

# L'obligation et la philosophie du droit moderne

René SÈVE

*Directeur de Recherche au C.N.R.S.*

RÉSUMÉ. — L'auteur rappelle le rôle central de la notion d'obligation dans le jusnaturalisme moderne et en montre le développement dans la doctrine contemporaine dans ses versants déontologique ou téléologique.

L'obligation est sans nul doute la notion centrale de la philosophie du droit moderne car elle assure l'articulation nécessaire entre l'individu et l'expression même du droit – pour les Modernes – la loi. Sans rentrer dans les détails historiques, il faut rappeler que le but poursuivi par la philosophie du droit moderne, celle des jusnaturalistes, fut de susciter un consensus sur des principes admissibles par tous, au moins au sein de la Chrétienté, permettant une fondation globale du droit par-delà la diversité de ses manifestations. À une époque où l'on commence à élaborer les premières codifications, où l'on se méfie de la jurisprudence et, sur le plan moral, des outrances de la casuistique, l'idée de loi naturelle s'impose qui bénéficie à la fois du prestige théorique du modèle euclidien et de la tradition du commandement biblique, selon la formule emblématique du légiscentrisme : « *Lex jus constituit* »<sup>1</sup>. Le droit subjectif lui-même est en effet issu de la loi, non seulement parce qu'il induit pour autrui l'obligation de le respecter, mais parce que la loi permissive est un acte du législateur et non pas une abstention. Plus fondamentalement encore, pour certains auteurs, le droit subjectif est non seulement le produit de la loi mais il s'identifie vis-à-vis du sujet lui-même à l'obligation car, comme l'établit Wolf, il dérive du devoir de l'homme de se perfectionner.

Cette conception présente au moins un paradoxe (A) et une difficulté (B), conduisant à une éventuelle dissolution de la notion d'obligation (C).

<sup>1</sup> « La loi constitue le droit », Suarez, *De Legibus*, I, 15, 7.  
[p. 87-91]

A. — *Un paradoxe*

L'École moderne du droit naturel, la jurisprudence rationnelle des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, repousse au second plan le concept juridique d'obligation qui n'est plus définie à partir du rapport, du *vinculum juris*, du débiteur et du créancier<sup>2</sup>. Qu'elle naisse volontairement ou non, l'obligation juridique se rapporte à une personne déterminée qui peut également, principalement dans les engagements mutuels, se trouver obligée à notre égard. Elle est en ce sens un rapport horizontal et ponctuel entre deux individus, conformément toutefois au droit objectif. Or, dans la philosophie légaliste des Modernes, l'obligation est avant tout pensée comme rapport entre le sujet et la loi (ou le législateur), *rapport à partir duquel est reconstruit l'ensemble du champ juridique et moral*.

Le grand chapitre que Pufendorf consacre à l'obligation dans ses *Elementa jurisprudentiae universalis* (1660) retrace cette orientation fondamentale. À partir de l'obligation, Pufendorf décrit et classe l'ensemble des rapports dans lequel l'homme comme être moral peut se trouver impliqué. Caractéristique parmi les différents modes de classification des obligations est la division opérée entre l'« obligation d'égalité » (*obligatio aequalitatis*) et l'« obligation d'inégalité » (*obligatio inaequalitatis*), la dernière étant précisément définie comme lien de sujétion entre un inférieur et son supérieur. À ce groupe appartiennent, outre les obligations familiales, les obligations politiques et, au-dessus d'elles, l'obligation congénitale (*connata*) de l'homme vis-à-vis de Dieu, obligations auxquelles, comme la suite du texte le montre, sont à des degrés divers *subordonnées toutes les autres*, en particulier celles qui sont issues des conventions. En d'autres termes, l'obligation horizontale est vassalisée par rapport à l'obligation verticale, selon la tradition nominaliste du « *par in parem nullum jus instituit* »<sup>3</sup>.

Derrière le *vinculum juris* qui lie le débiteur au créancier, il faut alors saisir la dépendance fondamentale de l'individu, non vis-à-vis de son semblable, puisque le droit naît de l'inégalité hiérarchique, mais par rapport à la loi, naturelle ou positive, et au législateur, Dieu ou l'État. Dans cette conception la résolution d'une obligation privée n'est que l'occasion d'accomplir un devoir à l'égard d'une instance supérieure.

Mais au-delà de ce paradoxe à l'égard de la conception juridique de l'obligation réside une difficulté : en quoi la loi naturelle est-elle une loi si elle est naturelle ? Pour l'École moderne du droit naturel les lois naturelles sont conformes à la nature de l'homme et leur observance lui est utile. Comme le remarquent L. Strauss ou E. Bloch, la philosophie moderne ne vise pas la perfection surnaturelle de l'homme, mais sanctifie, ou du moins légitime, les besoins utilitaires de l'homme ordinaire. De tels préceptes sont-ils encore des lois et ne se réduisent-ils pas à des maximes de prudence, au risque d'un simple naturalisme moral ? Pourtant les jusnaturalistes maintiennent que la loi de la nature n'oblige pas parce qu'elle est utile mais parce qu'elle est commandée. Chez Suarez ou Pufendorf, il existe un devoir distinct de l'intérêt quand on

<sup>2</sup> « La substance des obligations ne consiste pas à faire nôtre une chose ou une servitude, mais à astreindre à notre égard un autre à donner quelque chose, ou à faire, ou à fournir une prestation. », Paul, *Digeste*, XLIV, 7, 3, pr.

<sup>3</sup> Buridan, *Ethiq.*, V, quest. II, fol. 88, cf. M. Bastit, *La notion de loi de saint Thomas à Suarez. Les origines scolastiques de la loi moderne*, p. 817.

accomplit une action utile : respecter la loi permet d'atteindre un bien physique mais aussi un bien moral, et de ce point de vue, on peut dire que le bien est bien parce que commandé.

Dans l'esprit des jusnaturalistes, la théorie de la loi naturelle permet de maintenir l'idée d'une obligation à suivre la règle même dans les circonstances, certes rares, où l'individu pourrait penser que son intérêt ou son devoir est de s'y soustraire. Même si dans la casuistique, – spécialement les cas de nécessité –, l'École moderne du droit naturel n'est pas toujours rigoriste, elle neutralise par l'idée d'obligation les comportements fondés sur des calculs d'utilité à court terme, égoïstes, voire altruistes (comme celui qui soustrait le bien du « méchant » riche). Appliquée à l'action de l'État, elle protège l'individu contre l'arbitraire du tyran ou du despote.

### B. — Une difficulté

La difficulté de la théorie du droit naturel moderne réside dans son fondement théologique, qui la rendrait semi-rationnelle. L'apport des déontologistes ultérieurs consiste à s'abstenir de ce fondement religieux car si Dieu n'existe pas, tout devient permis et il ne subsiste que des stratégies individuelles au sein de rapports de force. Le premier exemple de cette émancipation est évidemment Rousseau qui essaie de construire des normes obligatoires sans hétéronomie, sans soumission à Dieu.

L'idée de base est que par le mécanisme du contrat social, qui est évidemment une reconstruction théorique, les individus par un accord égal et réciproque créent des normes qui les obligent sans les aliéner puisqu'ils en sont les auteurs. C'est l'effet magique de la promesse (que thématise Reinach), acte libre et créateur d'obligation. On peut même considérer qu'ainsi les hommes se libèrent, puisqu'ils abandonnent une vie guidée par l'intérêt égoïste au coup par coup, pour une vie dirigée selon des principes qu'ils partagent avec autrui et grâce à laquelle ils accèdent à une humanité supérieure – intersubjective :

« On pourrait [...] ajouter à l'acquis de l'état civil, la liberté morale, qui seule rend vraiment l'homme maître de lui ; car l'impulsion du seul appétit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté »<sup>4</sup>.

Cette perspective se fonde en quelque sorte sur une internalisation du dualisme religieux : à la dichotomie création-créature qui fondait l'obligation au divin, se substitue un dualisme interne moi empirique/moi rationnel ou moi naturel/moi moral, selon une terminologie kantienne ou fichtéenne.

Les théories ultérieures de l'obligation exploitent pour ainsi dire la même thématique : dimension intersubjective et dualisme de l'individu, mû par des intérêts, mais aussi habité du souci rationnel de se justifier, d'agir selon des principes admissibles par tous, rationnels parce qu'universalisables.

<sup>4</sup> J.-J. Rousseau, *Contrat social*, Livre I, chap. 8.

Dans la position originelle de J. Rawls, par exemple, derrière le voile d'ignorance (qui dissimule les particularités de chacun), les individus conviennent de règles qui les obligeront. Les deux moi sont ici le moi rationnel ignorant et le moi rationnel complet, ce qui laisse subsister une interrogation : pourquoi lorsque l'individu sait qui il est, quels sont ses intérêts, devrait-il se guider sur ce qu'il aurait convenu quand il l'ignorait ? Pour Habermas, on serait ici plus proche de Hobbes que de Kant.

Dans l'éthique de la discussion de Habermas ou Apel, au contraire, une règle est obligatoire si elle découle de ce qu'on peut se représenter comme le résultat d'un accord entre les intéressés dans le cadre d'une discussion pratique sans contrainte.

Les normes obligatoires traduisent alors des intérêts universalisables. Parce qu'est légitime ce sur quoi tout le monde pourrait se mettre d'accord, on en arrive néanmoins, comme chez Rawls, à la justification des droits naturels, de la démocratie et du respect des règles de droit (justes). La différence est qu'Habermas insiste d'emblée, par sa distinction entre agir stratégique (intéressé) et agir communicationnel, sur l'idée, déjà à l'œuvre chez Rousseau, que l'individu aspire non seulement à satisfaire des intérêts, mais souhaite aussi une reconnaissance qu'il n'obtient que s'il agit selon des principes que tous jugent légitimes. On sauvegarde l'idée d'obligation parce qu'on considère – ce qui peut se discuter – que l'homme poursuit ses avantages mais sans se couper d'autrui, c'est-à-dire de façon publiquement avouable et justifiable.

### C. — *La dissolution de la notion d'obligation*

Plutôt que de chercher à fonder l'obligation sans Dieu, on peut chercher à la dissoudre, en privilégiant la téléologie sur la déontologie : c'est la voie poursuivie par les utilitaristes qui développent le versant naturaliste du jusnaturalisme moderne. On peut admettre dans l'utilitarisme des obligations mais dans un sens faible, parce que conditionnées à une fin ou à un intérêt (je suis obligé de livrer une marchandise parce que c'est le meilleur moyen d'en obtenir le prix). Mais l'obligation au sens moral du terme n'est qu'une fiction. Dans le droit, l'obligation n'est que le lien établi par la norme entre une action et une conséquence juridique : exemple type une sanction pénale<sup>5</sup>. Bref, droit et obligation sont des conventions purement internes au droit qui doivent être subordonnées au principe externe de l'utilité. Cette perspective aboutit aux paradoxes d'Austin : « Le droit n'est ni légal, ni illégal, ni légitime, ni illégitime ». Face au droit, on ne doit pas se laisser abuser par les termes « moraux » dont il fait usage, mais rester distant et suivre son intérêt, qui, si le système juridique est bien ordonné, ne doit pas conduire à vivre dans l'illégalité, mais à utiliser le droit. Cette vision démythifiée du droit est évidemment liée à une psychologie réductionniste où tous les motifs – car il n'y a plus de dualisme interne à l'homme ici – se ramènent à la recherche du plaisir et à l'évitement de la douleur.

<sup>5</sup> Cette théorie, comme on le voit chez Bentham, s'accompagne de la critique des droits subjectifs, du contractualisme et des droits de l'homme (qui sont certes utiles mais non fondés dans l'absolu).

On peut trouver un écho contemporain de cette conception chez un Joseph Raz, spécialement dans un chapitre de son livre *l'Autorité du droit* intitulé « L'obligation d'obéir au droit »<sup>6</sup>. Pour Raz en effet, il n'existe pas d'obligation d'obéir au droit « même dans une bonne société ou dans un bon droit ». En effet, « une obligation d'obéir au droit entraîne une raison de faire ce que le droit requiert », mais l'inverse n'est pas vrai puisqu'« il y a beaucoup de raisons d'obéir au droit ou de faire ce que le droit requiert, qui n'ont rien à voir avec une obligation d'obéir au droit ». Or, et l'on retrouve la tradition de Suarez ou Pufendorf (opposée au naturalisme), « l'obligation d'obéir au droit implique que la raison de faire ce que le droit requiert réside dans le fait que le droit le requiert. » Mais, selon Raz, un comportement conforme au droit suppose une raison d'agir conformément au droit, mais pas forcément une obligation. Ce peut être un intérêt, une habitude ou raison morale distincte du droit. Selon Raz, on ne peut trouver une justification qui permettrait d'affirmer qu'il existe une obligation générale d'obéir au droit, applicable à tous (ce qui n'exclut pas l'existence de raisons morales concernant certains)<sup>7</sup>.

\*

\* \*

En conclusion, ce bref panorama des doctrines qui utilisent pour fonder le droit la notion d'obligation ou qui tentent de l'esquiver, renvoie à des choix sous-jacents. Le plus évident concerne les visions respectives de l'homme qui les animent. Les théories de l'obligation supposent un dualisme, externe ou interne. Les doctrines critiques de l'obligation se satisfont d'une théorie du sujet rationnel qui optimise ses besoins et ses intérêts. Mais à ces divergences philosophiques, on peut ajouter des perspectives différentes, d'ordre logique, sur la forme d'une « bonne théorie ». Les partisans de l'obligation se situent dans une logique fondationnelle et cherchent à établir une source de légitimité, Dieu, l'intersubjectivité, le dialogue rationnel,..., dont tout le reste découle. Les critiques de l'obligation se satisfont d'une vision plus empirique et moins homogène de l'individu dont les devoirs sont issus de motifs divers dans des situations diverses.

<sup>6</sup> Oxford, 1986, p. 180 et s.

<sup>7</sup> Par exemple, si l'on affirme qu'il existe un devoir de soutenir de bonnes institutions, cela n'entraîne pas une obligation générale d'obéir au droit puisque les effets d'une désobéissance sont faibles sur de bonnes institutions, quand elles ne les renforcent pas.