

À propos de...

---



# L'ontologie politique de Maurice Hauriou

Guillaume Sacriste

---

Centre Européen de Sociologie et de Science Politique de la Sorbonne (CESSP), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,  
14 rue Cujas, F-75005 Paris.  
<gsacriste@hotmail.fr>

## À propos de...

- **Hauriou Maurice, *Écrits sociologiques*, préface de Frédéric Audren et Marc Milet**, Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2008, LVIII-476 p.

La publication par Frédéric Audren et Marc Milet des *Écrits sociologiques* de Maurice Hauriou chez Dalloz met à disposition une série d'articles et d'ouvrages jusque-là épars et offre ainsi la possibilité de montrer l'étendue de la pensée sociologique de Maurice Hauriou. L'hypothèse défendue par F. Audren et M. Milet consiste à affirmer que ces écrits ne sont pas des « égarements de jeunesse ». Bien loin de constituer un aimable passe-temps, la période de formation et de théorisation sociologique (1880-1900) constituerait une étape décisive et consubstantielle à ses élaborations doctrinales. La sociologie serait ici utilisée comme condition de possibilité d'une science de l'organisation sociale et politique formant le socle de sa théorie juridique. La thèse est convaincante. Il faudrait ajouter que ces écrits, tout à la fois parce qu'il s'agit d'écrits de jeunesse et parce que la sociologie est une discipline qui met en relief plus directement les orientations normatives de leur auteur, donnent à voir, révélés en pleine lumière, là où les tergiversations et les redéfinitions juridiques ne lassent de se faire interpréter, certains des fondements ontologiques de la pensée de Maurice Hauriou. Pour cela aussi, cette publication apparaît décisive.

Dans leur riche préface, F. Audren et M. Milet retracent précisément les conditions de l'éveil sociologique d'Hauriou. Ils soulignent notamment des éléments de contexte liant son intérêt pour la discipline au foyer sociologique que constitue alors la faculté de droit de Bordeaux autour, notamment, de ce grand professeur de droit public, importateur de la science allemande, que fut Henri Barckhausen. Une étude complète nous manque sur ce dernier. Mais c'est bien sûr son amitié avec Léon Duguit, soulignée par des documents inédits retrouvés par Marc Milet et Jean-

Michel Blanquer, qui semble décisive pour l'inclination sociologique d'Hauriou. Les deux amis, étudiants à Bordeaux, agrégés du même concours en 1883, seront tous les deux, comme d'autres jeunes professeurs d'alors, aux prises avec un nouveau cours d'histoire du droit, dans la confection duquel ils s'épauleront. Imprégnés tous les deux des leçons de Barckhausen, c'est la question de l'évolution historique du droit qui semble particulièrement les préoccuper. Contrairement à Duguit dont on sait l'attrait décomplexé pour l'avant-garde, Hauriou hésite à intégrer la science sociale au sein de son nouveau cours parce qu'il considère – nous sommes au milieu des années 1880 – que les résultats de la nouvelle science jusque-là obtenus ne sont pas suffisants pour faire apparaître des lois universelles du développement des sociétés. Ces premières années marquent néanmoins un intérêt et un apprentissage intensif de la sociologie naissante : « Comme toi, écrit-il à Duguit, je suis entouré de bouquins de sociologie. J'ai Spencer, Bagehot, Letourneau, Lespinas, Tylor, Sumner Maine. »

C'est en 1894, dans un article de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, qu'il pose véritablement les premiers jalons de sa théorie sociologique. Il y décrit une science sociale en crise, enfermée dans des métaphores ou des comparaisons organicistes desséchantes et incapables d'être au principe d'une règle de conduite. Il remarque néanmoins, pour s'en féliciter, que le problème de la morale est réapparu dans les écrits de certains sociologues français, à commencer par Durkheim et Tarde. Parce que Tarde revendique une science sociale dont le fondement serait l'individualisme, c'est sans doute lui qui convainc Hauriou de la possibilité de rendre compatibles deux versants de l'analyse sociologique apparemment contradictoires, l'un fondé sur le caractère objectif de la société, l'autre sur sa dimension subjective. Le grand projet d'Hauriou est de tenter une synthèse entre les fondements méthodologiques des deux auteurs. Si le sain conservatisme de Tarde apparaît donc compatible avec les fondements traditionnalistes de ce projet, c'est à Durkheim qu'Hauriou s'en prend dans son exposé. Selon le professeur toulousain, Durkheim défendrait la thèse selon laquelle nos sociétés modernes iraient dans le sens d'une plus grande division du travail. Dans cette nouvelle organisation sociale, l'ancienne morale fondée sur les similitudes sociales serait ainsi remplacée par la solidarité sociale fondée sur la différenciation et la spécialisation. Or, ce qu'Hauriou croit percevoir dans cette thèse, c'est le socialisme et la justification d'une machine d'État susceptible d'articuler entre eux, au sein de la société, des types spécialisés d'individus accomplissant des fonctions sociales distinctes. En outre, cette science sociale durkheimienne qu'Hauriou analyse comme fondant le primat de la société sur l'individu renoncerait à l'idée même de libre-arbitre, la société et la morale s'imposant *a priori* comme contraintes extérieures aux actions humaines au bénéfice de la société : bref, le socialisme innoverait non seulement les postulats mais également les conclusions de l'ouvrage *De la division du travail social*.

Face à cette science sociale collectiviste, Hauriou définit son projet politique et scientifique de la manière suivante : « Si le catéchisme moral traditionnel paraît ébranlé, c'est une crise passagère et le devoir est peut-être de travailler à le rétablir. » C'est finalement ce à quoi Maurice Hauriou s'attellera durant toute sa carrière !

C'est *La science sociale traditionnelle*, publiée en 1896, qui lui permettra de faire son catéchisme. L'ouvrage est une longue démonstration cherchant à définir les lois du progrès. Le jeune professeur toulousain commence par y témoigner sa foi dans le rôle que sera amenée à jouer la nouvelle science sociale dans les sociétés modernes. Selon Hauriou, la science sociale doit être aussi complète que l'ancien dogme, car elle a vocation ni plus ni moins à le remplacer ! Ce n'est pas tout. Elle doit être aussi rigoureuse qu'aucune science avant elle car les gouvernements devront suivre ses préceptes ! L'enjeu, comme toujours avec Hauriou, a de l'emphase et quelque chose de démesuré. D'autant que, pour l'heure, il s'agit essentiellement de répondre une fois encore à la science sociale positiviste et à ses penchants collectivistes en s'appuyant sur le dogme catholique. Selon lui, en effet, l'observation sur laquelle cette dernière est fondée n'identifie qu'une partie de la matière sociale, la partie objective, mais elle ne peut rendre compte de la partie inconsciente pourtant si décisive, celle du reste sur laquelle Karl Marx lui-même avait insisté jusqu'à l'avoir surestimée, selon Hauriou. On se souvient de l'ouverture du *Coup d'État* : « La tradition de toutes les générations passées pèse comme un cauchemar sur le cerveau des vivants. » Cette partie inconsciente trouve son fondement dans la subjectivité humaine. Comment cet individu se repère-t-il entre le bien et le mal ? La science, fût-elle celle individualiste de Gabriel Tarde, saurait-elle lui indiquer les préceptes de sa bonne conduite ? Non, répond Hauriou, seule la tradition est capable de le guider et encore comme malgré lui. Et cette tradition qui s'impose à l'homme, ce dernier ne doit pas la discuter, il doit l'accepter comme une révélation. C'est cette tradition que la science sociale doit présenter pour se mettre en situation de prescrire son comportement à l'individu. Révélée à l'inconscient de l'homme par un instinct profond, la tradition issue de la marche de la société doit être présentée à la société par la science sociale pour assurer en retour la bonne marche du destin de l'humanité. Et bien sûr, cette tradition, seule capable de guider l'homme sur le chemin de la vie, est emprunte du début à la fin du dogme catholique. Bref, Hauriou souhaite faire œuvre pratique en revivifiant par cette nouvelle science sociale l'autorité de l'idéal religieux, prenant ainsi à revers l'adversaire collectiviste en se servant de ses propres armes.

Cette histoire du progrès humain connaît un volet objectif décliné autour du triptyque Égalité, Fraternité, Liberté et un volet subjectif portant sur la conduite de l'homme. C'est bien sûr ce second volet qui est ici décisif pour Hauriou ; or, selon lui, plusieurs règles de conduite marquent ici la tradition, la principale étant le pessimisme. Ce pessimisme serait une conséquence de la déchéance de l'homme provoquée par *le péché originel*. Or, seul un type de conduite humaine peut être rédempteur du péché originel : le sacrifice volontaire de l'individu à la communauté. C'est bien là, « dans cette force de sacrifice », que réside la dynamique du progrès de l'humanité, selon Hauriou. Sans doute, cette force connaît dans le monde social son contraire : la lutte pour la vie. C'est dans l'action et la réaction de ces deux forces qu'émerge le progrès tout du moins quand la somme de ces deux forces contraires voit la victoire du sacrifice rédempteur. C'est d'abord dans *l'institution* que s'illustre, selon Hauriou, ce phénomène.

L'institution, c'est initialement l'expression de la lutte pour la vie, un acte de pouvoir violent, au principe de la fondation d'une organisation mais d'une organisation qui, poussée de l'intérieur jusqu'à ses limites par ce pouvoir, est irrémédiablement destinée à l'autodestruction. Seule alors cette force contraire qu'est le sacrifice rédempteur est susceptible de la stabiliser ; c'est elle qui pardonne la violence, l'injustice, la brutalité qui avaient nourri le surgissement de l'organisation. C'est donc, selon Hauriou, à ceux qui subissent le pouvoir de faire l'effort d'y répondre par la résignation et l'acceptation dans un acte sacrificiel. Les humbles, les plus pauvres doivent se soumettre... Ce sont eux qui doivent accepter l'existence même de l'organisation. Mais alors, à son tour, le pouvoir se trouve ébranlé et comme ému par cette résignation, il commence de calmer ses ardeurs, s'amende quelque peu, recherche plus ardemment l'impartialité de ses actes. C'est ainsi que l'organisation est progressivement investie de toutes les parties au conflit, progressivement elle trouve et accomplit sa fonction, s'en acquitte et ce n'est plus une organisation en présence de laquelle on est mais bien une institution. Car, selon la célèbre définition d'Hauriou, « s'instituer, c'est se donner un principe interne, une âme ».

C'est ce même conflit entre lutte pour la vie et force de sacrifice que l'on retrouve dans la célèbre théorie des cycles ici en germination dans la pensée d'Hauriou. Il existe, dans le mouvement de l'Histoire, des ères organisant une alternance entre les périodes organiques et les périodes critiques. Les périodes organiques sont celles où les organisations sociales instituées remplissent convenablement leurs fonctions – les forces de sacrifices y prédominent. Elles peuvent illustrer des moyen-âges ou des renaissances, les moyen-âges caractérisant des périodes de domination religieuse, les renaissances des périodes de domination étatique. Les organisations économiques caractérisent ces deux types idéaux : les moyen-âges se fondant sur la propriété terrienne, les régimes d'État sur l'organisation capitaliste de l'économie. En prolongement d'une de ces périodes, après qu'une série de cycles se sont déroulés et que les caractéristiques de chaque période se sont émoussées, il peut exister des demi moyen-âges, dans lesquels les caractéristiques propres aux deux précédentes s'interpénètrent et s'équilibrent. Ces états d'équilibre sociaux sont souhaitables pour le développement de l'individu qui y trouvera les garanties de son épanouissement : la science sociale a donc pour fonction d'accélérer leur avènement. Hauriou en tire des conclusions pratiques : en notre époque où le régime terrien se trouve dévalué par rapport à l'argent capitaliste, il faut faire « remonter » la terre par rapport à l'argent (p. 257) et ce résultat sera atteint dans l'organisation corporative dans laquelle les agriculteurs, institutionnalisés en syndicats, feront valoir leurs intérêts. C'est ainsi que la grande réforme à mener, pour Hauriou, concerne l'établissement de la liberté d'association qui doit permettre d'instituer le pluralisme social et, dans la configuration d'alors, de réévaluer la force politique et sociale de l'agriculteur. Tout le corporatisme d'Hauriou découle de là. On comprend alors que, compte tenu de son importance, ce corporatisme doit être organisé au sein de la représentation politique afin qu'il équilibre de l'extérieur l'institution étatique. L'État est en effet susceptible d'opprimer la société religieuse et la société tout court de sorte qu'il convient de lui établir des limites de l'extérieur.

La société religieuse qui exerce son pouvoir sur le même territoire que lui apparaît ainsi comme l'une des limites qui s'impose à l'État, et la séparation de fait de l'Église et de l'État est propice à une collaboration entre ces deux pouvoirs, la force moralisatrice de l'Église pouvant, par exemple, être mise au service de l'État. De même que l'Église pose une limite à l'État, la société organisée doit imposer sa limite à la souveraineté de l'État. Il convient donc d'articuler les deux sphères dissociées – État et organisation économique – avec à l'esprit l'analogie que peut représenter le long processus de dissociation entre l'Église et l'État. L'action collective de la société doit en effet être conduite à la fois par l'État et par la société économique organisée sous forme de corporations ou de services publics. Il faut donc un partage équilibré entre l'action de l'État et l'action des intérêts dans la mise en place de la politique économique. Autrement dit, l'intervention économique de l'État est légitime à condition qu'elle soit stabilisée de l'extérieur par l'organisation de la vie économique et corporative. C'est à cette condition que l'on pourra éviter de céder aux chants des sirènes socialistes mais également que l'on se mettra en position de répondre aux ravages de la concurrence, des faillites, des ruines, de la spéculation boursière effrénée, etc., bref au capitalisme. Ainsi, « la représentation des intérêts au sein des assemblées actuelles, ou par assemblées spéciales, serait la véritable réforme, celle qu'il convient de populariser et pour laquelle il convient de créer une agitation ». Hauriou peut ainsi se réjouir de la campagne qui commence en faveur de cette représentation des intérêts, en citant ses leaders tous marqués politiquement et appartenant aux confins de la droite réactionnaire et de la droite libérale conservatrice : Théodore Ferneuil, Paul Lafitte, Charles Benoist, Raoul de la Grasserie, Léon Duguit, Paul Bourget, Maurice Barrès et Raoul Jay.

Enfin, sans qu'il juge ici pertinent de proposer à son tour un type d'organisation constitutionnelle de l'État – il renvoie sur ces questions au livre d'Esmein –, il tire tout de même les conclusions de ses prémisses pour insister sur le fait que le demi-moyen-âge auquel il faut parvenir pour l'organisation du pays nécessite de mettre en place un gouvernement dans lequel pouvoirs exécutif et judiciaire devraient être en position de s'affranchir du pouvoir législatif : ils ne peuvent pas être considérés comme des humbles exécuteurs des volontés de l'organe législatif. Il faut qu'ils soient en position de représenter d'autres courants d'opinion que ceux de la volonté expresse de la majorité, des courants d'opinion représentant la volonté implicite de la majorité, telle serait leur véritable fonction. Ces deux pouvoirs feraient ainsi œuvre de prophétisme, c'est-à-dire d'un pouvoir inspiré, plus libre que celui laissé au parlement et représentant la force sacerdotale.

On voit combien cette théorie complexe est marquée par la pensée théologique opposée à la modernité et l'on comprend que les autorités académiques de l'époque, à commencer par Louis Liard, le tout puissant directeur de l'enseignement supérieur, héraut du positivisme républicain, veillent à bien s'opposer à la venue, à la faculté de droit de Paris, d'un professeur manifestation révolutionnaire dans son approche de la science sociale et du droit mais revendiquant haut et fort une révolution en arrière, utilisant les atours de la modernité scientifique pour la retourner comme un

gant en substituant à l'*ubris* insensé des Lumières la saine tradition et la terre, seules capables de guider l'homme dans un monde obscur.

Hauriou participe bien au renouveau d'une morale alternative de celle proposée par les autorités républicaines. D'ailleurs, au sein même de l'univers des facultés de droit, en prenant une position aussi tranchée du côté de la Réaction, il s'oppose non seulement à des professeurs militants de la cause républicaine, tels qu'Adhémar Esmein, mais également aux tenants du libéralisme politique, chrétiens comme lui mais épris des principes révolutionnaires individualistes proclamés si solennellement un siècle auparavant par la Déclaration de 1789 : c'est le cas de l'ancien doyen de la faculté de droit de Paris, Charles Beudant, qui s'oppose clairement à sa venue à Paris. De plus, en dévoilant ainsi l'ontologie de ses constructions juridiques, il peut apparaître comme par trop brutal et définitif pour des esprits plus pondérés à l'époque tels que Raymond Saleilles, partageant pourtant le gros de ses présupposés. Dans ces conditions, on comprend que son livre soit apparu comme déroutant au moment de sa publication. Mais on a là aussi – plus important – l'un des principaux ressorts du succès de l'œuvre d'Hauriou dans les facultés de droit. Car on ne comprendrait pas son influence durable au sein de la doctrine publiciste française si l'on n'avait à l'esprit que c'est cette même opprobre, qu'il avait violemment subie à la fin du siècle, qui explique également le crédit qu'il saura accumuler au moment où, à partir de la séparation des Églises et de l'État et de la reconquête catholique de la société, renforcée par le *Vehementer nos* de Pie X, il devient possible de revendiquer haut et fort un fondement religieux à la science juridique et sociale. Décalée et marginale dans le champ doctrinal des années 1890, l'œuvre d'Hauriou devient centrale vingt ans plus tard !

#### ■ L'auteur

Guillaume Sacriste est maître de conférences en science politique à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et chercheur au Centre européen de sociologie et de science politique (CESSP), Paris. Ses recherches portent sur l'analyse du droit dans la construction des ordres politiques.

Parmi ses publications récentes :

— « Le droit constitutionnel de la République naissante : collusions entre sphère politique et doctrine au nom du nouveau régime », in Frédéric AUDREN, Jean-Louis HALPÉRIN et Annie STORA-LAMA (dir.), *La République et son droit*, Besançon : Presses universitaires de Franche-Comté, 2011, p. 384-408 ;

— *L'invention du constitutionnaliste en France 1870-1914*, Paris : Presses de Sciences Po, 2011 (à paraître) ;

— Norbert FOULQUIER et Guillaume SACRISTE, « Avant-propos. Un constitutionnaliste oublié, le privatiste Raymond Saleilles », in Raymond SALEILLES, *Le droit constitutionnel de la Troisième République*, Paris : Dalloz, 2010, p. 9-54.

# La pensée du droit de Philippe Muray

Laurent de Sutter

---

Vrije Universiteit Brussel, Pleinlaan 2, B-1050 Brussel.  
<laurent.desutter@vub.ac.be>

À propos de...

- **MURAY Philippe**, *Essais*, Paris : Les Belles Lettres, 2010, 1824 p.

1

**Métaphysique.** Philippe Muray était un métaphysicien secret. Derrière ses sorties drôles et cruelles se cachait toute une architectonique de textes et de concepts qui leur conférait, à qui savait les lire, la portée d'un gai savoir. Il ressemblait un peu à Zarathoustra amusant les animaux et les imbéciles – mais leur glissant, parmi ses plaisanteries, les vérités les plus impitoyables. Le secret de la métaphysique de Muray, toutefois, ne relevait pas tant du domaine de l'occulte que de celui partagé par les amants. La nature de ses textes ne devenait évidente que pour ceux qui les lisaient traversés par un désir vivant, cette rareté dont il ne voyait d'existence qu'à l'ombre de la fin de l'histoire. Que pouvait révéler une telle lecture ? Avant tout une sorte d'héritage. Muray était un lecteur de Kojève, et, par Kojève, avait rencontré Hegel aussi bien que Lacan et Bataille. Mais il était aussi un lecteur de Debord, et, par Debord, avait rencontré Baudrillard. S'il y a une métaphysique propre à son œuvre, elle se situe donc à l'endroit où ces deux penseurs se serrent la main : Hegel et Debord – c'est-à-dire, avant tout, Hegel.

2

**Ordre.** De Hegel lu par Kojève, Muray a retenu beaucoup : l'idée d'une fin de l'histoire, l'idée d'une dialectique des opposés, l'idée du caractère primordial du négatif, l'idée du retournement de l'esclavage et de la maîtrise. Mais il a aussi retenu l'idée que le droit n'est pas qu'un jeu de lois. Comme Lacan, il avait compris, en lisant la *Phénoménologie de l'esprit* (davantage que la *Philosophie du droit*), que le droit relève d'un *ordre* qui l'excède. Cet ordre, il le nommait symbolique – par op-

position à l'imaginaire des lois et au réel des procès. Il existe quelque chose comme un ordre symbolique immuable, dont le droit constitue une des formes d'expression. Par l'intermédiaire du droit, une forme acceptable d'articulation à cet ordre a été inventé dans la plupart des sociétés, forme n'ayant pas d'autre finalité que cette articulation abstraite. Pour Muray, le droit ne peut prétendre à davantage. Il *opérationnalise* l'ordre symbolique dont il dépend : voilà à quoi il se résume. Comme expression de l'ordre symbolique, le droit n'est que son mandataire, son coursier ou son homme de main.

## 3

**Norme.** Parce qu'il est l'expression d'un ordre symbolique qui lui est supérieur, le droit n'a pas d'autre contenu normatif que ce qu'il en reçoit. La propriété première du droit est sa forme d'opération ; les contenus opérationnalisés par lui, en revanche, sont fournis par l'ordre symbolique. Ces contenus, Muray les nommait « normes ». Tout comme il existe un ordre symbolique immuable, il existe un ensemble de normes partageant son ambition d'éternité. Ces normes peuvent couvrir une infinité de domaines et de problèmes. Aux yeux de Muray, deux d'entre elles, toutefois, présentaient une importance particulière : celle fixant une différence des genres, et celle définissant les règles de la filiation. Parce qu'elles concernaient la structure et la continuité de l'ordre symbolique, ces deux normes en exprimaient l'essence mieux que toute autre. Tout comme Pierre Legendre, Muray considérait que *l'institution de la vie* était le dernier mot de celui-ci – et donc le *terminus ad quem* aussi bien que le *terminus a quo* de toutes les opérations du droit. Un droit qui négligerait ces deux normes, selon lui, ne serait plus du droit.

## 4

**Transgression.** La reconnaissance de l'existence d'un ordre symbolique, ainsi que celle de son expression juridique, valait réquisit. De la même manière que Hans Kelsen posait une *Gründnorm* au sommet de la pyramide des normes, Muray posait un ordre symbolique au commencement de tout droit. Mais ce geste de pensée réclamait d'être considéré avec prudence. En aucune manière ne s'agissait-il, pour lui, de tenter de fonder les systèmes juridiques existant, de leur assurer une légitimité, ou de leur fournir une garantie de survie. Il s'agissait plutôt de fournir la meilleure raison possible au fait que, malgré l'ordre symbolique, malgré les normes, et malgré les opérations du droit, quelque chose comme l'hypothèse de la transgression était préservée. Toute la pensée du droit de Muray fut d'abord une pensée de la transgression du droit. Il s'agissait pour lui de donner la plus grande noblesse possible à celle-ci – et donc à ce dont elle vise à se défaire. Le caractère exquis de la transgression lui est conféré par la difficulté de ce qu'elle se propose de transgresser : l'éloge de la transgression passe par l'éloge de l'ordre.

## 5

**Littérature.** Au droit, Muray opposait toujours la littérature. Si le premier exprime l'ordre symbolique, la seconde en exprime la transgression. Ensemble, ils

constituent le couple dont la danse rythme depuis toujours l'histoire mondiale de la grandeur. Aux réussites juridiques bâties sur la sacralisation de l'ordre symbolique répondent celles élaborées contre elle par les écrivains ne cessant de prétendre en transgresser les normes. Mais cette danse est celle d'un couple – d'un *vieux* couple. Les disputes opposant le droit et la littérature sont autant de latitudes que s'auto-ri-sent des partenaires de longue date. Les tentatives de transgression fomentées par la littérature ressemblent à des plaisanteries – de même que les rodomontades symboliques du droit. En vérité, la vocation de ce dernier est d'*autoriser* la transgression, de même que celle de celle-ci d'autoriser le droit. Tout comme la transgression a besoin du droit, le droit a besoin de la transgression. Sans le pouvoir corrosif de la littérature, le principe d'institution de la vie présidant aux opérations du droit se vide de toute signification. Le droit devient institution de la mort.

## 6

**Loi.** D'une certaine manière, la littérature contribue elle aussi à la perpétuation de l'ordre. La véritable cible de la transgression réalisée par elle n'est pas les normes. Par rapport à Bataille, Muray faisait preuve de modestie. Malgré quelques déclarations grandiloquentes, il ne croyait pas à la possibilité d'une transgression absolue. Ce à quoi il croyait, en revanche, c'était à la possibilité d'une transgression des lois. Au contraire des normes, expression de l'ordre symbolique, les lois n'expriment que le désir des sociétés oublieuses de son existence. Lorsque apparaissent les lois, le monde des normes se voit conférer un caractère d'abstraction préparant son évacuation. Que sont les lois, en effet ? L'expression d'une peur ou d'un ressentiment – et non plus de la confiance en un ordre. La définition d'une loi obéit à l'urgence d'une envie de punition ou d'éradication naissant de l'impossibilité d'une punition ou d'une éradication *par ceux qui la demandent*. Les lois, si l'on préfère, sont les déléguées d'un désir d'éradication impuissant. Là où les normes visaient l'institution de la vie, les lois visent son extinction, sa disparition, son décès.

## 7

**Pénal.** L'ordre symbolique présidant à la vie, et la transgression en constituant une condition nécessaire, les lois ont pour principal objet de la rendre impossible. Tandis que le droit conservait intacte – pour sa propre survie – la possibilité d'une transgression, les lois visent à son annulation. La danse du droit et de la transgression se transforme, sous leur règne, en course-poursuite. Pour Muray, cette hostilité des lois à l'égard de la transgression (et donc, de manière indirecte, à l'égard de l'ordre symbolique) ne s'exprime jamais mieux que dans ce qu'il appelait « l'envie de pénal ». L'exigence de nouvelles lois et la criminalisation de toutes les actions indésirables, expliquait-il, sont devenues l'horizon juridique de notre temps. Aux normes cryptiques venues du ciel symbolique a été substituée une multiplicité de décisions locales, de mesures d'administration juridique incarnées dans des lois ainsi que dans les procès que l'on intente en leur nom. Lorsque l'ordre symbolique a été oublié, une sorte de folie désespérée s'empare des populations, à laquelle seule une prolifération de mesures légales semble pouvoir apporter un apaisement.

**Anarchie.** Dans le monde des lois, la transgression devient hostile. Il ne s'agit plus de jouer à cache-cache avec les normes – pour, en fin de compte, confirmer une fois de plus le bien-fondé de l'ordre symbolique. Il s'agit désormais de s'opposer aux lois, d'en tenter la destruction afin de pouvoir préserver ce dernier. Pour Muray, celles-ci, bien loin de travailler à la stabilité du monde ou à l'institution de la vie, sont l'expression d'une forme basse d'anarchie. L'« envie de pénal » est avant tout *envie de se débarrasser du droit*. La rigidité du droit, l'arrogance de l'ordre symbolique sont devenues inadmissibles aux contemporains. Toute comme la politique s'incarne désormais dans le « sourire à visage humain » de Ségolène Royal (politicienne d'après la fin de la politique), le droit s'incarne dans une espèce de « légalisme à visage humain » dont les exigences positives de reconnaissance de droits et négatives de multiplication des poursuites forment la seule expression acceptable. Si le droit n'accepte pas de contribuer à la négation de ce contre quoi le ressentiment se dresse, alors il doit disparaître aussi.

**Histoire.** Le droit est confronté à une alternative : ou bien contribuer à la canalisation du ressentiment, ou bien en être la victime. Mais il s'agit là d'une alternative infernale. Le droit se voit, d'un côté, sommé d'accepter son devenir-lois ; de l'autre, menacé d'être dissous dans lui. Autant dire qu'il s'agit, dans les deux cas, de la même chose. Comment une telle alternative a-t-elle pu émerger ? D'après Muray, différents facteurs historiques l'ont annoncée tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle – mais il n'explique pas le *pourquoi* de ces facteurs. Peut-être faudrait-il, à sa place, faire l'hypothèse d'une éternité du ressentiment, dont les facteurs historiques qu'il décrit ont pu favoriser l'expression. L'humanité n'est pas devenue plus peureuse : c'est la disparition lente, sous le poids de leur propre sénilité, des institutions gardiennes de l'ordre symbolique qui a permis son triomphe. Ce pourrait être une interprétation valable de la « fin de l'histoire » dont parlait Muray. L'histoire s'est arrêtée lorsque le conflit qui en était le moteur a connu son vainqueur.

**Réaction.** Pour beaucoup, la pensée du droit de Muray devrait être considérée comme réactionnaire. L'ordre symbolique ? L'opérationnalité du droit ? La substantialité des normes ? Autant de fantasmes totalitaires... Mais il l'avait lui-même précisé quelque part : « Ce n'était pas mieux avant, c'était mieux *toujours*. » À ses yeux, il ne s'agissait pas de défendre un vieux monde en déroute. Il s'agissait plutôt de décrire ce que cette déroute révélait à propos d'une anthropologie éternelle. La « fin de l'histoire » qui le faisait tant rire l'amusait parce qu'elle témoignait d'une volonté dérisoire de se dresser contre l'éternité. L'« envie du pénal », si elle incarnait le triomphe du ressentiment sur l'ordre symbolique, était une guignolade : *l'ordre symbolique ne peut pas être vaincu, il ne peut être qu'ignoré*. Une telle ignorance, toutefois, se paie un jour ou l'autre. Et, pour Muray, le jour de l'addition était proche. La littérature, malgré son asservissement aux forces du ressentiment, conti-

nuait à en dresser le compte détaillé. Sa force transgressive ne pouvait pas être davantage vaincue que l'ordre symbolique.

11

**Politique.** La pensée du droit de Muray présentait une singulière beauté : d'un côté, elle osait articuler le droit à une forme éternelle et supérieure de vérité (l'ordre symbolique) ; d'un autre côté, elle osait le considérer comme une machine dont la réalité ne consistait qu'en un jeu d'opérations. En séparant le droit du langage des lois, il procurait à celui-ci la possibilité d'affirmer le caractère fondamentalement *anti-juridique* des lois. Les exigences de reconnaissance de droits, les demandes de poursuites pénales sont deux manifestations d'un désir dont la nature est d'abord politique. La lutte contre l'ordre symbolique (disons plutôt : la volonté de l'ignorer) est une lutte pour la suprématie de la politique sur le droit – ou pour la réduction de celui-ci à celle-là. Or le caractère ancillaire du droit l'a toujours fait plier à toutes les politiques, sans qu'aucune d'entre elles ne parvienne en rien à lui imprimer sa marque. De nouvelles lois, oui, de nouvelles directives ministérielles en matière de poursuites pénales – mais la *nature* du droit (son caractère opérationnel) restait intact. La politique glissait à sa surface sans l'affecter.

12

**Contemporain.** La perfection du droit, l'éternité de sa structure, est ce que ne peut admettre le contemporain. Parce que son horizon temporel est celui qui lui donne son nom, son exigence première est l'affirmation de la contemporanéité de tout. Le droit, en ce sens, ressemble à un archaïsme. Depuis le Code Hammurabi ou la Loi des XII Tables, au moins, le droit n'a changé en rien – même son passage par Hitler, Staline ou Mao l'a laissé vierge. Au milieu de l'ignominie, le droit peut se targuer de ne jamais perdre son innocence. *Cela lui est impossible*. Or le contemporain est obsédé par la culpabilité, la faute et la punition. Il faut donc qu'une faute puisse être imputée au droit comme à toute autre chose. Cette faute, pour le contemporain, sera précisément son éternité. C'est la raison pour laquelle à celle-ci (l'éternité de ses opérations) est substituée la contemporanéité radicale des lois. Car non seulement une loi peut servir à asseoir la poursuite des fautes que le contemporain exige de voir punies, mais elle peut elle-même constituer une faute requérant à son tour punition. La boucle est faite.

13

**Rire.** À la folie politique des lois, Muray opposait l'humour immémorial du droit et l'ironie éternelle de la littérature. Il n'était pas le seul. Jadis, Gilles Deleuze avait tenté une typologie très détaillée des formes de comique juridique que la littérature mettait à la disposition du droit. Pour lui aussi, respecter le droit exigeait de le distinguer des lois – distinction dont la littérature, depuis toujours, avait fait une prodigieuse ressource artistique. On en viendrait presque à regretter que Muray n'ait pas eu le temps de se lancer dans la fresque des aventures légales de *Homo Festivus*. Peut-être aurait-on pu se rendre compte combien, derrière son éloge constant de la

transgression littéraire, se cachait une estime pour la grandeur quotidiennement bafouée du droit. Cela n'aurait servi qu'à relancer les critiques – Muray réactionnaire ? Soit. Il aurait été laissé à d'autres de démontrer combien, par un piquant paradoxe, l'éloge d'un droit intemporel et purement opérationnel revenait à faire l'éloge de ce que Trotski appelait « révolution permanente ». Seule l'éternité est révolutionnaire : telle est la morale du droit – la morale de Muray.

\*

### Note bibliographique

Philippe Muray développe les grandes articulations de sa pensée du droit dans les textes suivants : « L'envie du pénal » (*Exorcismes spirituels I*, p. 382 sq.) ; « Autopsie du roman (Philip Roth) » (*Exorcismes spirituels II*, p. 215 sq.) ; « Un soir, dans un taxi, une main d'homme sur une cuisse de femme » (*Ibid.*, p. 221 sq.) ; « Les chiennes de la loi » (*Exorcismes spirituels III*, p. 211 sq.) ; « Jacuzzi » (*Exorcismes spirituels IV*, p. 28-29) ; « Les merveilleuses lois » (*Ibid.*, p. 385 sq.) Voir aussi les notations consacrées à ce sujet dans *L'empire du Bien* (notamment p. 9 sq., p. 45 sq., p. 69 sq., p. 140-141) et dans *Chers Djihadistes...* (notamment p. 14, p. 109 sq.), ainsi que le chapitre « Ces bourreaux barbouilleurs de loi » de *Festivus Festivus* (p. 63 sq.), et le verbo « Pénal » du *Portatif* (p. 68-69, et la note p. 94). Voir enfin les passages « Le Père Noël et le Père Pénal » de *Après l'histoire I* (p. 81 sq.), et « La fête crache la loi » et « De la normalisation anti-normative » de *Après l'histoire II* (respectivement p. 195 sq., et p. 266 sq.). Tous sont repris dans *Essais*, sauf les passages de *Chers Djihadistes... Add. la nouvelle « Enculées et Enculés »*, dans *Roues carrées* (p. 47 sq.).

#### ■ L'auteur

Laurent de Sutter est FWO Senior Researcher en théorie du droit à la Vrije Universiteit Brussel. Il enseigne aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles) et à la Cardozo Law School (New York).

Parmi ses publications :

— *Deleuze. La pratique du droit*, Paris : Michalon, 2009 ;

— *De l'indifférence à la politique*, Paris : Puf, 2008.

Il dirige par ailleurs la collection « Travaux pratiques » aux Presses universitaires de France.

# Une théorie pour *moins* d'injustices

Jean-François Perrin

---

Faculté de droit, Université de Genève, Uni-Mail, 40 boulevard du Pont-d'Arve, CH-1205 Genève.  
<jf.perrin@bluewin.ch>

## À propos de...

- **SEN Amartya, *L'idée de justice***, traduit de l'anglais par Paul Chemla avec la collaboration d'Éloi Laurent (titre original : *The Idea of Justice*, Londres : Penguin Books, 2009), Paris : Flammarion, 2010, 558 p.

Ce livre constituera probablement l'œuvre majeure d'un auteur qui a su tirer profit des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le destin a bien voulu le placer. Tracer à grands traits le parcours de cette personnalité originale et marquante des sciences humaines de notre époque est déjà révélateur de ce que peut produire à la fois le multiculturalisme et la transdisciplinarité lorsque ces choix sont gérés avec talent, opiniâtreté et surtout avec un engagement au service de la justice, qui ne faiblit jamais, au cours d'une longue carrière académique. Amartya Sen est né en 1933 à Calcutta. Il a d'abord enseigné à l'Université de Delhi avant d'intégrer la London School of Economics. Il est actuellement professeur à Harvard et à Cambridge. Il a reçu en 1998 le prix Nobel d'économie pour ses travaux sur l'État social. Le prix lui a été attribué pour ses réflexions sur la pauvreté et la famine. Il a publié de nombreux ouvrages en langue française dont, notamment, *Éthique et économie* (1993), *Rationalité et liberté en économie* (2005), *L'Inde, histoire, culture et identité* (2007), *Identité et violence, l'illusion du destin* (2007). Tous ces titres révèlent ses préoccupations d'économiste et de philosophe concerné par les problèmes sociaux de notre époque, notamment les inégalités, leurs causes, leurs conséquences et surtout les moyens d'y remédier. Il donne souvent des conférences publiques et il sait, à ces occasions, mobiliser son sens et sa passion pour l'histoire des idées, au service de la cause pour laquelle il se bat et qu'il définit lui-même dans les termes suivants : « Je n'ai rien contre la globalisation. Mais je suis aussi pour la mondialisation de la justice <sup>1</sup>. »

---

1. *Le Temps*, 5 juin 2010, p. 24.

On voit ainsi où convergent ses idées au sujet de la justice – que le titre de l'ouvrage s'approprie d'une manière qui pourrait surprendre à première vue. Cette notion fondamentale appartient surtout à la philosophie morale et sociale. Elle est ici gérée dans sa dimension philosophique, par un auteur qui n'est pas vraiment chez lui sur ce créneau. Il faut en effet préciser d'emblée que Sen se définit lui-même comme un « économiste ». Il ajoute cependant qu'il ne se conçoit pas comme un économiste ordinaire. Il rappelle à ce sujet que l'économie est très souvent perçue comme une « science lugubre. [...] Les économistes sont fréquemment perçus comme d'affreux rabat-joie qui veulent noyer la jovialité naturelle et l'affection mutuelle des êtres humains dans une potion indigeste de rigueur économique » (p. 327). Le ton est ainsi donné ! L'auteur est certes un économiste mais un économiste heureux. Et cela peut exister. L'explication est simple. Il la propose en termes clairs : « mon histoire d'amour avec la philosophie » (*idem*). On dira donc, pour faire simple, que cet « économiste » ajoute, avec passion, la philosophie et plus particulièrement la philosophie sociale à son traitement de *l'idée de justice*. Il y procède – et il faut d'abord le relever – avec talent. Il est vrai qu'il est doublement aidé dans cette tâche, à la fois par ses racines culturelles dans la civilisation hindoue mais aussi par sa profonde connaissance et sa passion ajoutée pour les philosophes sociaux occidentaux, anglo-saxons plus particulièrement. Il voue un véritable culte à Adam Smith dont on peut faire, au passage, tout au long de l'ouvrage, une lecture renouvelée, moins (froide)ment utilitariste et en tout cas anticipatrice d'une philosophie morale qui fait une place certaine à la « sympathie » plutôt qu'à l'égoïsme froid des économistes ordinaires<sup>2</sup>. Ce trait marquant est très révélateur de l'une des contradictions assumées par l'auteur. Il affiche d'abord son grand respect et sa fidélité pour les maîtres qui l'ont précédé, auxquels il voue une reconnaissance et une admiration profonde et sincère... mais cette sympathie le conduit à l'adoption d'un positionnement audacieux, équivalent, après les précautions oratoires d'usage, à un renversement de perspectives quasiment complet. Ces glissements – si l'on ose dire – revêtent une élégance que l'on ne rencontre pas souvent en sciences dites « humaines ». On apprend ainsi que le tact, la déférence sont parfaitement compatibles avec la probité intellectuelle et le service des causes que l'on estime justes. Sous cet aspect, l'ouvrage est déjà un modèle dont il faudrait savoir s'inspirer. Ce développement mérite d'être illustré par la description des rapports que l'auteur entretient avec l'œuvre de John Rawls. L'ouvrage est dédié « à la mémoire de John Rawls ». Sen reconnaît, dans des développements réitérés, qu'il a beaucoup appris au contact de ce maître. Il explique cependant par le détail pour quelle raison il finit par adopter – sur la question des fondements de l'idée de justice – une conception radicalement antinomique à celle qu'a proposée le grand philosophe américain, avec lequel Sen a entretenu des rapports scientifiques et amicaux étroits. Toute bien anticipée qu'elle soit, la collision est frontale. John Rawls a préconisé une conception « transcendante » à laquelle Sen oppose une idée de justice ouverte sur le concret, qui se distingue d'une manière radicale de la

2. On peut se référer à l'excellente traduction réimprimée récemment : ADAM SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Paris : Puf, coll. « Quadrige », 2007, p. 23.

conception rawlsienne. Cette opposition ne choque cependant pas le lecteur car Sen sait utiliser et justifier ces différences, à la fois de forme et de fond. Sa grande culture le sert dans cette entreprise. On apprend ainsi que de telles options sont justifiées autant par le contexte de leur énonciation que par leur valeur. Cette approche pourrait faire craindre le piège d'un certain « œcuménisme », au fondement des théories de la justice. Ce danger n'existe pas dans ce livre, du moins selon notre lecture, dès lors que la pensée de l'auteur est, si l'on y prête une attention suivie, très cohérente et solidement ancrée dans l'histoire des idées morales. C'est à la restitution de ses lignes de force que le développement suivant est consacré.

\*

Un prologue et une introduction décrivent à titre liminaire l'approche spatio-temporelle de la notion de justice que l'auteur veut promouvoir. Il se situe d'emblée par rapport à une grande dichotomie qui était déjà présente chez les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle. Sa théorie de la justice est d'ailleurs dévolue entièrement au développement des arguments qu'il faut retenir en faveur de l'une des deux thèses. On apprend d'abord qu'il existe, aux Indes aussi, une philosophie sociale, classique, traditionnelle, qui rend compte de cette distinction. On pourrait donc, sans trahir Sen, dire que la justice dont il est ici question comporte une dimension anthropologique puisqu'on la retrouve dans des bassins historiques et culturels si distants et si différents. Ce choix fondamental en faveur de l'une de ces deux acceptions est repris, développé et illustré dans les quatre « parties » qui vont suivre. Chacune comporte un titre, pas toujours très parlant avant la lecture des contenus. On rend probablement mieux compte de l'originalité de cet ouvrage en proposant – plutôt qu'un résumé des contenus de ces quatre « parties » – une description de ce que l'on peut considérer comme les *thèses maîtresses* qui guident l'auteur, pratiquement de la première à la dernière ligne. Tous les développements sont justifiés par leur force au service d'une « idée de justice », solidement charpentée et annoncée dès l'« introduction ». Une telle restitution du contenu de l'ouvrage par ce qui paraît essentiel à un lecteur attentif recèle peut-être un certain côté arbitraire. On procédera en usant de la justification que Sen s'autorise lui-même à utiliser lorsqu'il résume l'idée fondatrice de Rawls. Il y procède avec la précaution oratoire suivante : « Je sais bien qu'en dernière analyse tout résumé est un acte de barbarie » (p. 83). Avec la même audace on peut proposer le « résumé » suivant.

*Transcendance ou comparaisons ?* Amartya Sen identifie d'abord, comme on l'a déjà dit, la grande dichotomie qui, selon lui, permet de classer les théories de la justice. Il situe l'origine de ce clivage au cœur des « Lumières ». Il qualifie la première approche d'« institutionnalisme transcendantal » et pense pouvoir dire que cette conception est inaugurée par Thomas Hobbes au XVII<sup>e</sup> siècle, poursuivie par John Locke, Jean-Jacques Rousseau et Immanuel Kant. Il estime que John Rawls s'inscrit dans la continuité de cette ligne de pensée, à notre époque. Ce courant philosophique se caractérise par deux traits distincts. D'abord, tous ces philosophes proposent l'adoption d'un critère qui permet de *déterminer ce qui est parfait*

*tement juste*. Le seul objectif de ces doctrines est d'identifier les mécanismes sociaux et juridiques qui leur permettent de réaliser leur objectif unique. Elles recherchent « le juste ». *A contrario* on peut dire qu'elles ne permettent pas « de dire si une option est « moins injuste » qu'une autre » (p. 30). En deuxième lieu, ces théories « se consacrent essentiellement à rendre les institutions justes et ne se préoccupent pas directement des sociétés concrètes qui en procéderont » (*idem*). Sen illustre évidemment ce courant par l'exemple paradigmatique que constituent les diverses approches « contractualistes ». À l'opposé de ce courant d'idées, Sen situe de nombreux philosophes, pas moins connus ou classiques que les précédents, qui figurent aussi parmi les Lumières. Il cite notamment Adam Smith, Condorcet, Bentham, poursuit la liste en citant Karl Marx et John Stuart Mill. Toutes ces approches « comparatistes » (c'est l'étiquette choisie pour les regrouper) s'intéressent, en matière de justice, plus à la *comparaison des situations réelles* qu'à la conception de modèles idéaux. On résume tout, selon l'auteur, en disant que ces deux visions de la justice focalisent l'une « *sur des dispositifs*, l'autre *sur des réalisations* » (p. 35). On en a déjà assez dit pour donner à comprendre où vont, sans hésitation, le cœur et les convictions d'Amartya Sen. Sa préférence est martelée, du début à la fin de l'ouvrage. C'est ce choix qui est fondamental pour lui, en matière *d'idée de justice*. Et l'on assiste alors à un tir en règle contre l'approche transcendantale : « De fait, les réponses que donne – ou peut donner – une conception transcendantale de la justice sont tout à fait distinctes et éloignées du type de préoccupations qui poussent les gens à engager des débats sur la justice et l'injustice dans le monde (par exemple, la faim, la pauvreté, l'analphabétisme, la torture, le racisme, l'oppression des femmes, l'incarcération arbitraire ou la privation de soins médicaux en tant que réalités sociales auxquelles il faut remédier) » (p. 131). Il serait encore concevable de sauver cette approche s'il était possible de démontrer qu'une théorie « transcendantale » découle nécessairement d'une suite ou d'une série de comparaisons valides et bien menées. Mais les changements ou réformes qui font avancer la justice ont besoin d'évaluations « comparées », une simple définition « immaculée » de « la société juste » [...] ne suffit pas (p. 475).

*Justice et capabilité*. L'option fondamentale ainsi choisie entraîne des conséquences immédiates pour la recherche portant sur *l'idée de justice*. La démarche ne doit pas tenter de choisir entre diverses institutions en fonction de *critères* prédéterminés. En lieu et place, il faut se fonder sur les « accomplissements, parce que la justice ne peut rester indifférente aux vies que mènent réellement les gens. L'importance des vies, expériences et réalisations humaines ne peut être supplantée par l'information sur les institutions existantes et les règles en vigueur » (p. 44). En lieu et place d'une réflexion sur les institutions, il faut focaliser non seulement sur ce que nous réussissons à faire mais encore et surtout sur « la liberté réelle dont nous disposons pour choisir entre divers modes de vies.[...] Être en mesure de raisonner et de choisir est un aspect déterminant de la vie humaine » (p. 44). Amartya Sen introduit alors un concept majeur qui va animer toute sa théorie de la justice.

Pour le qualifier, il utilise la notion de « capacité »<sup>3</sup>. S'agit-il, en français, d'un néologisme indispensable<sup>4</sup> ? Le traducteur n'aurait-il pas dû utiliser une expression différente ? Le fait est que ce concept, peu usuel (à tout le moins) en français, est situé très exactement au centre des préoccupations de l'auteur. Il faut lire tout l'ouvrage pour cerner les multiples facettes de cette notion centrale. Il est à certains égards plus facile de dire précisément ce qu'elle n'est pas ou ce à quoi, résolument, elle s'oppose. Tout au long de son travail, Amartya Sen insiste sur le fait que cette notion n'introduit pas une conception « utilitariste » de la justice. L'auteur insiste sur le fait que la vie humaine qu'il prend en compte sous le couvert de la « capacité » doit être perçue « globalement ». Elle peut inclure aussi ce qui ne relève pas des plaisirs ou des « utilités ». Son concept peut donc incorporer les sentiments moraux. « Nul besoin d'être un Gandhi, un Martin Luther King, un Nelson Mandela ou un Desmond Toutou pour comprendre qu'il est possible d'avoir d'autres buts ou priorités que la quête exclusive du bien-être » (p. 44). Cette approche ne se distingue cependant pas seulement du courant « utilitariste », par ailleurs abondamment commenté et exploité. Elle s'oppose encore – et frontalement – aux modes de pensée reposant sur les « ressources ». L'auteur prend une nouvelle fois ses distances par rapport aux théories de John Rawls, lesquelles se concentrent sur ce qui est appelé les « biens premiers », c'est-à-dire sur les « moyens » d'ordre général, comme le revenu, la fortune, les pouvoirs et prérogatives, etc. « Alors que les biens premiers sont, au mieux, des moyens d'atteindre les fins valorisées de l'existence humaine, ils deviennent, dans la formulation rawlsienne des principes de justice, les critères cruciaux pour juger l'équité de la répartition. Cela me paraît une erreur, je l'ai dit, car les biens premiers ne sont que des moyens en vue d'autres choses, en particulier de la liberté » (p. 287). Il faut dire alors comment fonctionne ce critère qui autorise une évaluation positive de ce qui compte dans la vie humaine : « L'approche par les capacités se préoccupe tout spécialement de corriger cette concentration sur les moyens et elle insiste sur la possibilité de réaliser effectivement les fins et sur la liberté concrète d'atteindre ces fins raisonnées » (p. 287). La notion de « capacité » est définie sous divers angles tout au long de l'ouvrage. Il en va un peu comme de la définition de l'impératif catégorique chez Kant. Une lecture attentive permet de découvrir diverses définitions, plus ou moins compatibles. On retiendra, pour la citer, celle qui se trouve à la page 441 : « La possibilité concrète de réaliser ce qu'on valorise. » Cette définition ne restitue cependant pas les contours intégraux de la notion retenue par Sen. On pourrait, à sa seule lecture, penser qu'il s'agit simplement de focaliser sur les *aptitudes* réelles dont disposent les sujets. En première analyse, on a le sentiment que l'auteur propose d'utiliser le critère d'*effectivité* pour bétonner sa théorie de la justice. En d'autres termes, il semble vouloir mettre l'accent sur les *performances* plutôt que sur les *principes*. Ce n'est cependant pas tout à fait aussi simple. Son critère doit encore être complété d'une manière qui est vraiment originale si l'on prend en compte l'état des théories historiquement connues. Il faut donc ajouter un *ingrédient* subtil qui fait toute l'originalité de la recette préconisée. *Certes*, l'option par les capacités

3. *Capability: power of doing things* (selon l'*Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*).

4. Le mot ne figure pas dans le dictionnaire *Larousse*, éd. 2011.

permet de procéder « à l'évaluation des fonctionnements accomplis » (p. 290). *Elle autorise cependant quelque chose de plus.*

*Capabilités et libres choix.* La capabilité permet encore d'évaluer l'importance accordée aux *vraies possibilités de choix, indépendamment des usages qui en sont faits*. Il faut utiliser quelques exemples pour montrer que cette nuance change les bases au sujet de la mise en œuvre des critères de justice. Imaginons la situation de deux personnes qui souffrent de malnutrition et qui se trouvent, l'une et l'autre, dans un état physiologique de carence parfaitement comparable. Admettons que l'une a choisi de jeûner pour soutenir une cause politique ou pour protester contre une injustice dont elle se considère victime. L'autre n'a pas eu accès à une nourriture suffisante parce qu'elle n'avait pas de quoi acheter à manger. Selon Sen, « l'idée des capabilités est en mesure de saisir cette importante distinction puisqu'elle est orientée vers la liberté et les possibilités, c'est-à-dire vers l'aptitude réelle des gens à choisir entre différents types de vie » (p. 290). « L'enjeu crucial est la liberté de choisir sa façon de vivre – peut-être en suivant à certains égards, si on le désire, ses préférences culturelles ancestrales » (p. 291). Autre exemple : un système de santé juste est censé garantir à chacun une assurance maladie de base. La loi donne à chacun la « capabilité » d'améliorer son état de santé en cas de maladie. Une personne qui est affiliée à un tel système peut, en toute connaissance de cause, décider de ne pas utiliser les droits que lui confère la loi et préférer financer elle-même des soins alternatifs qui lui conviennent mieux, selon ce qu'elle pense intimement. L'absence d'intervention de la médecine officielle pose, à l'égard de cette personne, des problèmes de justice totalement différents de ceux auxquels sont confrontés les habitants d'un pays qui ne connaît pas l'affiliation obligatoire. Ces exemples révèlent qu'il est toujours nécessaire de penser les revendications sociales en termes de « liberté d'accomplir » plutôt que d'« accomplissement réalisé » (p. 292). Ce point est décisif pour comprendre la distance qui sépare la pensée de Sen d'une vision utilitariste ordinaire. L'auteur dénonce d'ailleurs la carence de cette théorie – encore bien vivante chez les économistes – qui dit pouvoir tout juger à partir de la comparaison de grandeur prétendument homogène. « Compter » n'est pas toujours suffisant. On a nécessairement envie de suivre l'auteur en direction de cette plus grande complexité. La question qui se pose cependant est celle de savoir où mène une telle conception lorsqu'elle est utilisée pratiquement, sur un quelconque terrain de recherche, au sujet d'un problème de justice. Il faut donc préciser, à la suite de ces développements théoriques, ce que Sen propose au sujet de la faisabilité de son « idée de justice ».

\*

Ces hypothèses conduisent en droite ligne à l'adoption d'une méthodologie très particulière, faite pour adapter la démarche à la complexité qui est intégrée dans le modèle. Le chercheur en « capabilité » s'intéresse, il faut d'abord le rappeler, à la *comparaison* des progrès de la justice plutôt qu'à l'identification de *mécanismes parfaitement justes*. L'auteur propose des options méthodologiques qu'il faut adopter pour finaliser une telle recherche. On peut légitimement craindre que la mise en

œuvre soit difficile. L'auteur s'exprime clairement à cet égard, même si l'impression demeure que ce livre n'a pas été écrit pour faciliter la tâche des chercheurs qui voudraient tenter d'appliquer la recette préconisée. Il paraît cependant possible de dire l'essentiel en mettant l'accent sur les quelques points forts suivants :

— Amartya Sen annonce (p. 485) que son approche est « très influencée par la « théorie du choix social » (inaugurée par Condorcet au XVIII<sup>e</sup> siècle et refondée sur des bases fermes par Kenneth Arrow à notre époque) ; « elle procède essentiellement par évaluation comparée de réalisations sociales distinctes » (*idem*). Cette méthode fait l'objet de développements au chapitre 4 qui s'intitule « Voix et choix social ». Elle préconise plusieurs options.

— La première et la plus importante est celle que l'auteur qualifie de « pluralité des raisons impartiales » (p. 243 et suiv.). Il s'en prend à nouveau aux théories utilitaristes classiques qui imposent d'assimiler la rationalité à la seule promotion « intelligente » de l'intérêt personnel. Il observe, en plein accord d'ailleurs avec Adam Smith qu'il cite abondamment, que cette théorie simplifie considérablement le raisonnement humain. « La démarche rationnelle dans l'acte de choisir n'exclut ni l'altruisme dévoué ni l'individu qui recherche de façon raisonnée son profit personnel » (p. 244). « Les raisons peuvent parfois rivaliser entre elles, tenter de nous orienter dans un sens ou dans un autre » (p. 468). Tout cela rend l'évaluation plus complexe, mais c'est le prix qu'il faut payer si l'on veut retenir « une théorie large de la justice qui fait place en *son sein* à des considérations non convergentes » (p. 471).

— À cette exigence pluraliste, l'auteur ajoute une condition supplémentaire qu'il expose sous l'étiquette de l'« impartialité ouverte » (p. 476). La notion comporte deux aspects étroitement liés l'un à l'autre. D'abord, elle propose de tenir compte des *intérêts* des autres. Cela permet d'être équitable avec eux. En deuxième lieu, le critère permet d'intégrer aussi les *points de vue* des autres « pour élargir nos propres recherches sur les principes pertinents et échapper au localisme » (p. 476). Ainsi et par exemple, la manière dont l'Amérique gère sa crise économique actuelle entraîne des conséquences lourdes dans d'autres parties du monde. Une prise en compte des intérêts de tous s'impose irrémédiablement dans un monde de plus en plus globalisé. Dès lors, Amartya Sen lutte avec détermination contre « l'esprit de clocher » qui a encore grandement tendance à paralyser les évaluations politiques et juridiques. Il évoque de nombreux exemples frappants. Il s'en prend vertement à l'avis de certains juges de la Cour Suprême des États-Unis, souvent réticents face à la nécessité de prendre en compte les aspects de droit comparé. « Le bon sens, y compris dans ses rapports avec le droit, est certainement l'un des aspects du problème » (p. 481). Sen invoque alors le « spectateur impartial » d'Adam Smith qui nous invite « à reconsidérer nos propres interprétations et opinions liées aux expériences et conventions enracinées dans un pays ou une culture » (p. 482).

— C'est cette *ouverture sur le monde* qui incite Amartya Sen à prendre en compte la question des droits de l'homme. Il propose une *théorie de la justice fondée sur des énoncés éthiques qui s'imposent indépendamment des lieux et des cultures*. Il s'en prend une nouvelle fois au raisonnement utilitariste qui nie la positivité des droits de

l'homme. À notre point de vue, il se trompe quelque peu de cible à cet égard. Le débat n'est plus d'actualité. Il n'est plus contestable, aujourd'hui, que l'ensemble des textes de droit international qui consacrent, souvent avec un grand luxe de détails, l'existence des droits de l'homme, installe solidement, d'un point de vue positiviste, ces dispositions conventionnelles à l'intérieur de la pyramide kelsenienne du droit. Il n'y a plus, chez les juristes, la moindre discussion possible à ce sujet. Les textes en question appartiennent indiscutablement au droit positif de tous les pays civilisés (avec certaines restrictions cependant, qui auraient pu intéresser l'auteur). Il connaît et étudie certes la situation juridique créée par l'adhésion des États européens à la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne s'intéresse cependant pas vraiment aux difficultés de mise en œuvre qu'il pourrait dénoncer en vertu même de l'idée de justice concrète qu'il veut promouvoir. Il ne gère pas le problème de l'*effectivité* de ces dispositifs normatifs qui fonctionnent fort bien au niveau des discours et fort mal au niveau des réalités sociales. Son modèle serait cependant adéquat pour évaluer d'une manière critique ce qui se passe dans certaines communautés juridiques au sein desquelles les droits de l'homme sont indiscutablement considérés comme appartenant au droit positif mais sont cependant *bafoués en pratique*, au vu et au su de tous les observateurs attentifs. Les conditions d'emploi des immigrés clandestins dans la plupart des pays d'Europe mériteraient une recherche qui mobilise l'idée de « capabilité », analysée sous l'angle de l'impact *effectif* de droits humains, d'ores et déjà indiscutablement « positifs ». Cette réflexion critique nous mène directement à quelques remarques conclusives.

\*

La sociologie du droit sollicite, d'une part, sait apprécier, d'autre part, les collaborations interdisciplinaires au sein des sciences humaines. La théorie de la justice d'Amartya Sen interpelle les juristes sociologues aussi bien que les sociologues juristes. La collaboration interdisciplinaire entre juristes et sociologues sur le terrain de la justice s'est essentiellement limitée à l'étude des « sentiments de justice dans la vie quotidienne », à l'exclusion de la question des « raisonnements publics »<sup>5</sup>. Les « bilans » au sujet des divers aspects de la justice se multiplient donc. Ils se comparent difficilement car les sons de cloches ne retentissent pas vraiment à l'unisson. Les disciplines ont encore bien du mal à s'entendre, voire même à s'écouter, et tout simplement à communiquer. On apprend à la lecture du livre d'Amartya Sen qu'il faudra, les uns et les autres, renoncer définitivement à l'idée de chasse gardée en matière de recherche portant sur l'idée de justice. Les économistes occupent aussi ce terrain. Ce n'est pas nouveau d'ailleurs puisqu'on ne peut pas avoir quelque humanité sans avoir lu Bentham ou Mill. On pouvait cependant se bercer d'illusions et faire semblant de croire que, sur le thème de la justice et de la genèse des sentiments moraux, ces auteurs classiques étaient avant tout des philosophes sociaux. On réalise que cela n'était pas le cas. Ils étaient économistes *et* philosophes, comme nous sommes sociologues

---

5. On peut citer à ce sujet un ouvrage récent de Jean KELLERHALS et Noëlle LANGUIN, « *Juste ? Injuste ? Sentiments et critères de justice dans la vie quotidienne* », Paris : Payot, 2008.

et juristes. De toute manière – et c'est ce qui est important –, le livre d'Amartya Sen transcende complètement les approches mono-disciplinaires classiques. Sa démarche ressemble donc beaucoup à celle de la sociologie du droit qui s'est, elle aussi, « délocalisée » et ambitionne de gérer les problèmes dans une perspective « globalisée ». Cette convergence mérite d'être signalée. Aucun sociologue du droit ne lira ce livre sans se sentir profondément conforté concernant les options épistémologiques qui fondent cette démarche de recherche. Il se sentira incité – au risque de se perdre en chemin – d'ajouter à ses préoccupations celles que Sen propose. Il y a assurément correspondance d'objet, sans redite, sans emprunt illégitime, sans redondance, puisque le modèle préconisé par Sen est justifié par un courant doctrinal, philosophique et économique, qui est complètement indépendant par rapport à celui qu'adoptent les sociologues du droit. Il y a cependant plus qu'une analogie bienvenue. La « capacité », c'est-à-dire la focalisation sur ce que l'on peut vouloir réaliser, compte tenu du contexte réel, est une notion qui pourrait intéresser la sociologie juridique. Une réserve s'impose cependant. Certes le modèle théorique est adéquat et probablement exportable. L'auteur de *L'idée de justice* est dans ce livre un bon philosophe social et un grand humaniste. Cet ouvrage n'entre cependant que fort peu dans le détail de la mise en œuvre. La technique d'une telle recherche n'est pas exposée, du moins pas d'une manière utile à un chercheur de terrain. C'est dommage vu la dimension très importante du livre. On sait que, par ailleurs, Amartya Sen est très impliqué dans la recherche macro-économique, notamment. Il figure parmi les concepteurs d'un célèbre « indice de développement humain » (IDH) <sup>6</sup>. On aurait souhaité pouvoir lire des développements précis au sujet de l'articulation entre sa théorie de la justice et la pratique de recherche qu'il préconise, en qualité d'économiste. La « capacité » doit pouvoir se mesurer ! Comment, concrètement ?

\*

La question de la *faisabilité* demeure donc complètement réservée. Le modèle théorique qui est en amont de cette construction a probablement le défaut de ses qualités. Il sert bien la vérité grâce à sa complexité et à son ouverture. Sur les terrains de recherche, ces qualités compliquent la vie des chercheurs, à coup sûr ! Peu importe, l'essentiel est ailleurs. La lecture de cet ouvrage nous a résolument convaincu que l'idée de justice n'appartient épistémologiquement à personne. Pas plus aux sociologues qu'aux économistes distingués ; pas plus aux philosophes purs et surtout pas aux seuls juristes dogmatiques. La leçon porte donc – avec succès – sur la fécondité de ces *regards croisés* ; ceux que l'on projette sur cet objet vénérable, avec les moyens de sa propre discipline, qu'il faut savoir « comparer » avec ce que savent faire les « autres ». La « vérité » – si elle existe – pourrait bien se situer quelque part le long de ces cheminement communs. Ce livre témoigne en tout cas de l'utilité de tels regards sur ce vénérable objet que constitue la « justice ».

---

6. Cf. la revue *Sciences Humaines*, 218, 2010, p. 21.

■ L'auteur

Professeur honoraire de l'Université de Genève. Ses thèmes de recherche relèvent du droit civil, de la sociologie et de la philosophie du droit. Il a collaboré aux travaux empiriques de Jean Kellerhals sur la justice.

Parmi ses publications :

- *Droit de l'association* (avec Christine CHAPPUIS), Zürich : Schulthess, 3<sup>e</sup> éd., 2008 ;
- *Sociologie empirique du droit*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1997.