

Première partie

**La question ontologique :
qu'est-ce que le droit ?**

Le droit comme objet

L'ontologie du droit porte sur la nature et l'essence du droit comme objet livré à l'examen du juriste. Le droit est alors conçu comme un objet dont la forme est un ensemble normatif qui accorde et fixe, au sein d'une communauté humaine donnée, des droits et des obligations. Il se matérialise par un discours, législatif ou juridictionnel, dont la teneur diverge selon les conceptions qu'en livrent les différentes écoles philosophiques. C'est ainsi qu'à l'ontologie *réaliste* et *objectiviste* des Anciens qui pensaient que le législateur et le juge n'avaient qu'à restituer passivement, de façon indicative, ce que raconte la nature des choses dont serait issu le droit, s'oppose l'ontologie *idéaliste* et *subjectiviste* des Modernes selon lesquels le droit, fruit de l'esprit, n'est que le produit intellectuel de la volonté humaine et se décline, dès lors, en termes prescriptifs. Ces deux approches antagonistes de l'ontologie juridique constitueront donc les deux piliers majeurs de cette première partie.

9 – ANTE-MODERNITÉ, MODERNITÉ, POSTMODERNITÉ – Deux piliers qui renvoient l'un et l'autre à deux sensibilités philosophiques attachées respectivement à deux moments historiques différents. Comme l'a enseigné Michel Foucault, l'histoire n'est pas seulement une succession de faits. Tribunal de la Raison, elle est également une succession de vérités qui changent d'une époque à l'autre et auxquelles les hommes ne se réfèrent que pour un temps. De sorte que nul ne peut juger la vérité d'un moment à l'aune des critères valables au temps où il s'octroie pareille évaluation¹. C'est sur ce parti pris historiciste et anti-universaliste que nous nous fonderons pour présenter les différentes conceptions ontologiques du droit qui se sont imposées successivement selon un processus qu'il est permis de découper en trois grandes vagues : anté-moderne, moderne et post-moderne. Traversées chacune par de nombreux courants de la pensée juridique, ces trois périodes se donnent le relais selon une seule et même logique qui oppose l'ontologie réaliste-objectiviste à l'approche idéaliste-subjectiviste. Pour rester dans le registre anti-universaliste que nous empruntons à Michel Foucault, ces deux sensibilités opposées (*épistémês* ou *discours*, dirait Foucault) qui marquent l'ontologie juridique, sont comme deux paradigmes qui s'inscrivent chacun dans des contextes dont l'historicité les soustrait à tout jugement moral et autre procès en légitimité². Si le

1. M. Foucault, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, 1966.

2. Sur la notion de paradigme, voir bien sûr l'œuvre épistémologique de Thomas Kuhn, spécifiquement consacrée à l'analyse historique des vérités scientifiques et fondée sur le principe de l'incomparabilité des paradigmes. Cf. T. Khun, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, « champs », 1983.

réalisme objectiviste domine toute la pré-modernité, la modernité qui prend le relais est gagnée par l'idéalisme subjectiviste avant que notre époque contemporaine dite post-moderne ne réhabilite l'approche réaliste et objectiviste du droit. Bien entendu, ce découpage est purement académique et résulte d'une lecture historique de la philosophie du droit opérée *a posteriori*, de sorte que les hommes contemporains de chacune de ces trois vagues n'étaient pas conscients de fabriquer pareille logique cyclique¹. D'autre part, il est important de préciser, au seuil de cette première partie, qu'en tant que paradigmes, ces représentations ontologiques du droit ne sont que des représentations. Elles sont indépendantes de la chose à laquelle elles se rapportent, le droit, laquelle n'a pas évolué de la même façon qu'elles. L'abandon de la conviction selon laquelle le droit est objectivement immanent à l'univers des faits (ontologie réaliste-objectiviste) au profit de celle aux termes de laquelle la norme n'est que le fruit artificiel de la volonté humaine et transcende cet univers (représentation idéaliste-subjectiviste), demeure en grande partie – mais non exclusivement (cf. *infra*) – étranger à la question des modes concrets de confection du droit. Il existait bien, à titre d'exemple, sous l'Antiquité gréco-romaine, des législateurs qui adoptaient des décisions et des décrets sans que cela n'empêchât la pensée dominante de l'époque de considérer le vrai droit comme une émanation naturelle de l'ordonnement cosmique. *A contrario*, le constructivisme de l'approche idéaliste et moderne du droit a prospéré au XIX^e siècle alors même que de larges pans du droit positif étaient encore le fruit de la coutume et des traditions. L'histoire de l'ontologie du droit est donc une histoire des conceptions ontologiques du droit et non pas une histoire du droit. C'est une histoire des représentations du droit. Il convient enfin de souligner, à la suite de ces précautions méthodologiques que si cette trilogie (pré-modernité, modernité, post-modernité) constituera bien la trame intellectuelle de notre présentation, elle ne sera pas explicitement reconstituée comme telle sous forme de trois développements respectivement et chronologiquement consacrés à chacune de ces trois vagues. En effet, la première, dite pré-moderne, qui s'ouvre avec l'Antiquité gréco-romaine pour se poursuivre jusqu'au Haut Moyen Âge, ne sera abordée que rétrospectivement à l'occasion de l'examen, dès le premier chapitre, de la rupture moderne qui lui succède dès le XIV^e siècle. L'ontologie réaliste-objectiviste n'occupera alors une place pleine et entière qu'à l'occasion du second chapitre à travers l'étude de notre post-modernité contemporaine qui est marquée, depuis le XX^e siècle, par la crise de l'idéalisme subjectiviste et le renouveau de son paradigme rival.

Baptisé du vocable de postmodernité, le processus contemporain du déclin – certains disent du dépassement – de la modernité juridique contient en effet parmi ses principaux symptômes le recul de la volonté étatique dans la production du droit. Les éléments constitutifs de ce recul sont bien connus : érosion de la souveraineté des

La méthode historiciste qui sera empruntée dans le présent ouvrage est d'ordre foucauldien et n'a rien à voir avec la philosophie hégélienne de l'histoire selon laquelle celle-ci s'analyserait en termes de progrès.

1. Il en va de l'histoire de la philosophie du droit comme de la théorie des cycles constitutionnels de Maurice Hauriou. Ce sont des reconstitutions à caractère essentiellement pédagogique et leurs auteurs ne sauraient céder à la tentation, épistémologiquement très contestable, de dévoiler une main invisible à l'œuvre derrière une succession hasardeuse et contingente de faits historiques. Nul mieux que Paul Veyne n'a démontré que ce ne sont pas les hommes qui font l'histoire mais bien plutôt les historiens qui la lisent et l'écrivent. Cf. P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire?*, Le Seuil, 1971.

États sous le poids de la mondialisation économique, judiciarisation du politique et montée en puissance des contentieux constitutionnels et supranationaux, crise de légitimité de la représentation nationale, relégation sensible du modèle républicain et étatiste dans l'ombre d'une logique libérale et pluraliste. La modernité juridique aurait donc vécu, comme balayée par l'ensemble de ces transformations. Curieuse option de vocabulaire pour désigner une époque dont on découvre le lent dépérissement : ce qu'on appelle la modernité renverrait en fait à l'*ancien monde*¹, à un modèle classique ou traditionnel au regard de ces mutations rampantes qui affectent de nos jours l'ordre juridique. Attribuant à la volonté humaine une place fondamentale, cette modernité fut une représentation du droit que le monde occidental s'est forgée au crépuscule du Moyen Âge et a connu son apogée ou sa consécration dans le droit positif à l'heure de la Révolution française et au début du XIX^e siècle. Cette conception du droit reposait sur un dualisme ontologique bien connu dont le grand promoteur de la distinction entre la matière et les choses de l'esprit que fut René Descartes s'est beaucoup inspiré : la dissociation des faits et des valeurs. De cette disjonction, il en est résulté une conséquence majeure : l'idée du bien et du juste, la charge de déterminer la mesure des comportements humains se sont détachés de la connaissance des choses pour trouver leurs ressources dans l'action et dans la volonté. Une logique subjectiviste où le devoir-être ne pouvait jaillir que de la liberté du sujet s'est alors imposée au monde occidental. C'est ce primat de la volonté qui est aujourd'hui en voie d'essoufflement. Il est alors intéressant de revenir sur cet essor et ce déclin², largement assumés par la philosophie du droit contemporaine, en présentant dans un premier temps la modernité comme le siège d'une métaphysique subjectiviste (Chapitre I). Faisant de la volonté du sujet le fondement de l'ordre juridique, cette métaphysique est en train de céder du terrain, aujourd'hui, à une représentation du droit plus réaliste. De nature objectiviste, une nouvelle ontologie qu'incarne un stade de dépassement désigné sous le label de post-modernité, relègue en effet la volonté humaine au rang de simple moteur de l'ordre juridique auquel l'avait longtemps maintenue la philosophie des Anciens (Chapitre II).

Chapitre I – La modernité juridique : l'essor de la volonté

Chapitre II – La post-modernité juridique : le déclin de la volonté

-
1. M. Gauchet, *L'avènement de la démocratie*, Tome IV, Le nouveau monde, Gallimard, 2017.
 2. M. Villey, *Essor et déclin du volontarisme juridique*, in M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1954, (rééd. Dalloz, 2002, p. 271). Professeur à l'Université de Paris II, ayant beaucoup œuvré en faveur du développement de la philosophie du droit, Michel Villey (1914-1988) est un de ceux qui ont le mieux expliqué les conditions d'émergence de la modernité juridique et du subjectivisme dont elle est porteuse. Viscéralement nostalgique des doctrines anciennes et objectivistes du droit naturel issues de la pensée d'Aristote, il a su paradoxalement mettre en lumière ce à l'égard de quoi il se sentait doctrinalement étranger : le volontarisme. Un volontarisme qu'il tenait pour responsable de la dégénérescence moderne du droit et dont il dénonçait les faiblesses métaphysiques. Il le savait voué au déclin à la faveur de ce qu'il considérait comme une réconciliation contemporaine de la pensée juridique avec l'objectivisme et le réalisme. Cf. notamment son maître-livre qui est issu de ses notes de cours dispensés dans les années soixante : *La formation de la pensée juridique moderne*, (rééd.), PUF-Léviathan, 2003.

Chapitre 1

La modernité juridique : l'essor de la volonté_____

Entamée à la fin du Moyen Âge, l'évolution qui conduisit au règne d'une ontologie du droit qualifiée de moderne mais perçue désormais comme dépassée, a trouvé son achèvement au XIX^e siècle. Cette représentation reposait sur un principe qui fit de la loi, expression de la volonté générale, la source exclusive de l'obéissance juridique. On sait qu'un tel modèle a trouvé son universelle traduction dans la Déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789. Loin d'avoir fait table rase du passé¹, la philosophie qui inspira cette Déclaration n'a pas soudainement émergé du néant. Elle puisa ses racines dans un tournant intellectuel copernicien qui a profondément renouvelé, au XIV^e siècle, la question du lien entre les individus et les catégories universelles et juridiques. Il s'agit de la révolution nominaliste (Section 1). Sur la base de cette nouvelle représentation du phénomène juridique reflétée largement dans la Déclaration de 1789, s'est imposée au XIX^e siècle une normativité profondément volontariste revêtant les aspects d'un véritable culte de la loi (Section 2).

Section 1

Un tournant paradigmatique : la révolution nominaliste_____

C'était au soir du Moyen Âge, lorsque apparurent les premiers signes d'essoufflement de l'ordre féodal et de l'ordre impérial dans sa double dimension temporelle (Saint-Empire romain-germanique) et spirituelle (Saint-Siège). Un changement de perspectives se met alors à l'œuvre en philosophie qui préfigure un renouvellement de la pensée juridique. On le doit à Guillaume d'Occam. Ce renversement met un terme

1. C'est le grief, au demeurant, qu'invoqua avec le plus d'acharnement, l'idéologie contre-révolutionnaire contre la tournure que prirent en France les événements de 1789 : l'historiographie contemporaine baptise un tel reproche du vocable de « tabularasisme ». Portés par une philosophie rationaliste, les hommes de la Révolution, jeunes et exaltés, auraient installé à travers les réformes de l'Assemblée constituante, une législation égalitaire totalement oublieuse de l'expérience historique et de la diversité des traditions de l'ancienne France. Les personnalités les plus emblématiques de cette croisade anti-rationaliste furent, à l'époque des événements, le libéral Edmund Burke (cf. *Réflexions sur la Révolution de France*, 1790) et le traditionaliste Joseph de Maistre (cf. *Considérations sur la France*, 1797).

à l'antique conception réaliste du droit héritée du monde grec et de la tradition aristotélicienne pour lui substituer une approche idéaliste (§ 1). Dans le droit fil de cette révolution, émergera un peu plus tard une représentation contractualiste de l'État (§ 2).

§ 1 – Une approche idéaliste du droit

Pour bien comprendre ce renversement de perspectives dans la façon de concevoir le droit et ce passage de témoin entre réalisme (objectiviste) et idéalisme (subjectiviste), il convient d'abord, avant d'entrer de plain-pied dans la philosophie occamienne, de remonter le cours de l'histoire en examinant les racines religieuses qui ont rendu possible l'avènement de la révolution nominaliste (A). C'est après être ainsi remonté très en amont de cette révolution, qu'il sera aisé de comprendre ce qu'on appelle, avec Guillaume d'Occam, la querelle des universaux (B) qui a permis de liquider dix siècles de domination philosophique aristotélicienne (C).

A – Les racines religieuses de la révolution nominaliste

Le tournant nominaliste du XIV^e siècle marque le succès d'une certaine forme d'idéalisme dans la façon de concevoir le droit. Cette démarche idéaliste désigne un nouveau rapport qui s'instaure entre le sujet et l'objet, entre l'homme doué de raison et de volonté et la nature qui l'environne. La relation entre ces deux pôles n'est plus la même que celle qui prévalait jusque-là. Les priorités sont inversées. Dans la position ancienne, dite réaliste et aristotélicienne, le primat était accordé à l'objet qui s'imposait extérieurement à la conscience du sujet. Désormais, le réel n'existe plus objectivement en soi. Il n'existe plus qu'à travers le prisme de la pensée et de la volonté du *sujet*. Seul à détenir le privilège de l'irréductibilité, celui-ci crée l'objet en s'en faisant une représentation, une *idée*. Le caractère *idéaliste* et *subjectiviste* de la démarche se résume dans cette saisie idéelle de l'objet par le sujet. Mais si l'apport de Guillaume d'Occam (1285-1349) a été de ce point de vue-là décisif au moment de la querelle des « universaux »¹, il convient d'accorder la paternité d'un tel renversement au travail accompli par la théologie judeo-chrétienne pour sortir la civilisation occidentale de la cosmologie païenne et gréco-romaine. Comme l'a d'ailleurs fait observer à mainte et mainte reprises Michel Villey, la théologie est grandement responsable de l'orientation volontariste de la pensée juridique et de son entrée dans la modernité. Héritier de cette lente évolution, Guillaume d'Occam était lui-même un théologien, de sorte que sa contribution à la formation de la pensée juridique moderne n'est guère surprenante.

10 – D'ATHÈNES À JÉRUSALEM – En quel sens les racines du subjectivisme dont se nourrit la modernité juridique par l'intermédiaire du nominalisme sont-elles religieuses ? Plusieurs étapes sont franchies dans ce chemin vers la subjectivisation du droit. La première est l'invention de l'universalisme car le sujet n'est réputé maître de son sort et apte à créer le droit qu'à la condition d'être libéré de tout ce qui le rattache à une terre ou une communauté. Son autonomie suppose son déracinement, sa désintringation par

1. Cf. *infra*, B.

rapport à ce qui le particularise et par voie de conséquence, son universalité. Ce travail a été accompli d'Athènes à Jérusalem. Entre ces deux civilisations, un pas considérable a été franchi dans la façon d'envisager le *logos*, c'est-à-dire la raison (comme l'indique l'étymologie du mot *logique*). S'il s'agit d'un côté comme de l'autre de l'associer au divin, la différence fondamentale entre la pensée greco-romaine et le judéo-christianisme réside dans la « localisation » de cette entité supra-sensible qui ordonnerait le monde et qui s'imposerait aux hommes. Chez les Grecs sur lesquels s'alignera la théologie romaine avant que celle-ci ne s'efface au profit du christianisme, le divin est enchâssé dans la nature. Aussi transcendant soit-il par rapport à l'homme, il est immanent au *cosmos*. Aucune trace d'universalisme ne peut alors y être décelée. Dans la tradition judéo-chrétienne, au contraire, le *logos* est extérieur (transcendant) au monde et c'est dans l'esprit de cette émancipation que s'inscrit l'invention (la révélation) du Dieu unique car dès l'instant où le divin acquiert une transcendance que les païens ne lui reconnaissaient pas, il n'est plus le reflet de la diversité naturelle des choses auxquelles les Grecs l'arrimaient. Au polythéisme de ces derniers, se substitue alors un monothéisme qui préfigure l'universalisme auquel l'homme devra plus tard son arrachement à la nature et, ce faisant, sa liberté.

11 – DE JÉRUSALEM A BETHLÉEM – Mais c'est évidemment le christianisme qui, dans le renversement qu'il incarne et la dissidence qu'il organise au sein de la tradition judaïque, renferme avec la plus grande intégrité, les conditions de cet universalisme. C'est que le Dieu des chrétiens n'est pas seulement celui du peuple élu mais s'ouvre à toute l'humanité, aussi bien « aux Juifs qu'aux gentils » comme le dira plus tard Saint-Paul. De Jérusalem à Bethléem, le message chrétien universalise définitivement le divin et libère l'homme, par voie de conséquence, non seulement du *cosmos* mais aussi de la cité. Dieu ne s'adresse plus aux hommes d'une communauté particulière ou d'un peuple privilégié mais à l'humanité entière.

La contribution du christianisme ne s'arrête pas en si bon chemin. L'émergence du sujet, dont l'universalisation du *logos* constitue la condition essentielle, prend forme à la faveur d'un scandale : le mythe de l'incarnation. « Au commencement était le Verbe (le *logos*), disent les premières lignes de l'Évangile de Jean, et le Verbe est devenu chair, et il a séjourné parmi nous ». Non seulement cette idée de personnification de Dieu scandalise les grecs qui ne voyaient le *logos* nulle part ailleurs que dans la nature des choses mais elle ébranle aussi les certitudes du judaïsme. C'est qu'en imaginant Dieu incarné dans la personne de Jésus qui a souffert et a été crucifié, ce dogme heurte le principe de la tout-puissance divine contenu dans l'Ancien Testament. Ainsi, comme le souligne Luc Ferry, « on peut soutenir que la personnalisation du divin, notamment dans le christianisme qui, à la différence du judaïsme, le met en scène incarné dans l'humain, constitue déjà une première forme de sécularisation des principes transcendants. Car personnaliser le divin, voire l'humaniser, n'est-ce pas finalement le rapprocher de nous bien davantage que ne pourraient jamais le faire les principes de l'ordre cosmique ? Si Dieu a créé l'homme à son image, ne sont-ils pas, au final, plus proches l'un de l'autre que ne peuvent l'être l'esprit et la nature ? »¹. Si le judaïsme est parvenu à détacher le divin de l'ordre cosmique dans lequel les grecs l'avaient maintenu, le christianisme l'incarne dans la

1. L. Ferry, *Qu'est-ce qu'une vie réussie?*, Grasset, 2002, p. 63.

chair. D'abord dispersé de façon immanente dans la nature des choses (polythéisme), le *logos* s'extériorise ensuite en faisant l'objet d'une centralisation (monothéisme) pour devenir enfin un sujet humain (christianisme).

12 – LE MYTHE DU PÈCHE ORIGINEL ET LES PRÉMICES DU VOLONTARISME – À l'universalisme et au subjectivisme, s'ajoute le volontarisme dans la liste des éléments philosophiques de la tradition judéo-chrétienne qui nourriront la modernité juridique en amont de la contribution de Guillaume d'Occam. L'idée que la Raison s'est radicalement désolidarisée de la nature des choses pour se loger universellement dans l'intimité du sujet trouve, en matière de morale, une incontournable illustration dans le dogme du péché originel. À travers ce mythe, s'affirme la thèse selon laquelle la morale n'est plus le résultat de la connaissance de la nature mais le fruit de la volonté. Elle n'est plus un donné de la nature mais un postulat ou une convention de l'esprit. Sa validité n'est plus liée à son contenu intrinsèque mais, au terme d'une convention arrêtée, à la qualité ou à la compétence institutionnelle de la personne d'où émane la prescription morale. Ce dogme judéo-chrétien se fonde en effet sur le présupposé selon lequel l'homme est souillé, depuis la chute d'Adam, par le péché d'avoir tenté, en cueillant le fruit défendu, de connaître la vérité. La raison humaine s'en trouve alors, à titre de sanction divine, fragilisée. Obstruée par cette vulnérabilité, elle n'a plus l'aptitude de découvrir le vrai ni de discerner le juste de l'injuste par la simple contemplation du cosmos. Les valeurs morales deviennent inaccessibles à cette raison profane et objective, celle que les grecs assimilaient à la prudence et qui sert à connaître plutôt qu'à vouloir (ce qu'Emmanuel Kant appellera la raison théorique en opposition à la raison pratique). Seuls les faits lui sont susceptibles de connaissance. Il en résulte que l'homme doit s'en remettre à la loi pour connaître les valeurs qui doivent orienter son comportement social. Le droit est alors assimilé à la morale et au commandement. Il prend une tournure prescriptive qu'on retrouve d'abord dans les préceptes bibliques sous la forme du « Tu ne tueras point » puis qui se laïciseront dans la loi positive de l'État. Le mythe d'Abraham aux termes duquel celui-ci obéit, en s'apprêtant à exécuter son fils, aux ordres divins sans prendre en considération leur contenu, contient en germe le positivisme juridique qui constituera l'aboutissement et la marque spécifique du droit moderne. Le père d'Isaac n'accorde au message divin auquel il s'apprête à se ranger que la valeur qui résulte de l'autorité dont il émane (Dieu) et non celle qui est tirée de son contenu, au demeurant injuste (le meurtre de son fils). C'est que le juste et l'injuste deviennent, dans l'esprit du dogme du péché originel, des notions toutes relatives qui ne sauraient bientôt n'être réduites qu'à la dichotomie légal/illégal. Et voilà le droit indexé aux caprices du législateur et arrimé à la Loi, au grand dam de Michel Villey qui ne cessera de pleurer, tout au long de son œuvre, la défunte autonomie du Droit que les Anciens surent conserver en le réputant équivalent à l'ordre juste et harmonieux de la nature. C'est essentiellement à la théologie que cet auteur particulièrement attaché à la philosophie classique d'Aristote, impute cette perte d'autonomie dont souffrira – selon lui – le droit moderne. Un droit qui ne se laisse plus découvrir en termes indicatifs par la seule contemplation de l'ordre naturel des choses mais qui se décline, sous l'influence du judéo-christianisme, en termes