

Qu'en est-il de la réalité du droit ? *

Angel SANCHEZ DE LA TORRE

*Directeur du Département de Philosophie du droit
de l'Université Complutense de Madrid*

RÉSUMÉ. — En partant d'une analyse de la réalité abstraite du droit, cette étude montre le rôle spécifique de la notion de mesure, assumant une fonction transactionnelle des intérêts et des biens et déterminant la justice dans les rapports intersubjectifs. Aristote est réinterprété dans cette optique.

Bergson, Husserl et bien d'autres penseurs ont montré que les données scientifiques sont perçues à partir de cette connaissance ordinaire et ordonnatrice qui – si l'on se réfère à la théorie de l'âme d'Aristote – peut recevoir le nom de « sens commun ».

Quel est donc ce point de convergence où toutes les formes d'expérience du droit arrivent à fixer le profil déterminé de cette réalité connue comme étant « le droit » ?

Si l'on pouvait affirmer que la réalité du Droit n'est pas une « chose » – évidemment, où y a-t-il un droit « montrable », ici ou là ? – et donc que le droit n'est pas une réalité matérielle, serait-il forcément une chose formelle, purement et simplement dématérialisée ?

Mais l'opposition conceptuelle ne serait pas exclusivement entre « forme » et « matière ». La réalité du droit appartient au monde, aussi réel que le monde matériel, de la culture. Le formalisme du monde juridique n'est pas une forme pour la matière, mais *une forme pour la culture*. Et la culture même est une donnée immatérielle. Les choses appartenant au monde de la culture sont immatérielles, mais elles ont un sens, un *meaning*, en lequel consiste leur spécification comme choses de culture, dont le substrat n'est pas une réalité matérielle, mais une certaine action humaine qui porte en soi un certain sens.

Ce n'est pas la lettre de l'expression normative, mais le sens normatif inhérent à cette expression, qui est la réalité de la norme. Ce n'est pas l'endroit où le juge a son siège, mais l'affirmation judiciaire qui définit le droit subjectif, qui rend justice à la partie outragée. Mais ce n'est pas davantage la chose volée qui fait l'objet de la restitution : c'est plutôt le droit de propriété qui est restitué à son maître : et son droit est

* Révision de la traduction : *Centre de Philosophie du Droit, Université de Bordeaux-Montesquieu.*

aussi une chose immatérielle. La chose est utile, matériellement utilisée, mais son usage appartient à l'économie, à la biologie ou au luxe, mais en tant que juridique. Seul le droit du propriétaire permet d'identifier la personne qui peut licitement prendre son usage ou disposer de sa chose selon sa volonté. Le droit est un sens immatériel qui pose son signe sur une chose matérielle, en signifiant les conditions où le sujet peut, ou non, en « disposer », sous le seul contrôle de sa volonté. Et l'ordre du droit s'arrête là. Et au-delà commence le règne de l'économie, de la biologie ou du bon plaisir de son maître.

Cependant, la seule faculté qui demeure, en tant que juridique, au propriétaire, n'est pas l'usage de la chose, mais le pouvoir licite d'empêcher quelqu'un d'autre de prendre sur la chose une utilité que seule la permission du maître pourrait signaler comme licite.

Le droit (l'ordre juridique) et les actions juridiques (droits subjectifs, devoirs) sont des signes conceptuels, ou des modes d'action, qui servent à déterminer, non seulement les biens humains que chaque sujet peut avoir pour soi licitement, mais les méthodes ou procédés que chacun peut suivre pour connaître les conditions où sa liberté peut décider relativement à une chose en tant que sienne. Le droit est une réalité immatérielle, et sa connaissance vise aussi une méthode tournée vers une réalité immatérielle, dont le sens doit se concrétiser dans une corrélation de présences humaines au sein de la cité. Mais le droit ne gît pas dans la cité, ni dans les sujets, ni dans ses actions, mais uniquement dans la liberté que connote le signe de « licitude » ou d'« illicitude », selon le sens de cette même liberté, qui reflète son arbitre sans dommage à l'égard d'autrui. Le droit dépasse ainsi le sens licite d'une liberté innocente, connu par une méthode opportune pour l'occasion ¹.

La recherche scientifique du droit doit se faire selon la nature de la réalité même qu'on veut connaître. Alors tous les objets appartenant au niveau de la réalité culturelle ont comme objectif de connaissance une façon de connaître congruente avec la nature de cette réalité, ce qui est une manière de conduite, une méthode usuelle dans une collectivité humaine concrète. Sa réalité naturelle n'est pas physique ni sensible, mais tendancielle et significative, étant porteuse d'un sens. Pour cette raison, le problème épistémologique du droit consistera à trouver non pas seulement l'adéquation de ces biens que la liberté veut atteindre, avec les fins prévues par le sujet – peut-être son bonheur ou, au moins, la satisfaction de ses besoins –, mais la méthode valable pour connaître le sens de licitude ou illicitude de cette liberté en fixant les bornes de son arbitre aux actions qui cherchent de tels biens. Ainsi le droit n'est pas que le signe qui porte le sens d'une raison telle que le sujet d'un acte peut la connaître, permettant de savoir si atteindre un objectif est licite ou illicite, l'identité de celui qui sera l'auteur et quel sera le mode de son comportement ².

La complexité de la réalité du droit ne permet pas de situer sa réalité suivant des coordonnées simples. Quand Aristote étudie la réalité humaine, il ne commence pas par appliquer la dialectique élémentaire de la matière et de la forme, si métaphysicienne que cette méthode pourrait sembler. La nature montre le corps et l'âme. Mais sa recherche

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, I, 1, 3, 1094 b : 1, hJ me'n ou–n mevqodoi touvtwn ejfivetai, politikhv tii ou–sa.

² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, I, 1, 3, 1094 b 25, ejfΔ o{son hJ tou– pravgmatoï fuvsiï ejpidevxtai.

par exemple sur l'âme découvre d'abord le principe de la vie, puis sa nature, son essence, ses attributs – essentiels, car il s'agit d'une réalité complexe –, et l'influence de son activité compte sur des organes corporels, etc.

Comment une réalité juridique pourrait être connue seulement comme norme, ou action, ou responsabilité, ou devoir, ou fonction économique ?

Au contraire, la difficulté est assise sur la complexité de sa réalité. Le droit a ses formes, sa matière, ses fonctions, ses organes, ses sujets, ses sanctions, ses buts, ses temps, ses lieux. Le droit établit une charnière avec la vie individuelle de chacun mais aussi avec le destin historique des peuples. On pourrait nier la validité de la perspective individuelle du droit qui règle la conduite de chaque personne, ou la perspective sociale du droit qui comporte les conditions de la prospérité commune.

Mais, en pareil cas, l'on pourrait distinguer encore l'élément matériel du droit dans ses fonctions envers les réalités sensibles : la conduite humaine, les choses matérielles, les mesures sociales, les pouvoirs politiques, les prévisions de paix avec les voisins ou avec les associés, etc.

L'élément spirituel ou idéal du droit pourrait consister dans les buts de chacun, dans l'égalité des choses échangées, dans la conformité des données contractuelles, dans l'objectif de justice...

Mais entre l'élément matériel et l'élément idéal, la règle de droit a son lieu propre. Elle règne sur ses fonctions et sur ses structures, elle est située au milieu de cette complexe réalité, mais pour elle la complexité sociale entière n'est pas que le milieu réglé, les données où elle doit mesurer la valeur de toute chose et identifier chaque individu à qui elle doit restituer son dû.

Cette opération du droit ne peut être que spirituelle, et non pas matérielle : *ratio et mensura*, aussi variée qu'elle soit pour chacune des modalités d'adjudgement requise par ses fonctions globales³ : *suum cuique tribuere*.

La réalité du droit pourrait être considérée en prenant comme point d'observation intellectuelle les caractères spécifiques du mode de réalité propres au droit. Alors il faut prendre une position capable de la définir, dans le sens le plus plein, comme explication parfaite de son essence mais aussi de sa fonction pratique : conclusion qu'on peut trouver après les recherches épistémologiques que les méthodes husserliennes et les approches sociologiques ont ajouté aux propositions ontologiques traditionnelles.

La réalité juridique pourrait alors être montrée dans une ligne de position où sa réalité se concrétise mais sans se refermer, et où sa réalité est suffisamment perçue sans rester solidifiée.

La « chose juridique » est, dans une vitrine qui éclaire chacun de ses mouvements, « donnée », « acte », « conduite », « conséquence », « interaction », « appréciation », « évaluation », « sanction », « typification », « contrôle », « énonciation autorisée », « efficacité », « infraction », « norme juridique », « institution juridique ».

Chacun de ces moments réels du droit doit être considéré dans la perspective de l'ensemble, sans réductionnisme ni privilèges méthodologiques. Si pour un juriste

³ Aristote, *De anima*, I, 1, 402 à 18-22, *dehvsei ga;r labeišn peri; e[kaston tivı oJ provpoi, ejavn de; fanero–n hJ povteron ajpovdeisiı tivı estin hjdiaresıı hJ kai; tivı a[llh mevqodoı, e[ti pollavı ajporıvai e[xeı kai; plavnai, ec tivwn deiv zhteıšn.*

« administratif » la donnée première pourrait être la norme ou l'institution dont le cadre établit les facultés des sujets, pour un juriste « rural » la donnée première serait l'appréciation des conséquences d'un acte tendant à ôter à son voisin le droit d'irriguer pendant cinq minutes, et pour un juriste « anglo-saxon » la quantité de dommages provoqués par un délai non accompli. Mais les autres aspects offerts par la réalité du droit resteraient intangibles dans leur ensemble.

Mais chacun de ces aspects est lié à une détermination situationnelle et temporaire. Ce sont les résultats de l'intellection d'un observateur existant en un lieu et en un temps fixés.

Pour obtenir un concept du droit unitaire, émergeant de la pluralité des aspects de sa réalité, il faut déterminer un angle qui permette de voir non pas seulement la réalité du droit, mais aussi une contemplation qui porte en soi la différence entre la perspective juridique et d'autres perspectives qui concourent aussi aux mêmes objets réels déjà énoncés. Chacun de ces moments pourrait appartenir à la perspective morale, ou politique, ou religieuse, ou économique : en somme, à chacune des perspectives dont la finalité est d'établir un ordre sur la société qui la rende intelligible et ordonnée. Les dissemblances pourraient être assignées à certaines caractéristiques de chacun des ordres énoncés ou à toutes celles qui ne peuvent pas rester identiques même si elles manifestent certaines coïncidences dans une culture ou une autre, à une époque ou une autre.

Mais cette essence du droit ne saurait être un élément aussi concret, susceptible d'établir une distinction entre le droit et, par exemple, la religion ou la politique. Quand Axel Hägerström utilisait comme concept singularisateur la « magie » (dans le droit romain), ou quand Otto Bruslin tentait d'exprimer le sens de l'homme « juridique » moderne comme étant « l'organisateur », ils n'ajoutaient rien de nature à atteindre un concept distinct de la réalité du droit considérée en elle-même. Hans Kelsen non plus n'arrive pas à un concept aussi formel du droit profondément submergé sous l'apparence glaciale de l'hypothèse normative, sans ajouter tous les éléments (sociologiques, politiques, etc.) sans lesquels l'énoncé lui-même de la structure normative resterait irréal.

L'analyse du droit ne peut se soustraire à la méthode philosophique capable de prévoir d'avance, prémonitoirement, l'essence de la réalité même que l'on recherche, dans sa région propre, dans ses éléments identificateurs, dans ses présuppositions logiques, dans son paradigme virtuel, dans ses finalités caractéristiques, dans ses objectifs établis. J.-M. Trigeaud a bien noté que les distinctions entre « réalité » et « conscience », par exemple, n'étaient pas qu'une commodité dialectique, pour arriver à la connaissance du droit...

Mais il faut toujours arriver à un niveau de connaissance du droit pouvant procurer une certitude sur le mode de découverte du droit, et par là, les modalités de penser son existence dans la réalité, une réalité qui ne commence, ni ne finit non plus, dans la réalité même du droit, mais qui la dépasse et qui la mélange. Le droit n'est pas une matérialité fermée sur lui-même, et il se situe dans ce moyen plus ample et multiforme qui fixe la coexistence humaine, donnée en une société historique, et inspirée par les valeurs plus ou moins profondes qui marquent le sens de l'espèce humaine.

Dans cette complexité du réel, le droit compte sur ses données matérielles : les biens physiques comme les terres de labour, les champs, les chemins, les maisons, les usines, les productions, les aliments, les « matières premières » et leurs élaborations. Toutes les choses servant au bien-être humain, des individus et des groupes, directement

ou à travers le commerce. Ce sont les « biens susceptibles d'être appropriés », lesquels dans leur version romaine constituent les *bona* : *salus*, *honor*, *pecunia* (la vie, l'honneur, le bien-être économique). Mais seuls les biens extérieurs pourraient être qualifiés de « choses matérielles », en étant la vie et l'honneur des biens intérieurs ou, au moins, intériorisés par chaque sujet humain. En un certain sens, ces biens personnels pourraient même être tenus comme résultant des actions préalablement réalisées par une personne, et l'on pourrait alors dire qu'ils sont matérialisés. Mais cette expression n'arrive guère à définir sa réalité comme matérielle. Cependant, si nous voulons suivre la métaphore aristotélicienne, son élément potentiel est tout à fait accompli et il arrive à combler parfaitement son actualité. Mais le mode de sa réalisation est inséré dans la réalité même du sujet qui a été capable de parfaire son but ; et cette réalité est, en tant que subjective, humaine, et elle trouve son endroit dans la structure complexe de la personne qui produit le mouvement aboutissant à cette réalisation. Et le point de référence de la personne est le point de convergence de la totalité individuelle qu'elle recouvre, le sujet, une réalité non seulement spirituelle, mais qui est en même temps tout le contraire d'un élément matériel quelconque.

Mais il faudrait situer le lieu propre du droit dans sa réalité.

L'élément placé plus bas que la construction juridique, et qui n'est pas seulement son préalable réel, mais son ciment spécifique, est la « société ». Elle n'est pas non plus un ensemble d'hommes ou d'institutions, mais la donnée primaire de tous les ensembles et de toutes les organisations : l'ensemble des systèmes de communication existant dans une extension spatiale et temporelle déterminée. La société ainsi définie constitue l'*ubi* catégoriel de la réalité juridique. L'action humaine située dans ce lieu est la relation (pour chaque activité sociale humaine) qui se traduit par la réalisation du droit comme « relation juridique ».

Voici le second étage du bâtiment du droit : la relation de droit. Elle regarde les objectifs propres à chacun des sujets impliqués dans son texte. La *téchne* de la relation de droit comprend la chaîne (les intérêts échangés ou initiés par les sujets) et la trame (les actions des sujets interagissant et respectivement responsables).

Dans l'étage suivant, le droit trouve tous les faits qui entraînent la production d'une relation de droit, ou qui déterminent un changement dans sa structure. Il ne s'agit pas seulement d'une conduite physique de chacun des sujets compris dans le texte de la relation, mais d'une variation en provenance des quelques-uns des éléments qui structurent son contexte. Car la concrétisation des intérêts propres de chaque sujet peut tenir à un acte du sujet agissant (contrat, conformité, adhésion, dommage, etc.), mais aussi à un résultat externe lié au contexte (imposition normative, norme nouvelle, cours du temps, événement cosmique, etc.). Ainsi le fait juridique désigne tout acte, dommage, norme ou événement qui a engendré la constitution d'un rapport juridique, ou qui a introduit un changement dans l'équilibre donné des intérêts, entre les sujets d'un rapport de droit déjà existant (préalablement).

Les sujets impliqués dans le rapport juridique, ou dans la relation de droit, correspondent au quatrième étage de la réalité juridique construite dans un tel ensemble nommé « droit ».

Dans leur structure proprement individuelle, les sujets sont des « personnes », *physiques*, en tant que réalités, prises en tant que références existant par elles-mêmes, et *morales*, en tant que réalités analogiques et métaphoriques douées de fonctions

semblables aux fonctions des personnes individuelles qui sont propres à chaque être humain vivant dans le monde, – les seules, en dernière instance, capables d'intersubjectivité et de responsabilité envers les autres.

Au sein du rapport de droit, les sujets ne sont pas actifs ou passifs. Ils sont toujours « agissants », que ce soit par l'initiative, ou que ce soit par la réponse. Quant au sujet de droit, soit il a agi, soit il est en train d'agir, soit il agira le moment venu. Il n'est jamais « passif », mais il peut être « pensif » en attendant le moment opportun pour répondre, accepter, rejeter, contrarier, etc., le dessein proposé par l'initiateur de l'affaire. Après cette observation, l'on pourrait proposer une définition du « sujet de droit » : agent rationnel conscient, interactif et responsable. Ces derniers éléments attestent la modalité juridique de la présence respective des êtres humains, existants ou analogues. Les premiers éléments d'une telle définition traduisent en termes existentiels les données qui dans la conception philosophique de Boèce exprimaient la notion de personne : *naturae rationalis individua substantia*.

Dans le rapport de droit, le sujet de droit est déterminé, non seulement par son acte, agi dans le passé, ou dans le présent, ou bien dans le futur possible à travers les constructions du droit subjectif et du devoir de droit ; mais il l'est encore par les résultats attachés à la structure relationnelle par des interventions externes aux sujets mêmes : le changement normatif des règles juridiques déjà existantes, ou l'éventualité d'un hasard capable de renverser quelques-uns des faits concernés dans un rapport juridique existant.

Le sujet de droit apparaît alors à la fois comme actif et comme réceptif ; son intérêt dans la relation de droit n'est pas en tant qu'agissant seulement, mais également en tant qu'« affecté » à travers son rapport avec le texte, et aussi avec le contexte, relationnel.

Cette construction de la réalité du sujet de droit permet d'intégrer l'ensemble des éléments réels des intérêts humains dans le droit. Le *mésôn* dont l'égalité dans les prestations réciproques de chaque sujet doit constater la justice à travers le rapport intersubjectif, marque la constatation des rapports, ce qui vise non seulement les sujets du rapport juridique concret, mais aussi leurs intérêts et l'extériorité du monde : l'organisation économique, les techniques industrielles, les valeurs culturelles et morales, les solidarités civiques, religieuses ou historiques, etc., dont la présence indique la mesurabilité des intérêts mêmes allégués à cette occasion, et permet de comparer la valeur respective de chacune des prestations prévues. Le *mésôn* matériel traduit, ou introduit, dans la *regula et mensura* qui indiquera l'égalité des échanges réciproques, l'univers réel qui contient les critères de coût et d'utilité capables de fixer le prix de chaque chose qui est échangée entre les sujets de la relation de droit. Le *mésôn* est, dans cette fonction identificatrice des valeurs, un moyen de communication centré sur l'univers juridique des sujets, d'une façon analogue à cette fonction qu'Aristote assignait au corps humain, de médiation à l'égard du monde extérieur des autres et des choses, à travers des sens corporels dont les sensations particulières et spécialisées permettaient à la centralité du sens commun d'être affectée par les sensations à la fois corporelles et spirituelles ⁴.

⁴ Aristote, *De anima*, I, V, 409 b, 30 11, εἰς ὡς-ν με;ν οὐ-ν εἰστί;ν εἰς τὸν τούτων, εἰς τὸν γίνωσκῃν θ;ν φυχ;ν καί; αἰσθησῃν. Ἄλλα; το; συνολὸν τῶν γινωσκῶν- ἡ; αἰσθησῶν... οἰοῖται... οἰοῖται καὶ; αἰσθησῶν- τῶν συνολῶν.

Le bien de la « correspondance juste », plus encore (car sa détermination n'est pas seulement intersubjective mais conditionnée extérieurement par les facteurs convergents au regard de la mesurabilité du *mésos*) que dans la matière des autres vertus qui ne sont pas la justice même, est plus complexe qu'on ne pourrait le soupçonner. Car le bien est raisonné dans ce qui existe, et aussi dans ce qu'on fait, et dans ce qui présente un rapport quelconque avec une autre chose, et avec les réalités qui sont en soi et naturellement relatives à d'autres. Et les biens sont encore, ou par soi-même, ou par d'autres ⁵.

En constituant le *mésos* envers des choses et envers des personnes, *kaiv pro ;i ti kaiv tishvn*, son égalité doit se réaliser à travers deux dimensions : d'une part la dimension interpersonnelle parmi les protagonistes du rapport considéré dans l'action ou dans l'indemnité concrète, et d'autre part toutes les autres dimensions qui convergent sur la centralité mesurable du *mésos*. Aristote insiste sur le critère de l'égalité (*to ; ison mh ;son*) nécessaire à la justice. Mais aussi, dans les premiers paragraphes de sa *Rhétorique* ⁶, où il fait mention des éléments que la loi ou le juge doivent considérer, il propose une description assez détaillée de cet ensemble intégré, à l'*Éthique*, dans le *mésos*. Si une justice scientifique ne doit pas s'épuiser dans les cas isolés (*protavsei peri ; e[kaston gevnoi kai; ei-doı*), mais dans les cas communs (*dia tw-n koinw-n*), et par là dans les cas également communs à tous (*toypoi koinoi ; oJmoivwı pavntwn*), les éléments considérés seront au moins les prémisses communes (*koinai ; protavsei*) inhérentes aux situations communes pour établir une certaine cohérence entre la pensée commune et lesdites situations communes (*ajkrivbeia*). Car la justice ne cherche pas seulement la clarté (*dhlou-n*), mais aussi la conviction en conscience (*fucagorei-n*) capable de la porter à la pratique, dans le contexte d'une confiance solidaire (*koinai ; pivstei*).

Dans le fait juridique, nous avons trouvé, autant les biens juridiques que le contexte qui les rend mesurables, et encore les sujets mêmes, actifs ou réceptifs, des échanges réciproques des biens rapportés. Dans le *mésos*, les prestations constituent le texte, les valorisations culturelles le contexte, les sujets les acteurs intentionnels (volontaires) ou simplement affectés (involontaires).

Le problème juridique se pose au moment de la valorisation des prestations, dans le sens de produire une égalité entre les prestations réciproques.

Dans le territoire d'une *polis* chacun porte son bien à vendre, ou cherche un bien pour l'acheter. Il y a des choses, et il y a de l'argent, dans un marché organisé (*agora*). Le problème de la fixation du prix se compose de deux facteurs : le besoin des agents (prix d'utilité) et le coût de production des biens (prix du marché). Ce dernier est celui qui empêche que la volonté de chacune des parties puisse s'imposer unilatéralement à l'autre. C'est-à-dire, le contexte doit imposer sa mesure, et non pas l'identité personnelle des sujets. Un facteur extérieur à la volonté de chacun doit offrir à chacun une donnée non problématique, qui permette aux intéressés de se mettre d'accord sur le reste des

La perception du réel est structurée. Il en va de même pour la perception du bien commun. Selon *Éthique à Nicomaque*, I, 6, 1069b, 24-25, *oujk ejstin a[ra toÝ ajgaqovn koinoÝn ti kata mivan ijdevan*.

⁵ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, I, 5, 1096 a, 14-15 ; 19 et s.

⁶ Aristote, *Rhétorique*, I, 1, 1354 b, 1355 a.

convenances strictement subjectives : consentir, ou repousser, la proposition de l'autre partie pour effectuer, ou non, la transaction (*synallagma*).

Cette mesure s'affirme constituée comme « loi ». La valorisation de chaque bien s'établit sur une échelle fixe de valeurs, la monnaie (*nomisma*). Sa détermination dans chaque marché local peut garantir l'égalité dans les prestations réciproques (*nomos*). L'existence d'une « autorité » capable d'imposer ce critère garantit la valeur de la monnaie comme engagement de l'égalité pour la valeur des biens objets de prestation (*noméus*).

Ainsi la structure complexe du *mésou* renvoie à la loi, comme critère appelé par les sujets. Les autres facteurs externes sont toujours présents, mais ils se présentent comme pré-conditions antérieures et extérieures, non causés par l'action de chaque sujet pour cette occasion, mais provenant, l'un de la techné de production et de marché, l'autre de la techné d'organisation politique⁷.

La valeur fixée valablement (par des raisons technologiques, économiques et culturelles) dès l'extérieur de chaque sujet intéressé est la « Justice », point décisif qu'Aristote a étudié dans ses dimensions : comme techné (*Rhétorique*) ; et comme vertu (*Éthique*) ; comme ayant un rapport avec le régime politique (*Politique*), en continuant la pensée platonicienne qui, de son côté, recueillait les expériences et conceptions traditionnelles et contemporaines. La justice d'application dans la cité (*to ; divkaion politikovn*) devient la question primordiale dans la réalisation du droit. C'est l'aspect décisif pour le droit dans l'ensemble des facteurs articulés au sein de la complexité du *mésou*. Les sujets constituent le problème le plus important, le destin personnel et la finalité du bonheur dans le lieu que chaque être humain occupe dans le monde, en développant ses capacités en liberté et en solidarité, et en participant aux conditions existentielles communes à l'espèce humaine. Le sujet ne sera pas pour la loi, bien sûr, mais la loi pour le sujet. Tout sera bien éclairci par une ontologie de la personne. Mais entre le niveau des intérêts individuels et des organisations collectives, et le niveau du destin supérieur de la dignité de la liberté de la personne humaine, le droit trouve son propre niveau comme besoin pragmatique pour cette fonction globalisante du *mésou* : la fixation du critère que rend possible toute activité humaine eu égard à ses besoins en respectant chaque dignité personnelle : le juste, *tov divkaion*.

Sur le sol de la société, les racines des relations, la sève transfusée dans le tronc pour produire des branches, feuilles et fruits grâce à la symbiose de la lumière, de l'eau et des soins du laboureur ; le soleil de la justice sera celui qui fera mûrir le fruit, déjà profitable, mais assurant les semences en vue de futures récoltes.

Le juste n'a rien de naturel : il est un construit. Le juste est le résultat d'une infinité d'expériences, d'objectifs, de conditions, de vertus, de calculs qui labourent le réel parmi les humains. Connue par les plus profondes réflexions des anciens philosophes, cette action combinée, déjà considérée dans le contexte d'une cité hellénique, la « justice »,

⁷ Il s'agit ici des questions soulevées : — par la philosophie de l'économie, comme la pensée marxiste, comme celle du socialisme humaniste et coopérativiste, ou encore comme les positions de Rudolf Stammler concernant le rapport entre économie et droit ; — et par la philosophie politique quand, ayant réfléchi sur le problème des régimes politiques et sur le mode de production des règles convenables aux caractères de chaque régime, elle s'occupe aussi de la justice exprimée dans des lois. Mais nous suivrons seulement les considérations propres à une réalité qui n'est ni isolée ni détachée et qui est « distincte » comme « droit ».

en tant que vertu distincte, fait que chacun possède les choses qui lui appartiennent, et cela selon la loi ⁸.

La justice doit, alors, convertir le contenu global du *mésôn* en des critères capables d'assurer le propre de chacun : mais en tenant compte des intérêts de tous et de la communauté dont tous font partie.

Mais, en un autre sens, le juste est aussi naturel.

Il y a un lien profond entre la justice et la vérité, à travers la connexion établie entre les formes d'une réalité commune : « par nature la vérité et la justice sont plus fortes que leurs contraires » ⁹. Et cela est possible, car la capacité cognitive des êtres humains le permet : « les hommes sont par leur nature capable de chercher la vérité et de l'admettre » ¹⁰.

Mais si l'admission de la vérité rencontre seulement l'inimitié de la vanité, celle de la justice se heurte à l'égoïsme de l'intérêt. L'admission du juste est aussi d'admettre le renoncement à la force elle-même et au pouvoir capable d'imposer des intérêts propres à ceux de l'autre ou du commun.

Si seulement la vertu de justice tendait à découvrir le point d'équilibre entre les qualités personnelles du sujet et son action discrète et adaptée à celles-ci, la justice serait une vertu comme toutes les autres : le *mésôn* entre nous-mêmes ¹¹. Mais il faut trouver un moyen pour que le *mésôn* arrive à la réalité naturelle, en suscitant l'éclosion de chaque vertu : une vertu, la justice, qui permette à chacun de vivre dans le bien-être et dans la fermeté de pouvoir réaliser ses objectifs personnels. Car si la vertu est la capacité de produire des biens ¹², les biens situés dans le contexte existentiel sont articulés avec ceux en provenance de la situation personnelle où chaque sujet projette ses propres objectifs, et le cadre de la vertu de la justice doit fixer le terrain pour chacun des sujets, et prévoir aussi des limites ou bornes, dont l'intérieur sera le secteur où la personne doit être empêchée d'agir, et dont l'extérieur sera le secteur où la coopération ou le commerce avec d'autres sujets devra être réglé, simplement afin de fixer des conditions pour que cette coopération ou ce commerce devienne possible, et convienne à chacun. C'est poser ici le problème de la liberté de chacun. Non pas la liberté ontologique correspondant à chaque personne, à chaque acte humain volontaire, car la liberté est celle qui met en jeu le pouvoir de chaque sujet envers le pouvoir de l'autre, sans soumission ni imposition de l'un sur l'autre, résultat que le *mésôn* du juste recherche à travers des conditions où l'égalité de la valeur des biens échangés est bien acquise.

On tient volontiers la définition de l'égalité juridique comme étant la suivante : il s'agit de « la liberté qui est compatible avec la liberté des autres sujets ». Mais cette conception de la liberté juste n'est pas satisfaisante. Il n'est guère possible de connaître par ses apparences les raisons qu'une liberté a pour arriver plus loin dans son efficacité.

⁸ Aristote, *Rhétorique*, I, 9, 1366 b, 10-11 : E[sti–dev dikaiosuvnh m;n ajreth; diã e{ñ ta; auJtw–n e[kastoi e[cousi, kai; wJl oJ novmoi.

⁹ Aristote, *Rhétorique*, I, 1, 1355 a, 21-22 : To; fuvsei ei–nai kreivttw taJlhqhv kai; divkaia tw n eJnantivwn.

¹⁰ Aristote, *Rhétorique*, I, 1, 1355 a, 16-17 : OiJ a[nqrwpoi pro; i tov ajlhqe; i pefuvkasin iJkanw–i, kai; ta; pleivw tugavnousi.

¹¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, II, 6, 1106 b, 6-7, To; de; mevson zhtei– kai; tau–qæ aiJrei–tai, mevson de; ouj to; tou pravgmatoi, alla; to; pro; i hJma–i.

¹² Aristote, *Rhétorique*, I, 9, 1366 b, 4 : hJ ajreth; du; namii eujergetikhv.

Chaque vertu possède sa propre capacité de produire des biens, d'être *energuéia*. Il y a des limites formelles, peut-être, et des méthodes pour empêcher l'excès de pouvoir d'une personnalité éminente. Mais les libertés présupposées des autres personnes n'entraveront jamais leur pratique, elles sont simplement des libertés « virtuelles », imaginées seulement pour pouvoir imposer une borne à la liberté réellement pratiquée. Mais la limite d'une liberté de droit devrait être seulement le mal, le dommage, le nuisible, l'offense, le tort envers l'autre ou envers la communauté.

Dans le *mésôn* (social, moral, politique, culturel), il faut faire confiance à la liberté existante, sans lui nuire en raison d'une liberté seulement virtuelle ou potentielle, dont l'existence dépend d'une possibilité inconnue, causée par un autre sujet inactif pour le moment. Pensons-nous le sens de ces *primordia civitatis* signifiés par les deux premiers des *tria juris praecepta* ? Il faut les lire ensemble : *honeste vivere, alterum non laedere*. La primauté de la liberté, créatrice des biens et des bénéfices en tant que vraie vertu, ne doit trouver d'autres limitations que celles où l'on commencerait à trouver des dommages : la sujétion de la liberté des autres serait déjà un mal : là, on se heurterait à la vraie limite du droit, car le dommage dont souffre un autre sujet serait aussi un mal, comme celui causé aux choses d'autrui. Et le dommage à l'égard d'un autre sujet humain serait la menace ou le préjudice porté contre l'un ou l'autre de ses biens : *salus, honos, pecunia*, dont la liberté est, non seulement le symbole, mais aussi le moyen de leur efficacité juridique.

Mais ici nous ne trouvons rien qui puisse être rappelé comme élément matériel dans la réalité du droit. Il s'agit seulement d'une construction culturelle qui est parvenue à fixer, dans une place commune aux êtres humains, un moyen rationnel pour l'installation de son existence. L'équilibre entre l'imposition de bornes à la liberté, et les conditions pour un bien-être convenable à chacun, constitue le vrai *mésôn dikaion*, que les critères du juste doivent toujours chercher. Car le dernier et le plus important objectif de la justice sera la sécurité, moyennant la liberté ; ou la liberté, comme résultat de la sécurité¹³.

La formulation des critères du juste, le *dikaion koinôn*, capable d'établir dans l'existence humaine l'égalité visant à satisfaire la dignité de chacun, est la question la plus disputée dans le savoir du droit. Ce problème constitue la synthèse où convergent tous les éléments intégrés dans le *mésôn* du droit, le lieu où sont comprises les dimensions textuelles et contextuelles de l'action subjective.

La communauté où ce *mésôn* complexe est capable de fixer un horizon commode et bienfaisant pour l'existence humaine, est la *polis*, le champ minime d'intelligibilité des éléments intégrés dans le *mésôn* considéré. La *polis* ancienne qui, quoique si petite dans notre perspective historique, possédait cette même diversité de formes, régimes, lois et valeurs qui rendirent possibles les pensées de ses citoyens et, en somme, la philosophie politique et juridique, parmi d'autres constructions métaphysiques et scientifiques, qui sont encore valables comme modèles et méthodes de connaissance.

¹³ Il faut que le but le plus recherché dans l'existence commune soit la sécurité. Selon Aristote, *Rhétorique*, I, 5, 28-29 : ούττω γαυρ α[ν ασfάlevstatoι οJ bivoi ei[h.

Le juste dans la cité renvoie au naturel et au légal ¹⁴. Le naturel est connu, car dans tous les lieux il revendique sa propre force, et il ne dépend pas des opinions. Le légal avait commencé par être indéterminé dans un sens ou dans un autre, mais, une fois établi, il détermine un critère défini.

Les critères naturels du juste ne sont pas écrits dans la constitution de la cité, mais les critères légaux sont fixés en forme de loi. La justice de chaque citoyen doit prendre en compte l'ensemble des critères. Pour devenir juste, un citoyen doit être *nomimos* mais aussi *isos*. L'égalité sans violence apparaît comme un critère naturel, non écrit, si bien que l'obéissance à la loi établie dans la cité peut être imposée par la violence. Il y a convergence des deux critères : car l'homme juste sera égal s'il obéit aux lois, quoique l'égalité définie par les lois n'est jamais si parfaite que celle connue dans la nature même ¹⁵. On sait bien que la loi ne peut jamais comprendre exactement (*perilabw-n*) le meilleur et le plus juste en même temps pour tous ni imposer un tel critère (*to ; bevtiston epitavttein*). Car les différences, entre certains hommes et d'autres, et diverses activités, et le fait que personne ne bénéficie d'une stabilité parmi les choses humaines, ne permettent pas de dégager avec clarté un art valable pour toutes les choses et pour tous les temps ¹⁶.

Mais l'équilibre des critères de justice se trouve, au regard de la loi, dans la force de la raison naturelle. La loi de la cité établit les valeurs plus particulières de la cité, tandis que les critères naturels, qui sont aussi communs à d'autres cités, apparaissent plus faciles à suivre et plus rationnels, quoiqu'ils ne se constatent pas par écrit ¹⁷.

Alors il est convenable que la loi écrite de chaque cité soit aussi, dans une certaine proportion, assez commune, de telle façon qu'elle puisse apparaître comme naturelle. Elle devrait rechercher les règles les meilleures pour tous et, au moins, les plus justes dans la plupart des circonstances et pour les sujets communs ¹⁸.

En tout cas, le message indiqué par les critères du juste, tant par les critères communs de la nature, non écrits, que par les lois communes pour les citoyens et pour les circonstances, mais écrites et propres dans chacune des cités, est identique : il traduit une détermination des actions humaines qui seront qualifiées comme justes ou injustes. Et ce concept est celui de « licite » ou « illicite », selon les conditions du *mésou* considéré pour les sujets dont la conduite est en cause selon les cas.

¹⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 7, 1134 b, 18-19, *Tou- de; politikou- dikaiou to; me;n fusikovn ejsti to; de; nomikovn*.

¹⁵ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 1, 1129 à 35, *divkaiot e[stai o{ te novminoi kai; oJ i[soi*.

¹⁶ Dans Platon, *Le politique* 294 b *Xenos*. Pour cette raison, Platon estime que la force avec laquelle la cité impose l'obéissance à la loi est excessive : nous voyons la loi... comme un homme plein de vanité et d'ignorance, qui ne consent à quiconque de pouvoir agir d'une manière qui ne soit pas obligatoire, même quand des innovations démontrent des actes meilleurs que ceux ordonnés dans la loi.

¹⁷ Aristote, *Rhétorique*, I, 10, 1368 b, 8-10 : *Novmoi dæejsti-n o{ me;n i[dioi, oJ de; koinovi. Levgw de; i[dion me;n kaqæ o{n gegramme;non politeuvontai, koino;n de; o{sa a[grafá para; pa-sin oJmologeí-sqai*.

¹⁸ Platon, *Le politique*, 294 b, *Xénos* : *novmoi oujk a[n pote duvnaito to; te a[piston kai; to; dikaiovtaton ajkribo-i a{ma pa-sin...* Et dans 294 e, *Xénos* : on doit prendre toutes les dispositions... tant pour le plus commun, que pour le plus grand nombre (*ejpi; to; polu; kai; ejpi; povllou*).

Les conditions qui structurent le *mésos* (organisation technologique, intérêts économiques et autres, préférences morales et croyances culturelles, etc.) peuvent fixer l'origine du critère du juste, strictement égal et naturel, ou valablement intégré à un corps de normes positives. S'il s'agit d'une question culturelle et politique, par exemple, la question juridique vise seulement la qualification du « licite » ou de l'« illicite », d'une conduite subjective, appartenant à cette classe d'actes spécifiés comme « juridiques » en un tel ensemble, déterminé par le *mésos*, en raison de sa projection en termes de responsabilité intersubjective. La science politique établira les conditions de reconnaissance d'un critère du juste formulé comme loi, et il en ira de même encore pour la validité d'autres formes normatives (coutume, principes, privilèges, droits humains, contrats, etc.) garanties par les juridictions ordonnées dans l'organisation politique. La constitution politique même (*politeia*) admettra la « licitude » des actes non prévus dans les normes explicitement connues, légales ou non, ou bien, au contraire, elle marquera comme « illicites » toutes les actions non prévues comme « licites », moyennant des expressions normatives de forme « prohibitive », « permissive » ou « impérative », selon l'économie des procédés linguistiques conseillée en chaque circonstance.

La fonction des normes est dès lors celle de désigner les limites selon lesquelles chaque acte potentiellement juridique sera « licite » ou « illicite ». Dans une perspective scientifique centrée sur la réalité propre du droit et de l'ordre juridique, leur tâche essentielle est de « désigner » le cadre de la licitude ou de l'illicitude de chaque acte considéré, interprété à son tour dès le *mésos* qui le révèle comme juridique, ayant reconnu sa relevance comme tel. Cette *juris designatio*, désignation du juste ou de l'injuste en termes de « licitude » ou « illicitude » peut se formuler comme *designatio naturalis*, *designatio contractualis*, *designatio legalis*, etc. Le juriste, et le sujet juridique même intéressé dans son affaire, déploie ses facultés rationnelles en faisant usage du critère le plus adéquat ou le plus convenable selon les cas. Son propos final, son *télos*, est un acte de volonté et de décision. mais l'élection des moyens valables pour un tel but est un acte de délibération préalable à la décision elle-même¹⁹. Et cette activité juridique se fait intersubjective et responsable suivant les conditions définies moyennant une certaine *designatio juris*, laquelle posera, pour le service des gens, les méthodes adéquates pour réaliser leur intérêt, individuel ou commun, pour acquérir les choses auxquelles chacun pense comme symbole ou comme instrument de son bonheur²⁰.

Car le juste consiste à assurer à chacun le domaine et la possession de son *suum*.

Les autorités de la cité, – chacun dès sa propre fonction : le prince, le législateur, le juge, l'arbitre – ont la fonction d'assurer à chacun son *suum*, son dû. En étant les magistrats publics les plus zélés gardiens de la cité et de ses valeurs, ils sont aussi les plus dévoués promoteurs des critères qui « conforment », et des normes qui désignent, le *suum jus* de chacun, en employant la force coercitive, que la constitution politique leur assigne, afin de sanctionner l'exécutoriété nécessaire, s'il en est besoin. Les autorités de la *polis* deviennent ainsi les organes les plus déterminants de la réalisation du droit, de même que les désignations juridiques sont les moyens communs de connaissance des critères du « licite » et de l'« illicite ».

¹⁹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, III, 5, 1113 a, 7 et s.

²⁰ Aristote, *Rhétorique*, I, 5, 1360, 7-8 : h{ ejudaimoniva kai; ta; movria aujth–i.

Mais le *suum* n'est pas seulement une « désignation » pour connaître les limites de la licitude de chaque conduite, ou une « exécution attributive » du législateur ou du magistrat. Il faut que le sujet à qui on attribue son dû puisse exercer son domaine sur la chose dont le domaine lui a été attribué. Il s'agit ici de l'institution juridique du *dominium*, de la propriété.

Vraiment, c'est le droit de la propriété qui offre à chacun la sûreté, la liberté, et l'utilité. La propriété n'est autre chose que la réalisation du droit dans la perspective de la liberté du sujet humain capable de créer, produire, occuper ou rendre utile une chose ou un travail. Nous avons déjà considéré les biens possibles et leur « appropriabilité » par le commun. Mais sa transcendance juridique est en ceci que c'est seulement à travers l'institution de la propriété que les critères de justice peuvent stimuler les conditions factuelles de réalisation qu'est le *suum*. *Suum cuique tribuere* est le résultat pragmatique émané du *mésos*, en tirant les conséquences des deux autres principes : *honeste vivere alterum non laedere*, dialectiquement compris afin d'arriver à établir le sens du juste qui formulera, dans les désignations opportunes, le « licite » ou l'« illicite ».

Enfin, la propriété n'est pas seulement la garantie de la liberté sûre et bienfaisante, mais elle est aussi la condition nécessaire de toute coordination et coopération des biens économiques et autres, à travers le contrat ²¹. Le circuit de la réalité du droit trouve ainsi l'agrafe qui le ferme.

Francisco Silvela, 505 B
E - 28028 Madrid

²¹ Aristote, *Rhétorique*, I, 5, 1361 a, 22 : La propriété consiste dans le pouvoir de disposer, ou non, oijkei-a ei-vai... o{tan ejfæaujtw-/ h;/ ajpallotrisw-sai h; mhv. Et la propriété est un droit qui donne sécurité, liberté et jouissance : oijkei-a... kai; ajsfalh-, kai; ejleuqevria kai; crhvsima, Aristote, *Rhétorique*, I, 5, 1361 a, 16.