

# Une conception du droit originale

## I. Problème

Parce que le droit s'oppose au fait pour autant qu'il désigne ce qui est et non pas ce qui doit être, celui-ci ne saurait prendre son essor que dans l'expression anhistorique de la volonté libre d'un sujet. Tel fut sans doute le mérite incontestable de Kant, qui reconnaît, dans sa *Doctrine du droit*, que le *criterium* du droit ne saurait être immédiatement trouvé dans la nature, mais doit reposer sur l'expression rationnelle de la liberté<sup>1</sup>. Hegel note lui-même que « le terrain du droit est, de manière générale, le *spirituel*, et [que] sa situation et son point de départ plus précis sont la *volonté* qui est *libre*<sup>2</sup>. »

Cependant, ce droit du libre arbitre, dont l'auteur des *Grundlinien* souligne d'ailleurs l'efficacité négative et restrictive en tant que droit de contraindre<sup>3</sup>, risque bien de s'en tenir là. C'est-à-dire de ne pouvoir s'affirmer que dans une forme encore (car c'est le degré d'effectuation de la liberté qu'il faut prendre en compte) abstraite par rapport à ce qui est. Ce défaut est d'abord celui

---

1. Kant, *Métaphysique des mœurs*, « Doctrine du droit » : « Le droit est donc l'ensemble des conditions sous lesquelles la libre faculté d'agir de chacun peut s'accorder avec la libre faculté d'agir des autres conformément à une loi universelle de la liberté. »

2. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. Jean-François Kervégan, PUF, « Quadrige », 2003 (noté *PPD*), §4, p. 119.

3. Voir à ce propos la remarque du § 29 des *PPD*.

du « droit juridique borné », qui ne dit que la capacité de la personnalité à se rendre propriétaire de toute chose. C'est ensuite aussi le défaut du droit moral, qui risque toujours de s'enfermer dans une posture de refus du réel, et qui n'accepte dans ce cas, comme pendant positif, que l'affirmation d'une universalité vide. C'est précisément la critique que Hegel, dans la *Phénoménologie de l'Esprit*<sup>1</sup>, dresse de la « vision morale du monde » lorsque celle-ci peut bien dégénérer, comme on l'a vu au moment de la Terreur de 1793, comme « furie de la disparition<sup>2</sup> ».

Indiquons cependant qu'en dépit même du formalisme dénoncé du droit strictement juridique et de la moralité, ces formes d'expression de la liberté ne cessent cependant pas d'être des droits. Le premier, parce qu'il implique une objectivation de la liberté dans les Choses dont la personnalité juridique est susceptible de se rendre propriétaire; le second, parce que la volonté libre s'exprime dans l'action morale. La critique hégélienne, qui ne nie donc pas ici qu'il y ait droit, fût-ce à un faible degré, s'applique en fait à une conception du droit qui consiste à réduire la norme juridique à une pure norme intérieure et immédiate : qu'il s'agisse de celle de la conscience morale comme chez Kant, de l'expression triviale du sentiment ou de la « bouillie du cœur » comme chez Fries<sup>3</sup>, ou encore de la forme rationnelle d'une définition comme dans la méthode wolffienne<sup>4</sup>.

---

1. Hegel, *Phénoménologie de l'esprit*, trad. B. Bourgeois, Vrin, 2006 (noté *PhE*), p. 324.

2. Cette critique se développe également au fil de la longue remarque du § 140 des *PPD*.

3. Lire à ce propos la p. 97 de la préface des *Principes de la philosophie du droit*.

4. Voir remarque du § 2, p. 110-111.

Comme toujours néanmoins, la critique hégélienne ne saurait être absolument négative. Ce que reproche Hegel à ces thèses qui proposent, chacune à sa manière, une intériorisation de la norme du droit, concerne leur abstraction, autrement dit, selon Hegel, leur aspect immédiat et leur incomplétude. La liberté ne demeure en effet ici que comme l'opposition négative de l'être et du devoir-être. Le paragraphe quatre des *Grundlinien* établit au contraire que « le droit est le règne de la liberté effectuée, le monde de l'esprit produit à partir de l'esprit lui-même, en tant que seconde nature » (p. 120). Cela signifie que, selon Hegel, la rationalité du droit exige que soit pensée l'identité médiate du rationnel et du réel, l'effectivité même de la liberté. C'est pourquoi il faut compléter cette conception incomplète qui était celle de l'intériorisation abstraite du droit, et interroger désormais les conditions de sa positivité. Le droit, en tant que « liberté effectuée », doit en effet produire l'identité effective du devoir-être et de l'être, dont il doit nécessairement assumer la position. C'est précisément cela qui conduit Hegel à montrer que les conditions de réalisation du concept de droit se trouvent en dehors du droit, dans la *Sittlichkeit*, et en particulier dans la société civile<sup>1</sup>.

C'est ainsi sur le sens problématique de la position historique du droit que s'interroge Hegel dans la remarque du paragraphe 3 des *Grundlinien*. Remarque sur laquelle nous voudrions plus particulièrement nous appuyer. Si « l'élément historique du

---

1. Nous renvoyons ici à l'article de Jean-François Kervégan, intitulé « Concept et réalisation du droit chez Hegel », dans lequel ce dernier montre que « la vie éthique implique l'effectuation du concept abstrait du droit et assure le dépassement de son formalisme » (Paru in *Revue sciences philosophiques et théologiques*, 80-1, 1996).

droit positif » fait ici problème, alors même que nous venons de reconnaître en lui le nécessaire côté réaliste d'une normativité juridique trop intérieure et théorique, c'est en même temps parce que la rationalité immédiate du réel n'est porteuse d'aucune norme juridique vraie. La coutume, en effet, me dit bien ce que je dois faire *hic et nunc*, je peux très bien par ailleurs comprendre la relation entre la norme qu'elle établit et les circonstances historiques, géographiques, sociales en lesquelles elle s'inscrit, cependant elle reste incapable de m'expliquer si, et si oui en quoi, ce qu'elle m'enjoint de faire est un bien universellement fondé, autrement dit un droit. Sa rationalité demeure donc immédiate, non réfléchie. Le problème de la positivité historique du droit consiste ainsi à tenter de penser philosophiquement celui-ci, c'est-à-dire de le penser en tant que la liberté effectuée, comme la conciliation effective, et non pas immédiatement réelle, du rationnel et du réel.

En nous saisissant de la lecture de la remarque du § 3, dont l'intérêt consiste éminemment à nous initier au sens de ce que Hegel appelle « l'esprit objectif », nous voudrions ici montrer de quelle façon se mettent déjà en place les conditions de concrétion de l'idée de liberté, qui se génère successivement selon le moment du droit strict, puis du droit moral, puis de l'éthicité. Il nous semble enfin que la conception originale du droit que développe Hegel nous invite à nous interroger en au moins quatre directions :

1. En quoi certaines figures du droit sont-elles considérées comme « abstraites » selon Hegel (on sait que c'est éminemment le cas du droit « juridique ») ?
2. De quelle façon précise le droit hégélien peut-il à la fois critiquer et assumer la moralité ? Par voie de conséquence,

si la norme du droit hégélien ne réside ni dans les institutions historiques, ni dans la représentation subjective du Bien, comment le hégélianisme résout-il le problème de la normativité du droit ?

3. Comment penser le droit dans le sens d'une « moralité objective » ? Ce qui pose le problème de l'articulation de la philosophie du droit à la philosophie de l'Esprit.
4. Comment enfin l'institutionnalisme hégélien articule-t-il les droits du sujet individuel à ceux de la société éthique et politique ?

## II. De « l'esprit des lois » à « l'esprit objectif »

Lorsque le droit réfléchit, redouble dans sa propre rationalité la rationalité immédiate des choses qui se trouvent là dans l'histoire, ces choses (*Dingen*) deviennent plus que choses. Leur sens immédiat n'est plus simplement trouvé par l'esprit qui les pense, cet esprit sait désormais qu'elles ont été produites, et désire à son tour transformer ce qui a été à la fois trouvé et produit dans un degré de rationalité supérieur que le droit hégélien voudrait bien à son tour poser. Ces choses qui s'éveillent peu à peu à leur valeur symbolique se déterminent alors comme des représentations<sup>1</sup>. Elles deviennent ainsi des institutions

---

1. Hegel définit les représentations comme des « métaphores des pensées et des concepts » (*Encyclopédie des sciences philosophiques*, trad. B. Bourgeois, Vrin, I, noté E suivi du numéro du volume : I, II, III, § 3, R, p. 166). Elles désignent ainsi le moment où la pensée ne reste plus au-dedans de soi sous une forme purement abstraite, sans être pour autant revenue à soi dans sa forme concrète, mais se transporte dans son autre, dans ces « quasi-choses » que sont nos institutions langagières, comportementales, psychologiques, juridiques.

ou bien, comme l'énonce Hegel à la page 99 de la préface des *Grundlinien*, elles deviennent la Chose (*Sache*) dont la loi est la raison. Ainsi en va-t-il par exemple de l'institution du mariage qui, selon Hegel, vient répéter et redoubler, dans une rationalité juridique réfléchie, le sens immédiat et naturel du sentiment amoureux que les Grecs avaient su nommer selon l'âme triple du désir (*eros*), de l'amitié (*philia*), ou encore de l'abnégation de soi (*agapè*). Ces choses devenues Chose constituent ainsi un monde objectif dont il doit appartenir au droit de définir l'esprit.

C'est ce système d'institutions qui définit l'esprit d'un monde trouvé qui se sait désormais produit, que Hegel nommera « esprit objectif », et dont il veut ici reconnaître en l'esprit des lois de Montesquieu une anticipation visionnaire de ce qu'est en vérité la société humaine. En celle-ci en effet, les diverses institutions, qui ne sont des choses que pour autant qu'elles sont posées dans l'histoire, et qui sont en vérité des représentations, des pensées objectivées, n'ont un véritable sens que parce qu'elles ne sont chacune qu'« un moment dépendant d'Une totalité, en connexion avec toutes les autres déterminations qui constituent le caractère d'une nation et d'une époque ». « Le point de vue authentiquement philosophique », c'est-à-dire attentif à la position du droit dans son effectivité et pas simplement dans sa réalité immédiate, que Hegel salue ici chez Montesquieu, consiste donc dans la légitimation d'une approche holiste des institutions, telle qu'il nous la propose dans *l'Esprit des lois*.

Au contraire de cela, un atomisme juridique qui consisterait à examiner les « déterminations particulières de la législation » (lois, règlements, décrets, etc.) « de façon isolée et abstraite », c'est-à-dire, selon le vocabulaire hégélien, de façon mécanique,

saisissant chaque élément comme extérieur par rapport aux autres, qui plus est de manière immédiate et donc dans leur incomplétude, est ici récusé. Les institutions juridiques ne sont pas plus isolément des choses (*Dingen*) que la totalité qui les réunit en un seul monde ne saurait être lui-même une chose (*Ding*). L'esprit des lois, déjà très hégélien, veut traiter d'un monde en tant que la Chose (*Sache*) dont il s'agit d'énoncer la raison.

L'enjeu est ici déterminant pour comprendre le sens de la vie éthique et de la vie politique, notamment dans le rapport que la vie sociale, pour autant qu'elle signifie la liberté effectuée, doit nécessairement déterminer entre l'individu et l'Universel, le lien et la différenciation. Si les déterminations du droit sont autant de pensées particulières, la question se pose en effet de savoir comment nous pouvons partager des pensées communes alors même que nous ne pensons pas les mêmes choses. Comment d'ailleurs, par contrecoup, pouvons-nous penser de façon originale, alors que nous pensons des choses communes ? Ces interrogations sont au cœur de la conception de la vie éthique, que Hegel voudra penser comme la conciliation des tendances égoïstes de la disposition d'esprit du bourgeois et de la volonté de l'universel, affirmée par la disposition d'esprit du citoyen. Elles sont aussi au cœur de la conception hégélienne de l'éthicité qui consistera de la même façon à penser la conciliation entre les intérêts qui tissent la société civile et les déterminations en-soi et pour-soi universalisantes de l'État.

Le savoir de ce lien éthique et politique positif, que constitue l'esprit des lois chez Montesquieu, s'avère ainsi être une nécessité pour l'esprit qui s'efforce, selon la célèbre formule de Spinoza, de « ne pas railler, ne pas pleurer, mais [de] comprendre<sup>1</sup> ».

Devra-t-on se décider par exemple à considérer comme un bien, comme l'assure le droit français, de frapper de la peine capitale les porteurs de faux témoignages, ou bien faudra-t-il au contraire les en dispenser, comme le prescrit le droit anglais ? Cet exemple, que développe Montesquieu au chapitre 11 du livre XXIX de *l'Esprit des lois*, illustre que c'est la considération du système réticulaire au sein duquel s'inscrivent ces décisions juridiques respectives<sup>2</sup> qui permet de comprendre sans pour autant juger ; tout jugement équivalant en la matière à un préjugé. Saisir le sens effectif de telle ou telle institution, c'est donc penser l'esprit universel à même sa singularité. L'esprit des lois françaises, qui valorise le pouvoir unilatéral du juge, trahit ainsi l'importance qu'il accorde à l'aveu, alors que l'esprit des lois anglaises, qui valorise la réciprocité et la variété des témoignages, privilégie manifestement, dans le rang des compétences du juge, ce que nous pourrions ici appeler une éthique de la délibération.

La différenciation de ces deux lois concernant les faux témoins, qui manifeste objectivement la liberté même de leur droit respectif, s'établit donc sur la différenciation d'une part cohérente en soi de leur système juridique. La différence, que nous

---

1. Spinoza, *Traité politique*, I, 4.

2. Ainsi du côté français : la pratique de la question contre les criminels, l'interdiction faite à l'accusé de produire ses témoins ni aucun fait justificatif. Ce qui s'oppose, du côté anglais, à l'acceptation des témoignages de part et d'autre ainsi que de tous les témoignages possibles.