'est pour les en éloigner aussitôt par sa spécificité. Point de faute, de dommage, ou même de méconnaissance d'un ordre social ou d'une loi quelconque : seule une rupture de la confiance qui, dans un gouvernement parlementaire, unit deux organes constitués, le Parlement et l'Exécutif, et qui justifie que le premier démette le second de ses fonctions, est censée fonder cette responsabilité. Bien sûr, cette rupture de confiance peut avoir pour origine la méconnaissance d'une « norme » de comportement quelconque perçue comme importante, y compris une loi voire la Constitution. Mais c'est moins pour elle-même que pour l'incidence de sa violation sur la confiance entre les organes que sa méconnaissance joue un rôle. Car c'est en effet autour de la notion de confiance de la ou des Chambres chargée(s) de représenter la nation envers les ministres, progressivement réunis sous l'entité « Gouverne-

ment », que s'est constituée la responsabilité politique et avec elle le gouvernement parlementaire. Nul n'ignore plus ses origines anglaises au ^{xviii}^e siècle, même si elles sont moins bien connues qu'on ne le pense¹, et son implantation laborieuse en France au ^{xix}^e siècle à partir de la Monarchie de Juillet, réputée avoir accompli la logique ultime du gouvernement représentatif².

Ensuite, parce que la formalisation de cette responsabilité politique, pour le moins délicate, n'a jamais été complètement achevée. L'histoire constitutionnelle française est en effet un long cheminement, non seulement pour imposer à l'Exécutif largement entendu de rendre des comptes devant ce que l'on appelle encore aujourd'hui, sans toujours bien en mesurer les termes, la *représentation nationale*, mais aussi pour lui donner des formes à travers des procédures. D'abord issue de la pure pratique parlementaire et de rapports de force politiques sous les Chartes, son absence de forme ou son formalisme minimal et coutumier a donné lieu à des expressions foisonnantes qui ont abouti, sous la III^e République, aux manifestations que l'on sait et que l'on a fini par trouver désordonnées. L'interpellation, c'est-à-dire la demande adressée par un ou plusieurs parlementaires à un ministre de s'expliquer sur un point particulier ou sur sa politique générale donnant lieu au vote d'un

1. Comme l'a démontré D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1999, *passim*.

2. V. notamment A. Laquière, *Les origines du gouvernement parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2002.

« ordre du jour », était l'instrument courant de contrôle sur les gouvernements. Formalisée par rien ou presque, à l'exception de quelques dispositions du règlement des Chambres, tout ou rien, justement, était de nature à entraîner la responsabilité politique du gouvernement dans n'importe quelle forme. Ce qui rendait continue et permanente la responsabilité politique des ministres sous la III^e République dont il n'est rien dit d'autre, dans les lois constitutionnelles de 1875, que d'en annoncer le principe³. C'est donc la pratique qui commande, selon un raisonnement simple : tout refus de déférer aux souhaits des Chambres peut entraîner une mise en cause de cette responsabilité par le biais de techniques conventionnelles dont s'est progressivement doté le Parlement et entraîner le départ solidaire, c'est-à-dire collectif, des ministres, parfois même avant toute mise en cause effective. C'est ce laxisme dans la mise en cause de la responsabilité ministérielle qui conduira, dans les esprits, puis dans les textes, à une « rationalisation » du parlementarisme selon le concept formé par B. Mirkine-Guetzevitch – et qui lui est toujours attaché⁴ – qui désignait une organisation juridique des rapports politiques entre le gouvernement et les Chambres visant à créer un « droit de la procédure parlementaire »⁵.

En France, elle se fit d'abord dans la Constitution du 24 octobre 1946 dont l'article 49 pose une première codification de l'engagement de la responsabilité du gouvernement (pour la première fois nommé tel dans un texte constitutionnel). Ensuite, bien sûr, dans la Constitution du 4 octobre 1958, laquelle non seulement pose le principe d'une démission du Gouvernement présentée par le Premier ministre (article 50) mais reprend et perfectionne les conditions d'engagement de la responsabilité du gouvernement et lui donne même la mirobolante prérogative de faire adopter un texte sans vote en mettant sa respon-

sabilité en jeu. Mais cette rationalisation dracoenne – certes amoindrie par la révision constitutionnelle de 2008 et la limitation de l'usage de l'article 49 alinéa 3 aux lois de finances –, couplée au phénomène dit du « fait majoritaire », va avoir pour effet d'empêcher toutes les tentatives de mise en cause de la responsabilité politique parlementaire de prospérer par un départ forcé du gouvernement, au point que l'on a assisté à la disparition de fait des renversements parlementaires du gouvernement depuis plus de cinquante ans.

Bien sûr, il est possible de soutenir que la logique parlementaire n'a pas disparu pour autant et qu'elle est toujours à l'œuvre en creux dans le système puisque le soutien de l'Assemblée nationale est nécessaire au gouvernement et à celui qui en dirige l'action pour exister et se maintenir. C'est parce qu'il est soutenu par une majorité parlementaire que le Gouvernement existe, quand bien même serait-il le produit de la volonté dont il « procède ». Et sans cette majorité – « La Majorité » comme elle a progressivement été appelée –, point de Gouvernement. Sauf que. Sauf que dans le fonctionnement des institutions, que par une commodité qui n'est pas synonyme de clarté on qualifie désormais de « présidentieliste », c'est moins la majorité parlementaire qui guide l'action du gouvernement que le « gouvernement présidentiel » par procuration qui donne sa légitimité aux députés. Si bien que c'est un bien curieux système qui s'est mis en place du point de vue de la logique parlementaire : les gouvernements ne tombent plus sous pression de la Chambre mais leurs chefs sont remerciés uniquement sur convenance politique du président de la République au service duquel, fût-ce avec quelques remous, l'Assemblée nationale s'est mise⁶. Au point que l'on a avancé le concept de « parlementarisme négatif » pour rendre compte de ce présidentialisme à

3. Pour mémoire, l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics se contentait de disposer : « Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement ».

4. V. la synthèse récente de J. Benetti, « La notion de constitution dans l'œuvre de B. Mirkine-Guetzevitch », in A. Le Divellec (dir.), *La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 183-192.

5. Lequel prenait place dans un plus ample mouvement qu'il appelait « rationalisation du pouvoir », v. B. Mirkine-Guetzevitch, *Les constitutions européennes*, t. 1, PUF, 1951, « Bibliothèque de la science politique », p. 14-17.

6. Si l'on excepte les périodes dites de « cohabitation », concept révélateur de l'emprise de la logique présidentieliste, mais qui semble relever désormais de l'histoire constitutionnelle de la V^e République.

responsabilité parlementaire mais à effectivité... présidentielle⁷.

C'est à l'aune de ce constat qu'il convient d'analyser à la fois l'état et aussi l'avenir de la responsabilité politique dans notre droit constitutionnel. Un double constat s'impose : à la fois celui d'une perte de sens de la responsabilité politique, en particulier parlementaire (I), et du très difficile exercice du renouvellement de ses formes (II).

I. Une responsabilité oubliée ?

Le fait est totalement passé inaperçu mais, en 2012, aurait pu être fêté le cinquantième anniversaire du dernier – qui était aussi le premier – renversement de gouvernement de la V^e République. C'était le 5 octobre 1962. Le gouvernement de Georges Pompidou était renversé (par 280 voix⁸) par une motion de censure discutée la veille et votée par les députés de la première législature de 1958, encore largement composée de représentants de la IV^e. La suite est connue : avec les élections de 1962, mais surtout celles de 1967, l'apparition d'une majorité parlementaire homogène et stable, qui va progressivement se penser comme toute entière dédiée au soutien au gouvernement, au point d'être analysée comme « matrice de comportement »⁹, va rendre impensable sa mise en cause. Depuis rien. Ou presque. Certes, une centaine de motions de censure ont été déposées, spontanées ou sur le vote d'un texte, formalisant des velléités de renverser le gouvernement. Mais sans jamais parvenir à prospérer, rendant impossible la matérialisation du désaccord entre Parlement et Exécutif, au point que c'est la responsabilité politique parlementaire qui semble avoir été oubliée dans un régime que l'on présente pourtant volontiers comme « parlementaire »

malgré sa présidentialisation (A), le mécanisme de compensation par la responsabilité pénale, aussi discutable soit-il, n'en étant qu'une conséquence (B).

A. L'oubli politique

Dans un oubli curieux dont l'histoire et la capacité d'oubli humaine ont le secret, le renversement d'un gouvernement, acte pourtant normal et presque banal du gouvernement parlementaire dont il se borne à appliquer le principe et qui serait même le degré le plus élevé du contrôle parlementaire de la politique gouvernementale, a pris les allures de tragédie antique dont le terme galvaudé de « crise » est censé désormais rendre compte. *Serait* devenu, plutôt. Car les conséquences de ce phénomène sont plus craintes que constatées. Tragédie fantasmée à partir des souvenirs, de plus en plus brumeux, de l'instabilité politique ministérielle des III^e et IV^e Républiques, unies dans un même rejet et dont il est fait masse sans distinguer, il est associé à la valse des gouvernements et aux combinaisons parlementaires qu'il n'est pourtant pas. Au point que le sens même de ce que peut être la responsabilité politique, telle qu'elle est née et a été conceptualisée dans les gouvernements représentatifs parlementarisés en tout cas, semble perdu : la rupture de confiance politique entre un parlement censé représenter la nation et un gouvernement censé en diriger la politique, rupture réputée caractériser aussi la défiance des gouvernés envers leurs gouvernants. On rétorquera aussitôt que nul ne saurait ignorer qu'il « *ne-peut-en-allen-ainsi-sous-la-V^e-République* » selon l'expression consacrée en raison du rôle que s'octroie de fait, dans nos institutions, le président de la République largement légitimé par la doctrine et les médias. C'est lui qui dicte sa politique au gouvernement quand

7. A. Le Divellec, « La nomination du gouvernement, pierre de touche du parlementarisme négatif de la V^e République. Une lecture constitutionnelle », *JP Blog*, 10 juill. 2020, <http://blog.juspoliticum.com/2020/07/10/la-nomination-du-gouvernement-pierre-de-touche-du-parlementarisme-negatif-de-la-ve-republique-une-lecture-constitutionnelle-par-armel-le-divellec/>

8. <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/paul-reynaud-et-georges-pompidou-4-octobre-1962>

9. On doit à J.-M. Denquin cette parlante expression (J.-M. Denquin, « Recherches sur la notion de majorité sous la V^e République », *RDP* 1993, p. 949-1015, spécialement p. 981 sqq). L'auteur la définit comme une « hypothèse à la fois structurelle et normative : la structure de l'univers social est ainsi faite que les individus tiennent certains comportements pour souhaitables » (note 79, p. 981). L'article est repris dans *Penser le droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Droit politique », 2019. Dans ce système, politique et arithmétique sont dissociées. On le réalise en constatant que le nombre de groupes dits minoritaires ou d'opposition dans les assemblées parlementaires – Assemblée nationale comme Sénat – constituent, à eux tous réunis, la *majorité arithmétique*, tout en étant nommés et perçus comme des *minorités politiques* : de l'art de la dissymétrie entre réalités politiques et mathématiques.

une majorité parlementaire l'appuie alors même qu'il est politiquement irresponsable en droit (art. 67 de la Constitution). Ce n'est donc pas l'Assemblée nationale qui suggère sa politique au gouvernement mais le Gouvernement et son Premier ministre qui, avec plus ou moins d'efficacité, l'imposent à l'Assemblée dont les membres, eux-mêmes avec plus ou moins de grâce voire de conviction, l'acceptent, parfois en renâclant, mais jamais jusqu'à l'accroc fatal.

Mais ce faisant, cette pratique des institutions ne donne qu'au président la faculté de remontrance envers le Gouvernement, et particulièrement son chef, lequel président possède le monopole de la possibilité de lui faire comprendre que son temps est venu pour des raisons dont lui seul est juge de l'opportunité. Dès lors, tout le reste, en particulier les mécanismes de mise en cause de la responsabilité et les instruments du contrôle parlementaire, à de rares et notables exceptions près, ne sont que du théâtre. Il y a beau temps que les députés savent qu'une commission d'enquête, même à fort retentissement médiatique, ne débouche que rarement sur le dépôt d'une motion de censure, laquelle a, de toute façon, toutes les chances de ne pas prospérer. Sa place désormais ? Relever, au mieux, du baroud d'honneur bruyant mais infécond et, au pire, du cynisme contraint de l'avocat plaidant bruyamment pour son client une cause qu'il sait perdue d'avance. Or, la chose est fâcheuse car elle place le Gouvernement et l'administration dont il est censé disposer aux termes de l'article 20 de la Constitution hors de toute sanction parlementaire voire de tout contrôle ce dernier devenant seulement interne à l'Exécutif.

Que reste-t-il au citoyen dans ce schéma pour voir engagée la responsabilité d'une fonction gouvernementale partagée entre un titulaire (gouvernemental) de droit et un bénéficiaire (présidentiel) de fait ? La responsabilité présidentielle ? À l'évidence, non, puisque la pratique présidentialisante n'a pas entraîné, depuis l'époque héroïque du général de Gaulle, un départ anticipé du titulaire de la fonction présidentielle tirant la leçon d'une rupture de confiance lui étant notifiée par le suffrage pendant son mandat. Selon la « doctrine officielle » de la pratique présidentialisante actuelle, c'est une autre mécanique qui est censée prévaloir : la prochaine élection présidentielle est réputée tenir lieu d'engagement de la responsabilité politique du

président de la République selon un schéma qui n'est que trop connu et présenté comme le plus tranquillement du monde comme la normalité du « fonctionnement » de « la V^e République ». Le président, élu au suffrage universel sur un programme de gouvernement, gouverne par l'intermédiaire du Premier ministre avec le soutien de l'Assemblée nationale pendant la durée de la législature et sa non-réélection est réputée valoir sanction.

On connaît les limites de ce schéma, la première étant qu'elle dépend de la seule volonté du contrôlé d'être à candidat à sa succession, laquelle est loin d'aller de soi comme l'a montré le précédent du renoncement du président Hollande en 2017 ; la seconde est qu'elle donne à l'élection une portée très différente de la simple désignation qu'elle est censée être en faisant basculer la question de la responsabilité dans l'implicite d'une mise en cause personnelle, dont seuls sondes et journalistes prétendent avoir la clé. Ce lointain avatar du gouvernement de législature anglaise prétend faire de la sanction des électeurs la seule réelle mise en cause de responsabilité politique des gouvernants. Sauf que, là encore, les instruments censés être liés à cette logique ne sont plus guère mis en œuvre. Il n'existe pas, en particulier, d'engagement de responsabilité devant le corps électoral pour celui qui décide d'une dissolution de l'Assemblée nationale. Les seuls départs qui existent désormais sont volontaires (même si aimablement suggérés), comme la démission individuelle d'un ministre accusé ou même simplement soupçonné de tel ou tel méfait en raison des dommages que le scandale peut avoir dans l'opinion publique, via le tyrannique canal des médias : seul le scandale fait peur et pousse les gouvernants à réagir. C'est lui qu'il s'agit d'éviter et, par la loi qui ne manquera pas de suivre, de prévenir pour l'avenir tel ou tel comportement. Le changement de Gouvernement, lui, ne dépend que du seul président de la République, généralement sous la forme d'un « remaniement » ministériel, forme nouvelle du renouvellement d'un personnel gouvernemental de plus en plus précaire face à une technocratie de plus en plus puissante.

Comment se surprendre, dans ces conditions, que les citoyens, dépourvus de tout moyen d'engager la responsabilité politique de l'entité majoritaire cumulant fonctions présidentielle, gouver-

nementale et législative, ne soient tentés de s'en remettre à d'autres circuits que parlementaires ou même électoraux pour faire entendre leur mécontentement ? C'est sans doute ce phénomène qui a conduit à une volonté d'aller rechercher sur le terrain du droit pénal une responsabilité ministérielle que n'était plus en mesure d'assurer la responsabilité politique.

B. L'inévitable compensation pénale

La volonté de trouver un débouché pénal pour engager la responsabilité des gouvernants sur le fondement de l'article du titre X de la Constitution de 1958 « De la responsabilité pénale des membres du Gouvernement » (art. 68-1 à 68-3 de la Constitution), dont la trentaine de plaintes pénales déposées devant le Cour de justice de la République contre des ministres à commencer par le chef du Gouvernement, alors en exercice pour leur gestion de l'épidémie de Covid-19 (essentiellement sur le fondement de l'article 221-3 du code pénal, c'est-à-dire la mise en danger délibérée de la vie d'autrui), n'est pas sans lien avec la tendance générale de pénalisation de la société.

Mais elle a aussi ses logiques propres. Elle ne répond pas tant à la volonté de faire prévaloir la responsabilité pénale sur la responsabilité politique par dérive idéologique ou passion vengeresse des citoyens qu'à la volonté empirique de trouver un débouché à une mise en cause politique que les canaux premiers de la responsabilité parlementaire ne parviennent plus à fournir, ne serait-ce que parce que les protagonistes ne sont plus toujours en place. Ces derniers sont en effet paralysés par la logique d'un système présidentieliste dominateur et brutal et qui tient dans la mainmise du président de la République sur la vie du Gouvernement et celle de son chef, censés dépendre d'un soutien parlementaire, alors que c'est l'Assemblée nationale qui dépend d'eux.

Les mécontents sont donc logiquement enclins à faire désormais une lecture pénale des conséquences que sont réputés avoir des actes et des décisions politiques dès lors qu'ils veulent que leur soit rendus des comptes, en particulier par un chef de l'État irresponsable gouvernant par l'intermédiaire d'un gouvernement qui ne l'est pas davantage en fait et qui les provoque parfois même à « venir le chercher » (sic). Et on les comprend. D'abord parce qu'ils savent qu'il est inutile d'attendre une mise en cause parle-

mentaire du Gouvernement qui pourrait aboutir à la sanction symbolique de son départ, fort qu'il est de la garantie du soutien de « La Majorité ». Malgré les défections individuelles (à répétition désormais) voire collectives – on les nommait « frondeurs » sous la XV^e législature – pouvant conduire, sous la XVI^e, à la création d'un groupe parlementaire autonome à la limite de la dissidence (« Écologie, démocratie, solidarité » en mai 2020), les membres de ladite « Majorité » ne sont pas pour autant décidés à chercher querelle au gouvernement en votant une motion de censure. L'identité politique des députés l'emporte sur leur identité institutionnelle : celle de parlementaires décidés à conduire leur travail de contrôle dans une absence de soumission automatique à l'Exécutif. Ensuite, ils s'y sentent encouragés par l'important courant de pénalisation d'une société pourtant bien en peine de faire appliquer ses lois répressives mais où l'action pénale libre et gratuite est perçue comme le seul moyen de parvenir à la seule sanction comprise : la répression.

S'il n'y a pas de doute pour considérer que la pénalisation de la responsabilité politique est une dérive, voire une « régression majeure » (O. Beaud) si l'on inscrit la responsabilité politique dans le temps long de l'histoire du droit constitutionnel, puisque le gouvernement parlementaire s'est justement formé par rejet de la responsabilité pénale comme seule mise en cause des gouvernants, elle doit surtout être saisie dans sa logique globale. Elle interroge sur ce qu'est devenue la responsabilité politique, son principe comme ses mécanismes. La substitution de la responsabilité pénale à la responsabilité politique est révélatrice du vide dans lequel se trouve le principe même de responsabilité politique, remplacé de fait par autre chose. Et l'on serait tenté de dire « à qui la faute ? », sinon aux gouvernants eux-mêmes qui ont organisé ce système et en assurent la pérennité avec l'épouvantail de l'instabilité ministérielle toujours à portée de main et à une grande partie de la doctrine qui le présente comme normal et l'assimile faussement au cadre voulu par le général de Gaulle à la fondation de la V^e République.

La fameuse instabilité gouvernementale ne saurait, bien sûr, être un bien et encore moins un objectif. Personne ne souhaite le retour à la valse des gouvernements et à un exécutif paralysé dès lors qu'il exerce le pouvoir et ne se contente pas

de l'occuper. Mais personne ne devrait souhaiter non plus la paralysie de toute velléité de mise en cause de responsabilité politique gouvernementale, en dehors de l'appréciation discrétionnaire du président de la République, ne laissant comme choix au citoyen que la stratégie pénale ou la révolte de la rue. Car même les partisans de la réforme du parlementarisme des années trente, comme René Capitant, considéraient que la stabilité ministérielle devait se combiner avec la responsabilité, « clé de voûte du régime parlementaire »¹⁰. Sans stabilité, point de parlementarisme viable, mais sans responsabilité, point de parlementarisme du tout.

Lorsque des erreurs ou des fautes de gestion sont commises par la puissance publique largement envisagée, le fonctionnement normal d'un régime parlementaire, comme le pose la Constitution de 1958, devrait, c'est certain, consister à mettre en cause la responsabilité politique, et non pénale, des membres du gouvernement. L'article 24 de la Constitution dispose bien que « Le Parlement [...] contrôle l'action du Gouvernement. ». Les articles 49 et 50 prévoient, eux, les mécanismes de la responsabilité politique qui peuvent déboucher le cas échéant sur le vote d'une motion de censure. L'article 51-2, enfin, prévoit l'existence des commissions d'enquête parlementaire pour assurer sa mission de contrôle. Sur le papier tout est là et fonctionne dans une logique parlementaire, car les citoyens, voire tout administré, semblent en droit de demander des comptes au Gouvernement par le biais des représentants du peuple. La responsabilité parlementaire est même la seule responsabilité qui existe constitutionnellement, qui devrait absorber à elle seule toute la responsabilité politique et qui justifie qu'on l'étudie. Seulement voilà, la Constitution est pratiquée d'une manière fort différente. Au point de s'interroger sur ce qui constitue la V^e République en « régime parlementaire ». Doit-on le déduire des règles prévues par la Constitution, et si oui, lesquelles exactement, ou doit-il être constaté par leur mise en œuvre ? Dans le premier cas, le régime de la V^e République est parlementaire ; dans l'autre, il

ne l'est que formellement, voire pas du tout. On comprend pourquoi la métaphore animalière de la « chauve-souris » est tentante pour un constitutionnaliste¹¹ : « je suis parlementaire, voyez mon article 49 ; je suis présidentieliste, voyez ma pratique de prépondérance présidentielle ». On postule la présidentialisation des institutions de la V^e République quand il s'agit de justifier du rôle prééminent du président de la République lui-même irresponsable politiquement ; on se réfère à l'article 49 et au critère de responsabilité du Gouvernement devant le Parlement quand on veut qualifier le régime de parlementaire. Pourtant, *quid* quand le « système politique » de la V^e République rend impossible la mise en cause de la responsabilité gouvernementale par le Parlement au nom de la prétendue « identité » de « la » V^e République ? Difficile de voir sous les oripeaux présidentielistes un traditionnel régime parlementaire.

Le droit pénal n'est donc certes pas l'instrument adéquat pour évaluer la responsabilité des décideurs dans un régime parlementaire car il existe « une différence de nature, essentielle et profonde, entre la responsabilité pénale et la responsabilité politique »¹², lesquelles n'ont pas, c'est certain, la même finalité : la première vise à réprimer un comportement constitutif d'une infraction pénale ; la seconde à tirer les conséquences d'une rupture de confiance dont les motifs ne sont pas liés à une infraction, même si la violation d'une loi ou un comportement légalement fautif peut l'être. Mais comment ne pas être tenté de rechercher la faute pénale dans une action politique, perçue comme la seule manière pour les citoyens de demander des comptes à leurs gouvernants ? Certains d'entre eux ont le sentiment que l'unique moyen de se faire entendre est de se muer en justiciables et de conduire des actions pénales puisque semble s'imposer l'idée qu'il est illégitime pour les gouvernés de demander des comptes au sujet des choix politiques de leurs gouvernants dont la technicité disqualifierait tout jugement extérieur toujours soupçonné d'être fondé sur d'impures passions.

10. R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, Recueil Sirey, 1934, cité par P. Lauvaux, *Le Parlementarisme*, PUF, 1998, p. 111.

11. Selon l'expression d'A. Le Divellec, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 349.

12. V. O. Beaud, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, coll. « Béhémoth », 1999, p. 105-133.

Parmi plusieurs autres, l'affaire dite « Bénalla » du printemps à l'automne 2018 a illustré cet auto-sabordement de la fonction de contrôle de l'organe pourtant habilité à engager la responsabilité du gouvernement : l'Assemblée nationale. La commission des lois constituée en commission d'enquête sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 a renoncé à publier un rapport pour se contenter d'un simple « compte-rendu » de ses séances. Dans cette affaire, c'est le Sénat qui a sauvé l'honneur. Sa détermination à accomplir jusqu'au bout sa mission de contrôle, sans éclat mais sans chiqué, par l'intermédiaire de sa commission des lois érigée en commission d'enquête, n'est pas seulement liée au fait que le Gouvernement n'y a pas de majorité, mais qu'il ne peut voir sa responsabilité engagée devant lui. La commission d'enquête de l'Assemblée nationale, en revanche, s'est sabordée au nom du soutien présumé de « la Majorité » au Gouvernement et, à travers lui, au président de la République dont la mise en cause, juridiquement impossible, apparaissait surtout comme politiquement impensable. Sous les Républiques précédentes, pourtant si critiquées, une telle affaire aurait conduit à la démission du Gouvernement quand bien même aurait-il été reformé dans une composition assez similaire quelque temps plus tard. Mais la rupture de confiance aurait été acquise et matérialisée dans un contrôle débouchant sur sa chute.

Dès lors, accuser les plaignants d'être ignorants des règles et de verser dans le « populisme pénal » revient à leur reprocher de méconnaître le fonctionnement d'institutions devenues elles-mêmes méconnaissables. Ce n'est pas eux qui ont organisé le système du présidentielisme majoritaire même si on tend à le leur imputer parce qu'ils sont réputés en approuver implicitement les effets chaque fois qu'ils désignent une majorité parlementaire dépendant étroitement du président de la République ; ce n'est pas eux qui ont théorisé la matrice de comportement majoritaire qui tend à ce qu'un parlementaire – surtout un député – se pense d'abord comme un soutien ou non au Gouvernement et un élu local et non comme membre d'un organe représentatif de la volonté du peuple, également instrument de contrôle de l'exécutif et porte-voix des citoyens. Mais une fois ce constat fait, est-il seulement possible de réinventer la responsabilité politique ? Les difficultés se révèlent grandes.

II. Un avenir incertain

Cette tendance à la perte de sens de la responsabilité politique et à la lecture pénale des conséquences des décisions politiques n'est pas une évolution opportune. D'abord parce qu'elle fait disparaître toute idée que le contrôle sur les gouvernants est possible et souhaitable : la lecture politique de faits politiques tend à disparaître et avec elle l'idée même que c'est l'action politique qui prime sur toute autre influence. Ensuite parce qu'elle donne l'illusion que le droit pénal doit être la solution à des problèmes politiques. Il s'agit donc d'une illusion (A). Mais une illusion qui invite à s'interroger sur les mécanismes que l'on prétend constitutifs de la responsabilité politique (B).

A. Un risque : les déceptions pénales

Bien sûr, des membres du gouvernement peuvent commettre des infractions pénales et ces dernières ne sont pas exclusives d'erreurs d'appréciation politiques ; sinon, pourquoi existerait-il un titre entier de la Constitution (le titre X) consacré à la responsabilité pénale des membres du Gouvernement ? Le projet de loi constitutionnelle « pour un renouveau de la vie démocratique » déposé le 28 août 2019, qui a fait suite au « Grand débat national » (objet fort étrange du point de vue juridique soit dit en passant), a prévu, d'une part, de supprimer la Cour de justice de la République devant laquelle est en principe engagée la responsabilité pénale des membres du Gouvernement en activité ou après leurs fonctions, pour la remplacer par la compétence de la juridiction judiciaire de droit commun : la cour d'appel de Paris. Une commission des requêtes est censée procéder à un filtrage pour éviter les « procédures abusives ». D'autre part, le projet de loi constitutionnelle prévoit que la responsabilité pénale des ministres ne peut être mise en cause en raison de leur inaction que lorsque le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable. Fort bien. S'il est certain qu'il faudra, comme toujours, déterminer la signification normative de ces limites (« ne pas agir » et fait « directement et personnellement imputable »), il ne faudrait surtout pas que cette limitation, si elle prospère, donne le sentiment aux citoyens que les responsables politiques finissent d'organiser leur protection en renforçant l'aile pénale de leurs positions réputée trop vulnérable.

Car la responsabilité pénale des ministres, même revue et encadrée par crainte de la multiplication des poursuites, ne peut que décevoir si elle n'est pas associée à autre chose. En effet, elle vise moins la mise en cause de l'opportunité de choix politiques que les erreurs dans la manière de les conduire, ce qui n'est pas du tout la même chose. Cette volonté d'encadrer la pénalisation de l'action politique n'est jamais que l'ultime conséquence d'une tendance des gouvernants à évaluer leurs actions au regard du seul « risque » juridique, en particulier pénal, et de l'engagement potentiel de leur responsabilité répressive et non plus politique. La question de l'opportunité de choix ne semble plus relever de la sphère politique, de ce qui peut et doit être discuté, les médias et le prétoire tendant de conserver à remplacer l'enquête parlementaire. Plus le droit envahit l'ensemble des sphères de la société, avec le recours au juge comme acmé de l'action sociale (on pourrait également citer le rôle que l'on fait jouer au Conseil constitutionnel dans ce concert juridictionnel), moins le rôle ni le sens même des institutions politiques ne semblent compris par les citoyens, sans doute parce que les acteurs politiques ne le saisissent plus bien eux-mêmes. Les montages institutionnels si complexes permettant l'émergence d'une volonté collective publique au-delà des désaccords individuels ne sont plus maîtrisés par nos gouvernants qui n'ont cessé de vouloir court-circuiter les institutions (parlementaires) sans pour autant avoir recours aux mécanismes (référendaires) destinés à la faire naître, comme le montre la baroque et douteuse « Convention citoyenne sur le climat » vendue sous le terme étrange de « démocratie participative », censé la ranger dans une catégorie en réalité créée pour elle et toute entière conçue pour légitimer rétrospectivement des décisions sans doute déjà arrêtées.

Ce que l'on a dénoncé sous le vocable de « judiciarisation » de la société menace aussi la

vie politique et est donc davantage une conséquence qu'une cause¹³. Et si elle s'explique très largement, la volonté d'actionner la responsabilité pénale ne peut donc pour autant toucher aux comportements pertinents ni ne conduire aux effets escomptés : permettre de remettre en cause des choix politiques et de changer le cours des choses pendant qu'il est encore temps. Il ne doit pas, en effet, appartenir à un juge, quel qu'il soit, de décider du bienfondé d'une politique d'autant que la sanction pénale ne change hélas pas le cours des événements, la seule chose importante en réalité. C'est dire si les actions civiles (ou administratives) climatiques contre la puissance publique et ses acteurs qui émergent risquent fort de faire naître de faux espoirs de changement tout en augmentant la tendance à investir la justice et les juges de vertu qui n'ont pas à être les siennes.

C'est pourquoi la dénonciation de la dérive pénale ne suffit pas. Elle doit être assortie d'une réflexion sur la responsabilité politique même. En commençant par le commencement : prendre conscience de ce que peut être une responsabilité politique et de ce qui ne peut pas sérieusement l'être. À commencer par la soi-disant forme électorale de la responsabilité de l'Exécutif. Seul un mécanisme de sanction permettant la défiance non volontaire sur un fait précis ayant trait à une question d'opportunité politique et mettant fin prématurément à l'exercice de fonctions peut concrétiser l'idée de responsabilité politique¹⁴. C'était précisément l'objet de l'engagement de la responsabilité parlementaire. Et l'on s'interroge sur ce qui serait susceptible de réintroduire cette préoccupation dans les institutions.

B. Un espoir : une « réinstitutionnalisation » de la vie politique ?

Ces constats sont troublants. Ils donnent le sentiment étrange d'un double retour en arrière : dans l'irruption de la responsabilité pénale

13. Comme l'écrivait, il y a déjà presque vingt ans, D. Bourmaud dans une réflexion sur la « nouvelle V^e République » : « Le découplage qui s'est opéré entre l'autorité et la responsabilité tient d'abord aux présidents eux-mêmes. La responsabilité politique étant de facto devenue inopérante, dès lors que le chef de l'État refusait de lier son sort à un vote populaire défavorable (référendum ou élection législative), la responsabilité pénale a joué comme un mécanisme de substitution. Mais, on le sait, le constat ne saurait s'arrêter là. Sans la révolution de la presse écrite et audiovisuelle, le pouvoir du juge n'aurait pas connu l'expansion qui a été la sienne. L'emprise des sondages, des médias et du juge a puissamment contribué à modifier le contexte dans lequel le régime politique avait été élaboré et les conditions pratiques de sa mise en œuvre. » (D. Bourmaud, « Les V^{es} Républiques. Monarchie, dyarchie, polyarchie. Variations autour du pouvoir sous la V^e République », *Pouvoirs* 2001, n° 99, p. 14-15).

14. Sur ces critères, v. P. Ségur, *La responsabilité politique*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1998, p. 78-81 et du même auteur, « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », *RDP* 1999, p. 1599 et s., spéc. 1619-1621.

comme succédané de cette responsabilité mais aussi dans l'incapacité des gouvernants à saisir le sens même de la responsabilité politique, laquelle est pourtant aux fondements des institutions politiques modernes. Cette mutilation du paradigme du gouvernement parlementaire pour le faire reposer sur le seul dogme majoritaire, entendu comme la sauvegarde absolue de la stabilité, prive le régime parlementaire de son exigeante et audacieuse idée d'origine : le contrôle des gouvernants par les gouvernés à travers leurs représentants, qui traduit leur consentement au pouvoir.

Tout se passe comme si l'on était arrivé à la fin d'un cycle, une sorte de retour au point de départ de l'histoire de la responsabilité des gouvernants désormais dépourvue de toute logique institutionnelle et de toute efficacité : l'ancien système ne fonctionne plus et le nouveau, dont on attend une capacité à relever les défis de l'époque, pas encore. Comment s'étonner d'un tel résultat quand une des tendances lourdes de la doctrine constitutionnaliste depuis des années a consisté à convaincre et à se convaincre qu'un gouvernement parlementaire était celui du « règne de la majorité » et non celui de la délibération et du contrôle ? De la recherche de responsabilité pénale comme pis-aller inadapté à l'engagement de la responsabilité politique on est passé, sous les Républiques précédentes, en France tout du moins, à un emballement parlementaire de la responsabilité avant que la rationalisation de son engagement, couplé au fait majoritaire et à la mainmise du chef de l'État sur la conduite de la politique gouvernementale, ne conduise à sa paralysie et au retour de velléités d'actions pénales comme avatar de la responsabilité politique.

L'idée même de responsabilité politique semble neutralisée et ce qui est présenté comme en tenant lieu n'en est pas réellement une, y compris lorsqu'on l'envisage par des procédures dites de « démocratie participative » prétendant associer les citoyens à une décision bien souvent déjà prise et sous contrôle. Alors comment l'opérer ? Question délicate tant le système paraît bloqué par des comportements reflète des mœurs d'une époque. Inutile de s'en remettre à énième commission de réflexion sur les institutions. Les dernières en date – Jospin (2012) – et surtout Bartolone-Winock (*Refaire la démocratie*, 2016) ont déjà abordé tous les sujets importants, opéré des constats sains et parfois assortis de propositions moins frileuses que l'on aurait pu le craindre¹⁵.

C'est, en vérité, un réel changement des mentalités qu'il conviendrait d'opérer. D'abord en réfléchissant à ce que pourrait être une « réinstitutionnalisation » de la vie politique, en réinvestissant les institutions politiques de leurs missions constitutionnelles au lieu de les assigner à la seule fonction du respect des équilibres politiques. Si ces derniers sont importants pour garantir une stabilité gouvernementale, ils ne peuvent paralyser de fait les logiques institutionnelles. Les parlementaires, en particulier les députés, doivent, à l'image des sénateurs, cesser de se penser d'abord comme des membres d'une majorité ou d'une opposition sous le regard de médias friands d'affrontements partisans et de querelles de personnes. Ils doivent reconquérir leur indépendance vis-à-vis de l'Exécutif et de ses bureaucrates aux ordres d'un pouvoir vertical et ultra hiérarchisé pour redonner son sens au concept de parlementarisme, sauf à le vider entièrement de toute signification¹⁶. Il est frap-

15. Comme le retour au septennat pour le rapport d'information « Refaire la démocratie », souhaitant « mieux définir le rôle de chaque institution, renforcer notre système de contre-pouvoirs et instaurer des mécanismes permettant à ceux chargés de prendre des décisions d'en rendre régulièrement compte et d'en assumer clairement la responsabilité politique. C'est ce qui nous a conduits à défendre un retour au septennat, sans prôner pour autant un retour en arrière, dès lors qu'il s'accompagnerait d'une meilleure définition des rôles de chacun et que le Président de la République verrait sa mission davantage tournée vers le long terme », p. 15-16.

16. On remarque récemment « le lourd déficit de capacité politique de ceux qui, dans la logique institutionnelle de tout parlementarisme, devraient être à même de peser un tant soit peu sur l'action de l'Exécutif » avant d'en conclure que « Les majorités parlementaires de la V^e République ont été toujours sévèrement dominées par l'Exécutif. Certes, cette donnée est également vraie pour les régimes parlementaires monistes de la démocratie de partis classique du second x^e siècle (Royaume-Uni, Allemagne, Autriche, ...). Mais du moins ce fait y est alors compensé par l'influence régulière et jugée légitime de ces majorités tant au plan personnel (la composition du gouvernement) qu'au plan de la conduite des politiques publiques. En France, la dimension

pant de constater que le dernier exemple en date à pouvoir être interprété « en termes de responsabilité politique et de fonctionnement du régime parlementaire »¹⁷ est le travail de la commission sénatoriale sur l'affaire dite « Bénalla »¹⁸. Dès lors que le chef de l'État, vrai gouvernant et ne voulant renoncer à l'être, ne peut voir sa responsabilité politique engagée juridiquement, qu'il ne veut l'engager en fait par des procédures référendaires et que la responsabilité pénale n'est pas l'instrument pertinent, il ne reste d'autre issue que celle d'un réinvestissent par les députés de leur fonction de contrôle jusqu'à obtenir un résultat tangible, y compris contre le Gouvernement qu'il soutient. Ce qui suppose que le Parlement se pense comme autre chose que comme un simple soutien à l'Exécutif et comprenne sa fonction représentative au sens constitutionnel du terme.

C'est ici que le concept de « réinstitutionnalisation » prend toute sa signification : le Parlement doit retrouver le sens de ses fonctions. Comme on l'a souligné, la responsabilité politique est un « vif argent »¹⁹, ce qui la rend « susceptible d'être engagée en dehors même de procédures formelles », pour le dire comme P. Lauvaux²⁰. Elle peut donc constamment renaître, pour peu que l'on saisisse l'occasion qui se présente, y compris dans la brumeuse mission « d'évaluation des politiques publiques » du Parlement introduite au premier alinéa de l'article 24 de la Constitution introduite par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008²¹. Et si la responsabilité politique du chef de l'État ne peut être engagée au nom du fait que seul le Gouvernement à ses ordres est responsable, alors il convient de mettre en cause le Gouvernement. Là où le réfé-

rendum est supérieur pour trancher une question de principe et permettre aux électeurs de se prononcer directement sur ce que doit être la volonté du peuple, le Parlement est mieux à même d'enquêter, questionner, investiguer. À condition toutefois qu'il le fasse dans un esprit non partisan et que son travail ne reste pas lettre morte en étant suivi d'effets qui soient politiques.

Un travail de suivi de ses conclusions ou de ses recommandations devrait être organisé par le Parlement lui-même, pourquoi pas sous le contrôle des citoyens, ce que l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires laisse entendre sur les commissions d'enquête « formées pour recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales, en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créées », lesquelles conclusions devraient en principe déboucher sur des suites administratives à tous les échelons. Ensuite, il convient de dédramatiser le renversement d'un gouvernement : si l'on veut conserver au principe du « régime parlementaire » et au contrôle qu'il suppose un sens autre que celui du simple mot commémoratif pour manuel de droit constitutionnel cataloguant les objets de brocante, il n'est pas possible de considérer la censure d'un gouvernement comme un drame risqué dont les institutions ne peuvent se remettre, voire comme une vieillerie dont il serait indécent et archaïque d'évoquer l'existence.

* * *

bilatérale de fonctionnement du couple formé par le gouvernement et la majorité, qui est censée être le grand atout du parlementarisme, a toujours été faible. Elle l'est davantage encore depuis 2017, la fluidité entre la majorité et un gouvernement largement composé hors d'elle étant particulièrement réduite. », A. Le Divellec, « La nomination du gouvernement, pierre de touche du parlementarisme négatif de la V^e République. Une lecture constitutionnelle », préc., spéc. n° 7.

17. D. Baranger, « L'affaire Bénalla et la Constitution : le Sénat, organe de contrôle de l'exécutif », *JP Blog*, 28 sept. 2018, <http://blog.juspoliticum.com/2018/09/23/laffaire-benalla-et-la-constitution-le-senat-organe-de-contrôle-politique-de-l'exécutif/>, repris dans D. Baranger et O. Beaud, *L'État de la Constitution 2018-2019. Les billets du blog Jus politicum*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 22 [19-24].

18. Dont le nom complet est « Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la mission d'information sur les conditions dans lesquelles des personnes n'appartenant pas aux forces de sécurité intérieure ont pu ou peuvent être associées à l'exercice de leurs missions de maintien de l'ordre et de protection de hautes personnalités et le régime des sanctions applicables en cas de manquements ».

19. Selon l'expression de D. Baranger, préc., spéc. n° 18, p. 22.

20. P. Lauvaux, *Le parlementarisme*, op. cit., p. 30.

21. À laquelle le Conseil d'État consacre de manière révélatrice son étude annuelle de 2020, *Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*, La documentation française, 2020, *passim*.

Quel est le sens ultime de la responsabilité politique ? Permettre aux gouvernés d'opérer un contrôle sur leurs gouvernants en contraignant les détenteurs de la fonction gouvernementale, et plus largement du pouvoir politique, à être démis de leurs fonctions si leur action n'est pas conforme au vœu de la nation représentée. Qu'est-ce qu'être responsable politiquement pour un pouvoir exécutif sinon se démettre quand est notifiée une rupture de confiance ? La chose paraît simple dans un système entièrement parlementaire, d'autant que les institutions ont été conçues pour cela. Le rôle pris par le président de la République sous la V^e perturbe considérablement ce schéma au point que le principe même d'une responsabilité parlementaire finit par disparaître, et avec elle toute idée opérante de responsabilité politique dès lors qu'elle ne se

réduit pas à un simple performatif où la responsabilité se borne à proclamer que l'on est responsable. N'ayant été remplacée par aucun schéma institutionnel réellement pensé et crédible mais par des artifices, c'est toute idée réelle de responsabilité politique qui disparaît avec elle, emportant, du même coup, le principe d'un contrôle du pouvoir censé, dans une conception libérale, être constamment sous la surveillance et l'approbation des gouvernés. Or, les gouvernés sont la plupart du temps exclus de ce contrôle sans doute, et c'est là le fond du problème, parce que la politique ne se joue totalement plus dans les institutions et obéit à d'autres logiques, à d'autres injonctions voire à d'autres sphères. On en finit par se poser la question : de quel libéralisme le droit constitutionnel actuel est-il le nom ?

Perspectives

Droit constitutionnel

Le glissement d'une responsabilité politique vers une responsabilité pénale des ministres : regard critique sur un certain exceptionnalisme français, révélé par le cas de l'épidémie du coronavirus¹

Olivier Beaud

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Invité par la *Revue de droit d'Assas*, et par sa directrice, Cécile Chainais à m'exprimer dans le cadre de cette enquête sur l'état du droit constitutionnel, je voudrais profiter de cette occasion pour revenir sur la façon dont on a, en France, réagi à la terrible épidémie du coronavirus, en le faisant à partir du point de vue de la question centrale de la responsabilité des gouvernants², qui est au cœur des perspectives contemporaines sur le droit constitutionnel. Dans l'article précédent, Bruno Daugeron a remarquablement décrit à la fois ce qu'était, en théorie, le mécanisme de la responsabilité politique et le mouvement général en vertu duquel ce même mécanisme s'était sérieusement grippé sous la V^e République, au profit de la responsabilité pénale, en raison de ce qu'on pourrait appeler la présidentialisation des institutions.

On aimerait poser ici, plus particulièrement, la question suivante : faut-il se satisfaire de l'idée selon laquelle la responsabilité pénale des ministres, telle qu'elle s'est développée depuis 1993 (création de la Cour de justice de la République), serait une sorte de nécessaire « compensation » à l'effacement, dans la pratique de la responsabilité politique ? Si l'on peut comprendre les raisons qui font que les citoyens français recherchent avidement, sinon frénétiquement, une solution pénale aux dysfonctionnements – hélas récurrents – de leur État et de ses agents, cette solution n'en est pas moins une grave impasse. N'est-ce pas le devoir des constitutionnalistes que de le dire, même si on leur reprochera au nom d'une vigilante police épistémologique, d'émettre des jugements de valeur ?

1. Je remercie vivement mon collègue et ami Jean-Marie Denquin pour sa lecture exigeante de la première version de cet article en demeurant, évidemment, seul responsable du texte ici publié.

2. Cet article, achevé fin juin 2020, est destiné à paraître en anglais dans un livre codirigé par Paul Kahn et Miguel Maduro, *Democracy in Pandemic Times*, Cambridge University Press, 2020.

Le 20 mai 2020, *L'Express*, un des grands hebdomadaires français, affichait en couverture de son numéro la formule-choc : « *Surenchère judiciaire autour du Covid-19. Cette soif de coupables* ». Ce titre accrocheur décrivait la multiplication des plaintes pénales contre des ministres du gouvernement d'Édouard Philippe. Au dernier comptage, il y en aurait plus de 70 !... Il s'agit ici d'expliquer pourquoi, en France, lors du surgissement d'une pandémie de la Covid-19 – événement hors-normes – l'instauration d'un état d'urgence dit « sanitaire »³ fut accompagné par cette explosion de plaintes pénales. Bref, pourquoi, et pour le dire de façon un peu plus polémique, assiste-t-on à ce jaillissement d'une « sorte de populisme pénal »⁴ et à cette « soif de coupables » ? Ce phénomène est un indice, parmi d'autres, de la situation inquiétante de la démocratie en France.

I. Les faits : l'engrenage pénal à partir des déclarations malencontreuses de l'ancienne ministre de la Santé

L'évènement qui a déclenché cette rafale de plaintes fut la publication dans la presse des « confessions » de l'ancienne ministre de la Santé, M^{me} Agnès Buzyn. Celle-ci démissionna le 16 février 2020 de son poste pour remplacer au pied levé M. Benjamin Griveaux⁵, tête de liste de *La République en marche* (LREM, parti du président Emmanuel Macron) aux élections municipales à Paris. Ainsi, elle quitte en pleine crise du coronavirus le ministère de la Santé – celui principalement compétent pour traiter de l'épidémie... – afin de mener campagne électorale à Paris. Ce fait n'est pas anodin car il démontre que la gestion française fut parasitée par la circonstance politique de la tenue concomitante des élections municipales dans un pays où elles sont en même temps des élections à portée

nationale, accaparant donc tous les partis politiques. De surcroît, l'élection du maire de la capitale est nécessairement un enjeu politique majeur en France, pays ultra centralisé. D'où cette décision apparemment absurde du point de vue de la rationalité « manageriale » : lorsque l'épidémie est en passe d'exploser en France, M^{me} Buzyn, en poste depuis près de trois ans, quitte le ministère de la Santé pour défendre les couleurs de son parti politique devant les électeurs parisiens.

M^{me} Buzyn fait alors campagne comme elle le peut, mais sans grand succès : elle est sévèrement battue lors du premier tour de ses élections, le 15 mars 2020 de sorte que ses chances de gagner au second tour apparaissent quasi-nulles. Au lendemain même de cette défaite électorale sans appel, elle commet une lourde erreur, que seul un novice en politique peut commettre, en confiant ses états d'âme – ceux d'une femme politique battue électoralement – à une journaliste trop ravie de les recueillir, le scoop étant garanti. Elle y déclare notamment que la tenue de ces élections municipales en pleine crise sanitaire était une « mascarade ». Pire, elle avoue qu'elle avait alerté, dès janvier 2020, le Président de la République et le Premier ministre sur la gravité de la crise sanitaire qui se profilait à cause de l'épidémie du coronavirus⁶. Or, en faisant de telles confessions « privées », elle contredit grossièrement ses propos, prononcés *publiquement*, le 24 janvier, selon lesquels « le risque de propagation du coronavirus dans la population [était] très faible ». Ces déclarations – pour le moins intempestives – ont alors provoqué une déflagration dans l'opinion publique que le démenti un peu mou de M^{me} Buzyn n'a pas réussi à enrayer. L'opinion publique était désormais persuadée que le gouvernement « savait », dès janvier 2020, les risques graves que faisait encourir cette épidémie qui pouvait arriver en France. Il fut facile de prétendre alors que le gouvernement avait préféré privilégier des intérêts politi-

3. On renvoie à l'article suivant pour les détails : O. Beaud et C. Guérin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *D.* 2020, p. 892-897.

4. O. Beaud, « Si les gouvernants ont failli, la solution de la plainte pénale n'est pas la bonne », *Le Monde* 21 avr. 2020. Le présent article développe les idées émises dans cet article de presse. Pour une plus récente prise de position, voir notre billet paru le 21 octobre 2020 sur le blog de *Jus politicum* : <http://blog.juspoliticum.com/2020/10/21/mal-gouverner-est-il-un-crime-reflexions-critiques-sur-les-perquisitions-effectuees-dans-le-cadre-de-lenquete-judiciaire-relative-aux-ministres-impliques-dans-la-gestion-de-lepidemie/>

5. Celui-ci avait dû se retirer précipitamment en raison de la divulgation sur les réseaux sociaux d'une *sex-tape* dans laquelle il figurait en acteur principal.

6. « Les regrets de M^{me} Buzyn », *Le Monde* 17 mars 2020.

ciens – la victoire aux élections municipales – par rapport à la protection de la santé des citoyens.

Tout de suite après ce scoop journalistique, un avocat déposa une première plainte, le 19 mars 2020, au nom d'un Collectif de médecins (intitulé C19) contre M^{me} Buzyn et le Premier ministre (M. Édouard Philippe). Ce collectif de 600 médecins reprochait au gouvernement de ne pas avoir agi plus tôt contre l'épidémie et, en outre, d'avoir omis de prendre les bonnes mesures sanitaires (stockage de masques et la mise en place de tests systématiques). Chargé de traduire en droit pénal ces reproches d'ordre politique, son avocat a déniché dans le Code pénal français le délit d'abstention volontaire de combattre un sinistre (art. 223-7 du Code pénal). Cette première plainte fut relayée par une pétition accusant notamment le gouvernement d'avoir préféré la politique ordinaire – l'utilisation de l'article 49-3 de la Constitution pour faire passer en force à l'Assemblée nationale le projet de loi sur les retraites – à la politique extraordinaire qu'aurait dû être la défense de la santé publique des Français. Cette pétition, qui recueillit en quelques jours plus de 200 000 signatures, entendait « participer à la dénonciation des mensonges, de l'amateurisme et de la médiocrité de nos dirigeants qui ont conduit à la gestion calamiteuse de cette crise sanitaire et à un scandale d'État ». Cette rhétorique agressive, qui anime une grande partie des partisans des plaintes pénales, illustre une instrumentalisation du droit pénal à des fins politiques, ce qui est le propre de la justice politique si l'on en croit la judicieuse définition que lui en a donnée Otto Kirchheimer.

Depuis lors, les plaintes se sont multipliées, émanant le plus souvent de syndicats d'employés ou de fonctionnaires contre plusieurs autres ministres. La liste est impressionnante : sont visés ici les ministres de la Santé (M. Olivier Véran, remplaçant M^{me} Buzyn), de l'Intérieur, du Travail, de la Justice, ou encore de l'Éducation. D'autres plaintes pénales ont été déposées – devant le juge ordinaire – contre des hauts fonctionnaires, par exemple contre le Directeur général de la

Santé qui est par la force des choses, « aux premières loges ». On épargnera au lecteur l'énumération des délits pénaux que les avocats, à l'imagination toujours fertile, ont employés pour qualifier les faits litigieux. Il suffit d'indiquer que ces délits sont dits « involontaires » : on reproche ici aux accusés leur abstention, ou leur inaction. Le délit typique est celui de « la mise en danger de la vie d'autrui » (art. 223-1 du Code pénal), délit dont on admirera le caractère vague et qui ne fait guère honneur à la législation pénale française.

Pour achever cet exposé des faits, il faut ajouter que, d'une part ces plaintes pénales sont rendues possibles par l'article 68-1 de la Constitution qui prévoit le cas de la responsabilité pénale des ministres pour des faits commis dans le cadre de leurs fonctions et, d'autre part, qu'elles doivent être déposées devant la Cour de justice de la République (CJR) et non pas le juge pénal ordinaire. Cette dernière est une juridiction spéciale de type politico-pénale, réservée au jugement des « membres du gouvernement » (art. 68-1, al. 1 Const.). Créée par une révision opérée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, cette juridiction fut créée *ad hoc* pour juger les membres du gouvernement dans l'affaire du sang contaminé⁷. Comme son fonctionnement depuis lors est fort insatisfaisant pour de multiples raisons, parmi lesquelles la dualité de procédure selon les personnes incriminées pour les mêmes faits⁸, son existence est régulièrement menacée⁹.

II. L'inévitable comparaison avec le drame du sang contaminé, mais une comparaison induite

Ce drame a marqué la vie politique française à partir de l'année 1991, date où une journaliste a prétendu que, au moment où sévissait l'épidémie du sida (1983-1985), les centres de transfusion sanguine avaient distribué des produits sanguins potentiellement contaminants à des

7. Sa formation de jugement est mixte, comprenant quinze membres dont douze sont des parlementaires (6 députés, 6 sénateurs) et trois sont des magistrats, membres de la Cour de cassation. Juridiction hybride,

8. On renvoie ici à l'ouvrage de référence, très précieux, de Cécile Bargues, *Faut-il juger les politiques ? La Cour de justice de la République*, Paris, Dalloz, 2017.

9. La preuve en est que les deux plus récents projets de révision constitutionnelle suscités par les présidents Hollande et Macron prévoyaient sa suppression... Voir *supra* l'article de Bruno Daugeron.

hémophiles et à des personnes transfusées¹⁰. À la suite de la révélation de ce « scandale », des plaintes pénales aboutirent à un premier procès, en 1992, devant le tribunal correctionnel de Paris condamnant quatre responsables « administratifs » parmi lesquels l'ancien Directeur général de la Santé. On estima qu'il fallait désormais rechercher la responsabilité des plus hautes autorités politiques, à savoir le Premier ministre (M. Laurent Fabius), le ministre des Affaires sociales (M^{me} Georgina Dufoix) et le secrétaire d'État à la Santé (M. Edmond Hervé) – tous socialistes. Après maintes péripéties, les trois membres du gouvernement furent jugés en mars 1999 par cette Cour. Ils furent acquittés, à l'exception de M. Hervé déclaré coupable, mais en même temps dispensé de peine.

À première vue, la ressemblance est frappante avec l'actuelle vague de plaintes pénales. En effet, on y retrouve les trois ingrédients du même scénario politico-pénal : d'abord une épidémie d'une particulière gravité ; ensuite, la critique récurrente faite aux gouvernants de n'avoir pas su prendre à temps les mesures adéquates pour la prévenir ; enfin, la caractéristique commune aux deux affaires est l'incertitude des connaissances au moment de décider. Autrement dit, comment les autorités publiques doivent-elles agir alors que l'état des connaissances s'avère incertain face à l'irruption d'un nouveau virus, le sida et le coronavirus (Covid-19), pour lequel il n'y a pas de vaccin possible ? Une telle incertitude, illustrée à l'envi par les désaccords entre les scientifiques sur les choix à opérer, rend la prise de décision aléatoire et périlleuse. Les « procureurs » se sont, eux, bardés de certitudes car ils jugent rétroactivement les faits prétendant, à partir des connaissances et de la réalité ultérieure, savoir ce qu'il aurait *fallu faire* au moment de décider sous le « feu de l'action ». Ils gommèrent ainsi l'incertitude en simplifiant une réalité terriblement complexe. Ce biais cognitif de la connaissance omnisciente, car rétrospective, fut extrêmement présent lors de l'affaire du sang contaminé. Il domine l'esprit des procureurs

d'aujourd'hui qui s'expriment sur l'épidémie de la Covid-19 et qui s'appuient sur les déclarations-choc de M^{me} Buzyn pour y percevoir un aveu : les ministres savaient et ils n'ont rien fait. Ils ont évidemment tort¹¹, mais ils ont réussi à convaincre une partie de l'opinion qu'ils avaient raison. Il n'est pas question ici de revenir en détail sur la critique que nous avons adressée en 1999 à ce processus de criminalisation de la responsabilité des gouvernants. Résumons seulement le cœur de l'argument : lorsque des erreurs ou des fautes de gestion sont commises par l'État, le fonctionnement normal d'un régime parlementaire, comme l'est celui de la V^e République, consiste à mettre cause la responsabilité politique et non pénale, des membres du gouvernement. Le droit pénal, surtout lorsqu'il est aussi invasif et illibéral qu'en France – comme le prouve la floraison de ces délits involontaires – n'est pas l'instrument adéquat pour évaluer la responsabilité des décideurs. Une telle thèse repose sur la différence de nature, essentielle et profonde, entre la responsabilité pénale et la responsabilité politique¹². Elle s'applique parfaitement au cas de la crise du coronavirus.

Pourtant, la comparaison avec le drame du sang contaminé, si légitime soit-elle, est en grande partie *indue* dès qu'on se place du point de vue institutionnel, juridique si l'on veut. En effet, la particularité de l'affaire du sang contaminé tenait à ce que le « scandale » avait été découvert en 1991, donc plusieurs années après les faits litigieux (1983-1985). Par conséquent, les ministres concernés ne pouvaient plus répondre de leurs actes devant le Parlement car ils n'étaient plus ministres en raison de la nouvelle situation politique. La voie d'une pure responsabilité politique était donc interdite. C'est pourquoi la CJR fut créée afin de pallier cette absence, cette Cour faisant office de « rustine » institutionnelle. On comprend alors la différence majeure avec la situation actuelle du coronavirus où les plaintes pénales déposées depuis le mois de mars 2020 ont été déposées *pendant le déroulement de la crise*, donc « en temps réel »

10. On se permet ici de renvoyer à notre ouvrage : O. Beaud, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité*, Paris, PUF, coll. « Béhémoth », 1999.

11. Fin janvier, faut-il le rappeler, personne ne savait avec certitude si l'épidémie « débarquerait » en France. Les cas de contamination (de Chinois à Paris) et de Britanniques dans les Alpes (début février) n'avaient pas provoqué de contagion massive.

12. On renvoie aux deux chapitres de notre ouvrage, « responsabilité politique contre responsabilité pénale » et « la politisation de la responsabilité criminelle », *Le sang contaminé, op. cit.*, p. 105-133.

si l'on veut. Par conséquent, à l'exception de M^{me} Buzyn, les gouvernants attaqués en justice – cités plus haut – sont *encore tous des ministres en fonction*. Dès lors, en vertu de la règle cardinale du régime parlementaire, ils peuvent être amenés à s'expliquer devant le Parlement, l'autorité compétente sous la V^e République pour mettre en œuvre la responsabilité politique¹³. Pendant l'état d'urgence sanitaire, ce Parlement n'est pas resté inactif. Dès le milieu du mois de mars 2020, une mission d'information à l'Assemblée nationale, une « mission de contrôle et de suivi », est mise en place pour étudier les mesures liées à l'épidémie de Covid-19; elle a vocation à se transformer en commission d'enquête parlementaire, ce qui aura lieu à la fin du mois de juin 2020. Il est désormais prévu que non seulement les ministres en fonction, y compris le Premier ministre, mais aussi les ministres de la Santé des anciens gouvernements seront auditionnés devant la commission de chacune des deux Chambres¹⁴, pour s'expliquer notamment sur la pénurie de masques et de respirateurs artificiels qui ont fait cruellement défaut lors de la crise.

Pour conclure, ce plaidoyer en faveur de la responsabilité politique à la place de la responsabilité pénale visait seulement à rappeler cette vérité que tout constitutionnaliste est supposée connaître : le passage de la responsabilité politico-pénale – de l'*impeachment* – à la responsabilité politique en Angleterre est concomitante de l'avènement du régime parlementaire¹⁵. C'est techniquement et politiquement un progrès du constitutionnalisme. Inversement, la substitution de la responsabilité pénale à la responsabilité politique qui caractérise de nos jours la situation française est une régression majeure de sorte que l'irruption de ce « populisme pénal » doit être interprétée comme un signe parmi d'autres du crépuscule du constitutionnalisme¹⁶.

III. Pourquoi recourir à la responsabilité pénale ? Un diagnostic sur la situation inquiétante de la démocratie française

En qualifiant cette vague de plaintes pénales de « populisme pénal », il s'agit pour nous de désigner un phénomène inquiétant consistant à faire prévaloir la responsabilité pénale sur la responsabilité politique. Cette expression de « populisme » vise aussi à dénoncer une solution démagogique car les plaintes pénales n'ont aucune chance, en réalité, d'aboutir à des condamnations si l'on en juge par le précédent du sang contaminé. En effet, la responsabilité pénale suppose la réunion de conditions très difficiles à remplir (si l'on fait vraiment du droit pénal) : le lien de causalité, notamment, est délicat à prouver, l'interprétation des dispositions du Code pénal est – normalement – d'interprétation stricte et la charge de la preuve incombe au plaignant. En revanche, comme la procédure devant la CJR est très lente et que le respect du secret de l'instruction n'existe pas en France (un fait instructif qui n'émeut pourtant pas grand-monde), la presse va s'en livrer à cœur joie pendant des années en tenant en haleine ses lecteurs en « sortant » des pièces judiciaires qu'elle va distiller à chaque fois comme s'il s'agissait d'un scoop.

On en arrive alors à la question fondamentale : *pourquoi cette soif de responsabilité pénale en France, cette soif qui émane de la société civile, représentée essentiellement par les victimes ?* La principale raison, que l'on verra bientôt, est d'ordre institutionnel mais il y a d'abord un fait de société. La France connaît depuis au moins deux décennies un curieux phénomène qu'on peut appeler la « sanctification » des victimes qui, par son ampleur, devient proprement ridicule et qui a abouti à la criminalisation des procès. Dès que se produit une catastrophe, de toute nature, les médias et les politiques s'en emparent frénétiquement¹⁷. La douleur des victimes devient le point central de toute discussion

13. Art. 24 Const. : « Le Parlement [...] contrôle l'action du Gouvernement. » Les articles 49 et 50 prévoient les mécanismes de la responsabilité politique qui peuvent déboucher le cas échéant sur le vote d'une motion de censure. L'article 51-2 prévoit l'existence des commissions d'enquête parlementaire pour assurer sa mission de contrôle.

14. Depuis l'achèvement de cet article, la commission s'est réunie à plusieurs reprises et a procédé à de nombreuses auditions dont certaines ont retenu l'attention de l'opinion publique.

15. Sur ce point, l'ouvrage de Denis Baranger est fort éclairant, *La formation d'un Exécutif responsable en Angleterre*, Paris, PUF, 1999.

16. Allusion au titre du livre de P. Dobner, M. Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, 2010.

17. On renvoie ici à un grand film *L'exercice de l'État*, qui est une leçon de choses pour le juriste.

et la solution du procès pénal semble le *seul* moyen de la calmer. Illustrons ce fait par une anecdote éloquent. Lors du procès pénal résultant de l'accident d'avion du *Concorde* survenu en 2000 à Goussainville, le Procureur de la République avait prévu à la fois un interprète et une salle pour les victimes (toutes allemandes, sauf l'équipage français). À sa stupéfaction, à l'ouverture du procès qui eut lieu à Pontoise le 10 février 2010, aucune famille allemande n'était présente. L'avocat allemand précisa dans une interview à la BBC que l'ouverture de ce grand procès ne les satisfaisait pas car il rouvrirait inutilement des plaies; en effet, les familles avaient été déjà correctement et rapidement indemnisées¹⁸. Cela leur suffisait apparemment. Mais en France s'est développée depuis des décennies une culture de la dramatisation « mémorielle » où le procès pénal en cas de catastrophe est vu comme une opération cathartique pour les victimes et symétriquement comme « un moyen d'élever des bûchers symboliques »¹⁹ sur lesquels sont sacrifiés les accusés, bouc-émissaires modernes. Les victimes réclament un droit subjectif à la vengeance qui doit nécessairement viser ceux qui ont eu, au moment des faits, le malheur d'être aux commandes de l'État, des collectivités territoriales et de l'Administration. C'est une terrible régression du droit pénal et de la procédure pénale, rendue possible par la constitution de partie civile (les victimes se substituant au ministère public). Nous l'avions déjà dit en 1999 à propos du sang contaminé, mais la situation a empiré depuis lors.

Mais la seconde raison de cette criminalisation de la responsabilité est institutionnelle : elle procède du fait que, depuis des décennies, la responsabilité politique ne fonctionne plus en France (voir *supra* l'article précédent de B. Daugeron). Par conséquent, par défaut, les citoyens se tournent vers le juge pénal pour demander des comptes aux gouvernants. Ils le font de plus en plus pour contrôler leur vertu²⁰, mais là – c'est plus grave – ils le font pour contrôler leur *action*. Ceci suppose d'entrer dans une explication relevant du droit constitutionnel. La V^e République est un régime parlementaire, comme on a vu

plus haut, dans la mesure où certaines dispositions de la Constitution de 1958 prévoient une responsabilité du gouvernement devant le Parlement. Il existe d'un côté, la question de confiance que le gouvernement peut poser (art. 49) et la motion de censure que les parlementaires peuvent déposer (art. 49) et voter (art. 50). En pratique, un seul gouvernement fut censuré depuis 1958, en 1962, celui du gouvernement Pompidou, et c'était pour sanctionner le Président de Gaulle qui voulut modifier la Constitution par voie de référendum et non pas par la voie parlementaire. Comme dans beaucoup de régimes parlementaires, l'existence d'une majorité stable fait que les gouvernements ne sont pas renversés.

Tout dépend donc de la stabilité de la coalition au pouvoir, ou de la solidité de la majorité au pouvoir, comme c'était le cas avec la présidence Macron où jusqu'à très peu, le parti présidentiel (LREM) avait la majorité absolue à l'Assemblée nationale. Il en résulte que le gouvernement est rarement destitué, ce qui signe un changement majeur par rapport à la IV^e République où l'instabilité ministérielle était la règle. Par ailleurs, il n'existe pas dans la constitution de la V^e République de responsabilité individuelle des ministres de sorte que, pour faire chuter un ministre, il faudrait faire chuter tout le gouvernement, ce qui n'est pas réaliste. Surtout, il n'existe pas de responsabilité du chef du gouvernement devant son propre parti politique (comme en Angleterre) parce que c'est le Président de la République qui est le chef de son parti. Toutes les issues sont donc bouchées.

Toutefois, le plus important, réside dans cet étrange caractère bicéphale de l'exécutif sous la V^e République, partagé entre le chef de l'État (le Président de la République) et le chef du gouvernement (le Premier ministre). La pratique impulsée par le Général de Gaulle entre 1959 et 1969 a fait que cette dyarchie a été remplacée par une monocratie dominée par le Président de la République – thème fameux de la « monarchie républicaine » (Maurice Duverger). Mais ce présidentialisme pouvait encore être acceptable sous de Gaulle parce que le premier président de la

18. Selon le témoignage de Maître Daniel Soulez-Larivière (e-mail à l'auteur en date du 12 juin 2020).

19. Titre de l'article de Daniel Soulez-Larivière, *Journal du Dimanche*, 16 mai 2020.

20. Je renvoie au magistral essai d'Alessandro Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, 1988 (ce livre aurait dû être traduit en français tant il est éclairant).

V^e République engageait sa responsabilité politique devant le peuple. Il le fit lors de l'élection présidentielle de 1965, où de Gaulle se présenta de nouveau et lors des plébiscites ayant eu lieu pour décider de l'autodétermination de l'Algérie. D'ailleurs, de Gaulle démissionna le 28 avril 1969 lorsque le peuple désapprouva par référendum son projet sur la réforme des institutions. Or, depuis son départ, le présidentielisme – hors les trois périodes de cohabitation²¹ (1986-1988, 1993-1995 et 1997-2002) – demeure le principal legs de l'interprétation gaulliste. Mais tous les présidents ayant succédé à de Gaulle n'ont jamais engagé leur responsabilité politique devant le peuple et ils ont même tout fait pour l'éviter. Le cas le plus évident fut celui de François Mitterrand qui, malgré les deux cuisantes défaites électorales de son parti (socialiste) aux élections législatives de 1986 et de 1993, est demeuré au pouvoir. Ensuite, un autre président, censé être gaulliste, Jacques Chirac, a cautionné cette politique d'irresponsabilité politique du président de la République par deux fois : une première, en 1997, lorsqu'après avoir perdu des élections législatives consécutives à une dissolution qu'il avait bien imprudemment décidée, il n'a pas cru bon de démissionner, et une seconde en 2005 après l'échec du référendum du 29 mai 2005 relatif au traité établissant une constitution européenne.

Bref, le Président de la République française jouit de pouvoirs bien plus importants que le président des États-Unis, mais il est désormais politiquement irresponsable. Il bénéficie en outre d'une large immunité pénale qui lui a été accordée par la loi constitutionnelle du 23 février 2007 (art. 67 Const.). Pour compenser l'extension de cette immunité pénale, cette loi a prévu une « soupape de sûreté » avec la possible destitution du président de la République en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de ses fonctions » (art. 68, al. 1 Const.). Cette disposition est expressément prévue comme une exception à l'irresponsabilité politique de principe prévu à l'article 67, al. 1 et tout laisse à penser qu'elle n'est pas destinée à s'appliquer, sauf cas très exceptionnel.

En outre, autre singularité de notre système présidentiel, le président de la République qui est l'autorité politique prédominante, n'a pas de comptes à rendre devant le Parlement au nom d'une règle classique du régime parlementaire. Il a le droit de refuser de venir témoigner devant une commission d'enquête alors même qu'il serait le principal protagoniste de telle ou telle affaire. Ce privilège a été accordé par M. François Mitterrand à M. Valéry Giscard d'Estaing, son prédécesseur donc, alors qu'une commission de l'Assemblée nationale voulait l'entendre à propos d'une affaire des « avions-renifleurs ». Le président socialiste a donc admis que, en raison de la « tradition républicaine », l'ancien chef de l'État ne pouvait pas être auditionné par une commission d'enquête. Mais ce privilège fut étendu aux conseillers, aux hommes de l'Élysée. Toutefois, cette pratique a été inversée lors de la récente affaire Benalla (juillet 2019), du nom du garde du corps du Président Emmanuel Macron qui s'était pris pour un policier qu'il n'était pas. L'enquête menée par la commission du Sénat avait mis à jour certains dysfonctionnements et des proches conseillers de l'Élysée ont été entendus. Le président de la République déclara à cette époque à l'adresse de ses opposants politiques qu'ils pouvaient « venir le chercher »... En réalité, la commission d'enquête ne pouvait pas l'entendre. Ainsi en France actuellement, l'autorité politiquement responsable (le Premier ministre) n'est pas celle qui décide et l'autorité qui décide (le chef de l'État) n'est pas constitutionnellement responsable. On comprend pourquoi la solution de la responsabilité pénale est tant recherchée par des citoyens en colère contre ce mur d'irresponsabilité.

Cet exceptionnalisme français ressort aussi de la comparaison de droit constitutionnel. En effet, la crise de la Covid-19 offre un terrain d'expérience intéressant pour la responsabilité car les trois autres pays européens gravement touchés par l'épidémie sont chronologiquement l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni. Or, bien qu'ils soient tous des régimes parlementaires, on ne constate aucun phénomène aussi massif de criminalisation de la responsabilité alors même que, par exemple, il semble avéré que le gouverne-

21. Ce terme peu juridique vise à décrire l'existence d'une majorité présidentielle et d'une majorité parlementaire de nature politique opposée. Il en résulte que dans cette hypothèse le Premier ministre (Chirac, Balladur et Jospin) gouverne réellement, le président de la République étant réduit à une fonction subalterne, quoique non négligeable.

ment de sa Majesté, dirigé par Boris Johnson, a perdu des jours précieux pour protéger sa population. En Italie, une plainte a été déposée par un avocat ancien parlementaire de *Forza Italia* contre le gouvernement accusé d'avoir commis un délit spécial, intitulé « délit d'épidémie » (« *epidemia colposa* »), mais surtout un Collectif de victimes qui s'est constitué à Bergame – épicentre de l'épidémie en Lombardie – et a déposé le 9 juin 2020 une cinquantaine de plaintes. Quelques plaintes similaires ont été déposées en Espagne tandis qu'en Belgique, une plainte a été récemment déposée par cinq médecins contre l'État pour non-assistance à personne en danger. Mais malgré la présence de telles plaintes, à l'étranger, il n'y a absolument rien à voir avec le phénomène massif en France. *Comment peut-on alors expliquer une telle différence entre la France et les autres pays ?* Certains politologues soulignent le niveau exceptionnel de défiance en France, vis-à-vis des gouvernants – notamment vis-à-vis d'Emmanuel Macron. Il est possible que faute d'atteindre le Président de la République qui est aujourd'hui constamment offensé dans les réseaux sociaux par des slogans, des affiches ou des photos, les citoyens en colère lancent des procès contre ses ministres pour atteindre indirectement le chef de l'État. Cette violence verbale et physique a atteint des sommets l'an dernier avec l'épisode des Gilets Jaunes qui, un jour, ont menacé d'assez près l'Élysée. Une telle rage n'a pas cessé avec la réforme des retraites violemment critiquée par une partie de la classe politique. La présidence de M. Macron se ressent évidemment de sa faible assiette électorale. En mai 2017, il a obtenu seulement 23 % au premier tour de l'élection présidentielle et sa victoire au second tour est due au fait que sa rivale M^{me} Marine Le Pen, représentait encore à l'époque un parti d'extrême-droite qui a certes voulu se « recentrer » en devenant le Parti du Rassemblement National (RN) (au lieu du Front National). Le fait est que deux partis relativement extrémistes comme le RN et la *France insoumise* ont presque obtenu 40 % des voix au premier tour de la présidentielle et propagent un discours radical « anti-système » qui attise la violence du débat politique en France. Dans ce climat, l'action pénale est bien un autre moyen d'atteindre politiquement les gouvernants et participe d'une forme de populisme pénal.

Mais, objectera-t-on, la France n'a pas grand-chose à envier à l'Italie qui est sortie récemment d'une alliance au gouvernement entre un parti populiste (Mouvement Cinq Étoiles) et d'un parti virant à l'extrême-droite, la Ligue de Matteo Salvini. Pourquoi alors y a-t-il eu si peu de plaintes pénales en Italie contre les ministres ? La raison nous semble juridique et souligne l'exceptionnalisme français. En effet, dans les régimes parlementaires normaux, les ministres sont des parlementaires et ils le restent en accédant au gouvernement, comme c'était le cas en France sous la IV^e République. Par conséquent, une plainte pénale dirigée contre eux doit surmonter l'obstacle de l'immunité parlementaire. En Italie, par exemple, la plainte de l'avocat de *Forza Italia*, pour aboutir, suppose la mainlevée de l'immunité parlementaire de la part de la Chambre du Parlement dont est issu le ministre. Or, en France, la Constitution de 1958 ne fonctionne pas sur un modèle purement parlementaire pour au moins deux raisons. La première, c'est qu'un ministre n'a pas besoin d'être parlementaire pour devenir ministre. La seule condition réelle est qu'il plaise au président, qui le nomme sur proposition du Premier ministre mais qui le plus souvent le choisit ou bien exerce son droit de veto (en cohabitation). Les ministres sont souvent des hauts fonctionnaires ou des membres de cabinets ministériels, ou ils viennent de la société civile, comme c'est le cas de M^{me} Buzyn : elle était professeur de médecine avant son entrée en fonction et n'avait jamais fait de politique auparavant (ce qui s'est vu...). Mais il y a une seconde raison encore plus précise : la Constitution de 1958 (art. 23 Const.) a innové en fixant le principe d'une incompatibilité entre les fonctions ministérielle et parlementaire. Il en résulte que si un député ou un sénateur entre au gouvernement, il doit renoncer à son mandat parlementaire. Dès lors, il n'est plus protégé par son immunité prévue à l'article 26 de la Constitution. Or, quand la révision constitutionnelle de 1993 eut lieu, elle ouvrit largement la porte aux plaintes pénales avec son article 68-1, al. 1 (précité plus haut). Il n'y avait plus de contrôle préalable équivalent à celui de la levée de l'immunité.

* * *

Ainsi, ce cas illustre parfaitement à la fois l'*impureté du régime parlementaire* et la *pureté d'un présidentialisme exacerbé* où l'exercice du pou-

voir est découplé de la responsabilité politique. La recherche effrénée de responsabilité pénale n'est donc qu'une conséquence de cet état de fait inquiétant. Selon leurs partisans, ces plaintes pénales valent mieux que rien. On continue

pourtant à objecter qu'elles aggravent plutôt la situation de la démocratie française en favorisant cette nouvelle sorte de populisme : le populisme pénal.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le
Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronsha-
gen ainsi que la Direction de la communication
de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES
VOTRE SÉCURITÉ**



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND
LA ROCHELLE ■ LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com

Membre de Généalogistes de France



Généalogistes
de France