

ESSAI

Droit et politique

BRUNO LEONI *



Les célèbres observations de Kant sur le défaut d'accord des « juristes » de son époque quant à ce qu'on devait entendre par le « droit » sont toujours d'actualité, quand bien même certaines doctrines prévalent sur d'autres, considérées comme moins satisfaisantes ou moins modernes.

La même observation pourrait être formulée quant à ce qu'on doit entendre par « la politique » dans la mesure où la polémique sur la définition de l'activité politique et de l'étude de cette activité reste vive encore aujourd'hui, voire même davantage.

Le propos du présent essai est l'énonciation, dans une forme nécessairement sommaire et peut-être partielle, de mon point de vue personnel sur le délicat sujet du rapport entre ces deux concepts – « droit » et « politique » – chacun desquels serait suffisant pour absorber, en vérité, toute la velléité de la doctrine qui entend en donner une définition.

J'ai déjà eu l'occasion, lors de précédentes interventions, de manifester ma faible confiance dans les théories normativistes du droit et en particulier dans celle qui semble être toujours d'actualité au moins sur le continent européen, à savoir la doctrine kelsénienne¹.

Je veux reprendre les grandes lignes de cette polémique, non pas pour répéter les motifs de mon insatisfaction, mais pour chercher, si c'est possible, de les éliminer, au travers l'élaboration de concepts qui permettent de dépasser les obstacles contre lesquels la théorie kelsénienne butte, et d'adopter une théorie différente et plus résistante à la critique.

On sait que la thèse centrale de la théorie normativiste est la réduction du concept de « droit » à celui de « norme », et que, en outre, au moins dans la version kelsénienne de cette théorie, la norme est conçue comme une proposition linguistique exprimant un « devoir être » (Sollen dans la terminologie germanique). On a relevé à ce propos à plusieurs reprises, et c'est d'ailleurs intuitif, l'inspiration de la doctrine kantienne de l'impératif moral, ou du « devoir ».

* Bruno Leoni (1913-1967) est l'un des grands philosophes européens du droit et de la théorie de l'État. Il fut président de la Société du Mont-Pèlerin. Ce texte est la traduction originale d'un chapitre d'un ouvrage regroupant plusieurs écrits de Bruno Leoni sous la direction du professeur Carlo Lottieri, membre du Conseil académique de l'Institut Libéral, avec son aimable permission (cf. Carlo Lottieri, *Law, Liberty and the Competitive Market*, New Brunswick et Londres, Transaction Publishers, 2009).

¹ L'auteur se réfère à son essai « Obscurité et incongruité dans la doctrine kelsénienne du droit », intervention qu'il a tenue au IV^e Congrès national de philosophie du droit (1959).

Ce qui a été bien moins relevé, sauf erreur de ma part, c'est la grande difficulté que représente la « réduction » des deux concepts, celui de « droit » et celui de « morale », au concept de « devoir être » ou Sollen. Cette réduction apparaît infiniment plus simple et convaincante pour le concept de « morale » que pour celui de « droit » : la doctrine kantienne classique, élaguée de sa technicité terminologique et, si on veut, de nombreuses particularités propres au philosophe de Königsberg, représente en substance une idée bien commune, proche dans la terminologie des hommes communs, qui lie la moralité au sens du « devoir » et l'activité morale à la conduite conforme à la « voix de la conscience », par laquelle le « devoir » s'exprime.

La « voix du devoir » apparaît comme un fondement et un garde-fou de la conscience morale, aujourd'hui tout autant qu'aux temps de Kant, voire même encore davantage, si l'on considère la tendance, toujours plus évidente dans l'homme contemporain, à dépasser les aspects théologiques des religions positives, pour n'en garder comme fondement que le contenu moral.

En revanche, la réduction du concept de « droit » à celui de devoir, ou de « devoir être » (Sollen), apparaît bien plus obscure et discutable.

Tout d'abord, si l'on admet la réduction de la « moralité » au « devoir être », on peine à distinguer les deux types de « devoir être » face auxquels on se trouve : le Sollen « juridique » et celui moral.

Le problème de distinction est relaté par les normativistes, et en particulier Kelsen, qui y dédie une part importante de sa théorie, en tentant de lire dans le « Sollen » juridique, ou mieux dans la norme qui l'exprime, des caractéristiques distinctives qui ne sont pas présentes dans le « Sollen » de nature morale. La « norme » juridique se distinguerait, par exemple, de celle morale, par l'impossibilité d'en tirer, par l'intermédiaire de la « déduction » dite logique, une norme qui serait « supérieure », alors qu'une telle déduction serait au contraire possible pour les normes morales. De plus, la norme juridique se distinguerait de celle morale par le fait de prévoir, ou de contenir, une « sanction ».

Aucune de ces prétendues différences n'est pleinement convaincante. Tous les juristes savent que le processus « déductif » est applicable, et est appliqué, également pour les normes juridiques, par exemple pour tirer une norme particulière d'une norme générale. D'autre part, l'argument tiré de la « sanction » qui serait une caractéristique – par excellence – de la norme juridique n'est pas davantage convaincant que le précédent. Quelques années déjà avant Kelsen, un théoricien du droit aujourd'hui oublié mais qui peut se targuer d'être l'un des précurseurs directs de Kelsen dans les pays de langue allemande, Bergbohm, avait avoué sa propre perplexité face à l'emploi du concept de « sanction » comme critère pour distinguer la norme « juridique » de toutes les autres. Si l'on accepte un tel critère, se demandait-il, faudrait-il alors

exclure du devoir des normes communément considérées comme « juridiques » toutes celles qui ne prévoient pas ou ne sont pas soutenues pas des sanctions ?

La difficulté de distinguer le Sollen « juridique » de celui moral n'est toutefois pas la seule, ni d'ailleurs la plus grave, comme en témoigne la prétendue réduction du « droit » à la norme qui exprime le « devoir être » juridique.

La théorie kelsénienne elle-même note, dans la terminologie qu'a adoptée son auteur, les contradictions irrémédiables dans lesquelles la tentative de réduire sans exception le « droit » au Sollen exprimé par la norme, et de voir dans la norme la précondition de tout raisonnement y relatif. La norme y est en effet définie comme « ordre dépsychologisé ». À la réduction du « droit » en une norme ainsi qu'au Sollen exprimé par la norme, on ajoute donc la réduction du concept de « norme » à celui d'« ordre », même si l'adjectif « dépsychologisé » rend ce dernier concept presque incompréhensible : une réduction de la réduction, en tout cas, qui fait partir à volo l'ensemble de la théorie².

Le « devoir » et l'« obligation » d'un côté, et l'« ordre » de l'autre peuvent en effet être considérés comme des concepts liés, mais certainement pas identiques, et en tout cas identifiables : si mon « obligation » a son origine dans un « ordre » (dépsychologisé ou non), c'est d'un « ordre » qu'on devra parler en dernière analyse et non d'une « obligation », puisque l'« ordre » constitue une précondition logique face au concept d'« obligation » correspondant.

Si l'on considère ensuite que, dans le système kelsénien, la norme juridique est valide en tant qu'émanant d'une autorité « légitime », la norme elle-même vient à se présenter dans le système comme l'« ordre » (même « dépsychologisé ») de cette « autorité » : le concept d'autorité précède en effet à son tour, logiquement, dans le système, celui d'« ordre », ou cela au moins jusqu'à ce qu'on arrive au prétendu fondement de la théorie, la dénommée norme fondamentale, dont j'ai pu évoquer lors d'une précédente occasion le caractère logiquement apocryphe et non définitif.

Il y en a ainsi assez, je crois, pour conclure qu'au travers des réductions successives susmentionnées, la théorie du droit comme « obligation » est peu à peu abandonnée, même si on la maintient dans le système en tant que terme.

D'autre part, ces mêmes concepts d'« ordre » et d'« autorité » apparaissent insuffisants et non définitifs comme base d'une théorie qui vise à cerner la nature du « droit » par rapport à l'usage ordinaire de ce terme.

² Les arguments de Kelsen pour démontrer l'existence des ordres dépsychologisés (la volonté du testateur défunt, la volonté des parties au contrat, la volonté du législateur) ne tiennent pas compte du fait que ce qui rend ces volontés vivaces, même lorsque leurs auteurs originels ne le « veulent » pas, est simplement une série d'actes psychologiques (prétendue) d'autres personnes (les héritiers du testateur, la partie insatisfaite dans un contrat, les exécuteurs de la loi, etc.).

Celui qui dit, par exemple, « moi j'ai le droit de faire telle chose », c'est-à-dire « moi j'ai le droit de ne pas me laisser infliger cette chose », c'est-à-dire « toi tu n'as pas le droit de faire cette chose », ne se réfère pas toujours et pas nécessairement ni à une norme contenant un « devoir être », ni à un ordre d'une quelconque « autorité » qui serait exprimé par cette norme.

Dans l'attitude mentale de celui qui prononce de telles assertions, il existe un élément de subjectivité qui ne semble par sa nature pas réductible à une prétendue norme de type kelsénien, à savoir une proposition « objective » qui exprime péniblement une obligation ou un ordre externe à la personne qui parle.

Celui qui revendique un droit prétend tout d'abord à la vérification du comportement d'autrui. Que signifie « prétendre » ? Considéré en tant que fait psychologique, « prétendre » est certainement un acte complexe tout comme est également complexe le concept de « prétention » y relatif. Il y a, tout d'abord, prétention et prétention. Toutes les prétentions ne sont pas considérées comme « juridiques » dans le langage courant : certaines sont même considérées comme nettement anti-juridiques ; d'autres peuvent être qualifiées de franchement absurdes, comme par exemple quand on dit « Quelle prétention ! ».

Il convient d'en tenir compte dans la tentative, que je me propose de réaliser, de fonder la théorie du « droit » sur le concept de « prétention ».

Le voleur qui m'attend dans une rue esseulée « prétend » obtenir mon argent. Le créancier qui m'a prêté un somme « prétend » en obtenir le remboursement. La première prétention est considérée comme anti-juridique dans tous les pays du monde ; la deuxième est considérée partout comme juridique. En quoi ces deux prétentions diffèrent-elles ? Il me semble que la différence la plus évidente réside dans le fait que tous, sans exclure non plus les « voleurs », prétendent, à quelques exceptions négligeables, à n'être volés par personne, tout comme tous, à nouveau à quelques exceptions négligeables, prétendent à être remboursés des sommes qu'ils ont prêtées (y compris ceux qui se comportent envers leurs créanciers comme des débiteurs de mauvaise foi). Le voleur ou le débiteur de mauvaise foi exercent donc envers leurs propres victimes une « prétention » spéciale qui est en contradiction avec celle commune, et en particulier avec celle que, eux-mêmes, exercent à l'égard de tous les autres individus possibles qui voudraient se comporter avec eux comme des voleurs ou comme des débiteurs de mauvaise foi.

Les auteurs de la théorie normativiste pourraient observer à ce point que ce qui nous permet de parler de « contradiction » entre les prétentions normales et les prétentions spéciales est en réalité l'existence d'une norme (par exemple : ne pas voler ou rembourser ses dettes) qui est tour à tour respectée ou violée – contradictoirement – par le voleur ou le débiteur de mauvaise foi. On peut toutefois répondre à cette observation qu'il n'est pas nécessaire de faire

l'hypothèse de l'existence d'une norme de type kelsénien pour établir la contradiction.

La notion classique d'*id quod plerumque accidit* semble tout à fait à même de suggérer quelle est la vraie nature de la « norme » ou de la « règle » à laquelle on fait référence pour distinguer les prétentions communément considérées comme « anti-juridiques » de celles communément considérées comme « juridiques ». La probabilité statistique qu'un passant se transforme en un voleur dès qu'il croise un autre passant sur une rue esseulée est relativement modeste et de toute façon inférieure à la probabilité contraire, dans toutes les sociétés destinées à durer, telles qu'elles le sont, pour un laps de temps raisonnable. La même considération vaut aussi pour la probabilité statistique que celui qui contracte une dette n'ait en réalité pas l'intention de la rembourser. S'il en était autrement (et dans tous les cas où ça ne l'est pas), ce qu'on peut appeler la « société » ne fonctionnerait pas : le proverbe populaire russe d'après lequel « là où tous volent, personne n'est un voleur » est vrai du moment où tous volent, le postulat de départ pouvant fonder un vol n'existe même pas puisque la communauté organisée n'existe pas. La prétention que nous avons appelée « spéciale » n'est statistiquement pas probable, il s'agit donc d'une exception à la règle (dans le sens de « regula », ou description d'événements d'après un schéma), et représente ainsi une contradiction en tant que cas particulier.

Ainsi, dans la prétention du créancier d'être remboursé de l'argent prêté ou dans celle du passant de ne pas être volé, il y a une prévision relative au comportement le plus probable d'autrui, dans la société à laquelle chacun d'eux appartient, dans sa qualité de créancier ou simplement dans celle de passant qui vient à se trouver dans une rue peu fréquentée.

Naturellement, le jugement de probabilité ou de « probabilité majeure » formulée par le créancier ou par le passant quant au comportement du débiteur ou des autres passants, ne suffit pas à recouvrer entièrement la « prétention ». La « prétention » de ceux-là implique certes toujours une prévision, mais elle est quelque chose de plus que la prévision.

On ne peut pas dire de l'astronome qui prévoit une éclipse qu'il la « prétend » : s'il le faisait, notre astronome ne resterait probablement pas longtemps dans son observatoire, parce que quelqu'un s'occuperait de le faire interner.

Il existe également d'autres composants de la prétention. Tout d'abord : l'intention (de la part de celui qui prétend) de déterminer le comportement d'autrui, objet de la prétention, si ce comportement n'était pas spontanément adopté par la personne ou par les personnes en question. Le comportement objet de prétention est donc considéré non seulement probable, mais aussi déterminable avec l'un ou l'autre genre d'intervention de la part de celui qui y

prétend. Un fait nécessaire n'est pas objet de prétention ; tout comme – en tout cas selon la règle – n'est pas objet de prétention, à l'opposé, un comportement impossible à déterminer. L'intervention de celui qui prétend est concevable de différentes manières, et la gamme des « interventions » de ce type est pratiquement infinie : le conseil, l'exhortation, la désapprobation, la menace, l'acte direct ; « celui qui prétend » peut user en hypothèse de tous ces moyens pour obtenir le comportement auquel il prétend. De plus, l'utilisation de ces moyens peut être transmise à d'autres par celui qui prétend, et peut être, à son tour, objet d'une nouvelle prétention à l'égard de ceux-ci : ce qui implique, tout d'abord, que celui qui prétend de la part d'autres qu'ils usent des moyens adéquats pour susciter le comportement originellement sollicité formule des prévisions sur l'usage de ces moyens, à sa requête, de la part des autres, et qu'il considère cet usage majoritairement probable à leur non-usage. Celui qui prétend (dans une société organisée) à un comportement d'autrui réalise au moins implicitement toute une série de prévisions (certaines d'entre elles sont indirectes et conditionnées à la non-réalisation des autres) et est prêt à exercer toute une série de prétentions correspondantes, également à l'égard de destinataires différents de celui originel, dans le but de susciter au final le comportement originellement prétendu ou, au moins, de susciter un autre comportement considéré comme substitutif à celui originel. Au jugement de probabilité que le comportement originellement prétendu se réalise spontanément s'ajoute ainsi, pour celui qui détient la prétention, un jugement sur la probabilité que son intervention auprès d'autres personnes, directement ou indirectement, puisse susciter le comportement originellement sollicité. Celui qui prétend considère, en bref, de « pouvoir » susciter le comportement d'autrui, même s'il ne dispose pas pour cela – en tout cas directement et seul – de tous les moyens nécessaires. Il est ainsi implicite que dans la prétention se trouve un jugement positif sur son propre « pouvoir » de la faire satisfaire, considérant ce « pouvoir » comme la possibilité de susciter directement ou indirectement, seul ou de concert avec d'autres, un élément de comportement de la part de quelqu'un. Dans ce sens, même les « prophètes désarmés » détiennent du « pouvoir » et, dans les sociétés organisées, même le plus humble des individus ; celui qui ne jouit que d'un statut juridique inférieur aux autres a une forme de pouvoir grâce à laquelle il peut faire valoir ses prétentions.

Le normativiste soulignera à ce stade que celui dont le comportement est objet de « prétention » aura donc une « obligation » (un Sollen) correspondant et que, ainsi, dans la présente analyse, le concept de Sollen finit par résumer un élément manifeste.

Il est toutefois opportun que notre hypothétique normativiste arrête son attention sur ce qui suit :

1) La précondition logique, dans l'analyse ici proposée, n'est pas le concept d'« obligation » mais celui de prétention avec l'effet que le concept

d'« obligation » non seulement ne constitue pas la partie protagoniste qu'il revêtait, au prix de contradictions insupportables, dans la théorie normativiste, mais en plus soit totalement dépendant du concept de « prétention ». Ainsi, il n'y a pas, par exemple, de possibilité d'imaginer une obligation du débiteur s'il n'existe pas en première intention une prétention de la part du créancier. De plus, en général, là où personne ne « prétend », il n'y a en réalité pas d'« obligations » de genre communément considérées comme « juridiques », quand bien même il est possible, également dans ces cas, d'imaginer l'existence et la permanence des obligations de nature morale.

A ce propos, il y a une évidente analogie entre les actes communément considérés comme juridiques et ceux communément considérés comme économiques. Une « économie » qui voudrait se fonder sur le concept d'« offre » pour faire dépendre de ce concept celui de « demande » n'aurait pas de sens, puisqu'on offre seulement ce qui est ou peut être demandé, dans la mesure où le bien demandé a une valeur pour celui qui le demande. Le fait que la demande puisse être stimulée par les offrants, par exemple au moyen de la publicité commerciale, ne permet pas non plus d'ignorer que le bien offert pourra devenir objet d'échange seulement s'il est effectivement demandé : la demande précède logiquement l'offre, même là où les potentiels offrants s'efforcent de susciter la demande.

De manière analogue, un ordre juridique basé sur des obligations auxquelles ne correspondent pas de prétentions n'aurait pas de sens, même si les prétentions pouvaient occasionnellement être stimulées par l'endossement spontané des obligations correspondantes³.

Cela advient parce que celui qui prétend sur un plan juridique se trouve dans une situation de fait analogue à celui qui demande un bien sur un plan économique : dans les deux cas, celui qui demande et, respectivement, celui qui prétend, donne une évaluation positive, en termes d'intérêt propre (ou pour les intérêts de ceux pour qui il demande ou prétend), des biens et des comportements demandés ou prétendus. La prétention, tout comme la demande, ne surgissent pas du néant mais ont une origine dans cette évaluation, et certainement pas dans une offre ou dans une « obligation » préexistante.

2) Il existe un autre aspect de la dépendance de l'« obligation » communément considérée comme juridique à la « prétention » : celui qui satisfait à la prétention d'autrui et donc assume une « obligation » correspondante, s'attend à une correspondance analogue, dans tous les cas analogues de celui ou de ceux qui exercent alors leur prétention à son encontre, et dont le comportement peut à son tour être objet de prétentions de la part de ceux qui

³ Comme cela advient lorsque le comportement d'un titulaire d'un droit, comportement qui ne consiste qu'en le fait de supporter un comportement d'autrui contraire à son droit, donne lieu à une prescription acquisitive en faveur d'autrui.

s'obligent alors. Cette expectation de la part de celui qui assume une obligation juridique est présente et opérante non seulement dans ce que les juristes dogmatiques appellent les « relations juridiques bilatérales », mais dans tous les rapports juridiques dans lesquels sont créées ou maintenues des situations de complémentarité ou de simple compatibilité entre les comportements des individus qui appartiennent à la même communauté organisée : la différence consiste uniquement dans le fait que, alors que les « relations juridiques bilatérales » impliquent des expectations et des prétentions correspondantes les unes avec les autres, dans les autres rapports il y a, à la limite, des expectations de tous à l'égard de tous, c'est-à-dire des prétentions de tous à l'égard de tous, qui ne peuvent être satisfaites que si chacun se conforme aux prétentions de tous.

3) Aux prétentions juridiques peuvent correspondre, même si elles ne correspondent pas nécessairement, des « obligations » communément admises comme étant morales. Ces dernières, compte tenu de ce qu'on a dit ci-dessus à propos de l'autonomie et de l'impossibilité de réduire le concept d' « obligation » morale, ne dépendent pas logiquement des prétentions, et ne leur correspondent pas non plus, et peuvent continuer à subsister même en carence d'une prétention correspondante. Dans ce cas, par ailleurs, nous n'avons absolument pas la confirmation du point de vue normativiste, puisque les « obligations » dont il est question ne sont pas considérées comme « juridiques » mais, justement, morales. Le monde des obligations considérées « morales » sous-tend en grande partie, si ce n'est dans toutes les sociétés qui nous sont connues, le monde des prétentions juridiques et n'est pas réductible à celles-ci. Il est à peine nécessaire d'ajouter que les prétentions juridiques ne peuvent pas non plus être réduites conceptuellement à leurs obligations correspondantes, de nature morale, qui le sous-tendent. En effet, on ne prétend pas à quelque chose uniquement parce qu'autrui ressent une obligation correspondante, même si, comme on l'a déjà mentionné, le fait que certains assument une obligation peut occasionnellement agir comme stimulant des prétentions de la part d'autres.

C'est peut-être précisément cette co-extensibilité, au moins entre certaines limites, du domaine des prétentions juridiques et de celui des obligations morales, qui a peut-être induit les normativistes à tenter de réduire le concept du « droit » au « Sollen ». Mais ils n'ont pas senti que le terme Sollen était trop générique pour permettre une vraie compréhension de la nature des deux types d'obligations, à savoir celle « juridique » et celle morale.

Sollen, en plus d'être un substantif est, comme chacun le sait, également l'infinitif du verbe « devoir » : mais l'infinitif du verbe « devoir » est un instrument très rudimentaire et insuffisant pour comprendre les significations, assez éloignées les unes des autres, que ce verbe peut revêtir lorsqu'il est conjugué.

Ainsi, lorsque l'expression « je dois » peut faire référence à l'obligation

morale, l'expression « tu dois », lorsqu'elle n'est pas destinée à soi-même, comme dans son usage kantien, ou quand on ne l'adresse pas à autrui pour lui rappeler ce qu'il considère, en accord avec lui-même, comme son « devoir » moral, peut signifier : « moi je prétends de toi », et cette expression, avec son nouveau sujet, nous fait immédiatement penser à la priorité logique de notre « prétention » sur l'« obligation » correspondante d'autrui, alors que l'utilisation du terme Sollen ne le souligne pas⁴.

Du reste, on pourrait également imaginer une correspondance constante entre les prétentions juridiques et les obligations morales (comme on dit, ou on rêve, que c'était le cas, ou aurait été le cas, dans les « sociétés primitives »), sans pour cela être forcé de confondre la sphère des prétentions avec celle des obligations correspondantes, et sans, en outre, pouvoir ou devoir réduire les premières aux secondes. On pourrait même aller plus loin et imaginer que les comportements considérés comme plus probables par celui qui détient la prétention (et c'est bien en cela, nous l'avons vu, que réside la différence entre les prétentions communément considérées comme juridiques et celles communément considérées comme anti-juridiques) le soient justement parce qu'ils correspondent à des convictions morales diffuses : l'existence des « obligations » morales permettraient, dans cette hypothèse, la réalisation des prévisions implicitement contenues dans la prétention. Mais, en tant que telle, ni la distinction entre les prétentions (juridiques) et les obligations morales, ni l'hypothèse susmentionnée, ne permettraient de « réduire » les prétentions aux « obligations » juridiques.

Enfin, il faut relever que le concept de « prétention », au sens tel que défini aujourd'hui, rend possible non seulement la distinction entre le « droit » et la « morale », mais aussi celle du « droit » des autres genres d'activités qui se déroulent selon des normes (éventuellement soutenues par des « sanctions ») mais pas selon des « prétentions ». Par exemple, la règle orthographique selon laquelle le mot « cœur » s'écrit avec un c plutôt que, disons, avec un q, ne correspond en elle-même à aucune prétention. Celui qui écrit cœur avec un q peut prêter à sourire, et cela peut être considéré comme une sanction de son erreur, tout comme je peux rire du présentateur radio qui commet un lapsus ou la vieille actrice qui s'habille comme une adolescente et se maquille comme un camion. Mais aucun de ces comportements, en tant que tels, sont objet de « prétentions » de ma part, même si cela peut arriver dans certains cas particuliers. Ainsi, par exemple, je prétendrai de ma secrétaire à qui je dicte un courrier qu'elle écrive dans ce courrier « cœur » avec un c : mais dans un tel cas je n'invoquerai pas directement la norme orthographique, mais le contrat qui me

⁴ Il est intéressant de remarquer comme le verbe devoir, à tout le moins dans les langues européennes (dans celles néolatines, celles germaniques et celles slaves), est utilisé aussi pour exprimer la forte probabilité : comme lorsqu'on dit « ce livre doit être sur ma table ». Rien que cet usage linguistique semble nous révéler le rapport entre la prétention (exprimée dans le verbe devoir à la troisième personne) et la probabilité du comportement objet de prétention.

lie avec celle que j'ai engagé pour écrire mes courriers et qui lui impose de suivre les règles orthographiques dans son travail. Ma « prétention » à l'écriture correcte du mot « cœur » n'est ainsi pas « orthographique », mais « juridique », dans la mesure où elle se base sur le contrat de travail qui me lie à ma secrétaire. C'est d'autant plus vrai que, lorsque ma secrétaire rentre chez elle et écrit un courrier à son amoureux, elle pourrait utiliser, en ce qui me concerne, l'orthographe qu'elle veut et, par exemple, écrire si elle le souhaite cœur avec une q, sans que je n'exerce aucune « prétention » en la matière.

Sur la base de ce qui a été évoqué jusqu'à maintenant, le concept pourrait réduire le terme du droit, dans le sens couramment utilisé, à ce qui pourrait se définir la demande d'un comportement de la part d'autrui correspondant à un intérêt propre (ou à l'intérêt d'un tiers, au nom et pour le compte duquel nous formulons la requête) et considéré en outre comme probable – à tout le moins plus probable que d'autres – dans le cadre d'une communauté organisée à laquelle nous appartenons tous deux (nous et la personne dont le comportement est objet de prétention), de même que déterminable ensuite d'une intervention (auprès de cette personne ou auprès d'autres) sur la base d'un pouvoir dont nous, qui formulons la requête, nous considérons titulaires.

Celui qui exerce une prétention peut évidemment se tromper, tant dans l'évaluation de son propre intérêt que dans celle de la probabilité du comportement prétendu, ou dans celle de la détermination de ce dernier sur la base de l'intervention, c'est-à-dire (et c'est la même chose) sur l'évaluation de son propre pouvoir de susciter ledit comportement. Mais les erreurs commises par celui qui exerce une prétention sur la nature propre de la prétention n'ont que peu d'incidence sur la théorie du droit comme prétention : celui qui exerce une prétention, même s'il se trompe sur la nature même de sa prétention, se comportera, ou tendra à se comporter, comme sujet d'une prétention juridique, même si d'autres, appartenant à la même communauté organisée, ne partagent pas son opinion.

Une théorie du droit comme prétention ne doit donc pas nécessairement se tenir à la théorie de certaines prétentions à l'exclusion d'autres : la théorie admet impartialement le fait que les individus exerçant des prétentions puissent se tromper et, par conséquent, que leur prétention – quoi qu'ils en pensent – puisse ne pas être compatible avec la majeure partie des prétentions analogues et avec les « obligations » correspondantes. Dans cette marge d'erreur réside la nature muable et problématique du « droit » qui, considéré sous sa lumière dynamique, est une continuelle série de tentatives effectuées par les individus lorsqu'ils prétendent à un comportement d'autrui et qu'ils se basent sur leur propre pouvoir de déterminer ce comportement, quand bien même il n'était pas spontané. Chaque individu peut avoir une idée rudimentaire des comportements probables des autres individus et des connexions entre ces comportements et les siens propres : la prétention de chaque individu contient, au moins de

manière embryonnaire, l'idée d'un « ordre juridique » complet (entendu comme convergence ou comme échange, à tout le moins comme connexion des prétentions) qui peut coïncider, ou non, avec les idées analogues contenues de manière embryonnaire dans les prétentions d'autrui : connexion, convergence et échange qui sont inévitablement limités et muables, malgré les jalons posés pour régenter toute communauté organisée (par exemple par l'intermédiaire du travail des avocats ou celui des juges ou des législateurs) dans la propagation d'idées déterminées sur ce qui doit être compris comme « ordre » des prétentions et des obligations correspondantes.

À nouveau, l'analogie avec le processus économique peut nous venir en aide : les individus qui demandent et ceux qui offrent des biens ou des services sur le marché exécutent une série interminable de tentatives, basées sur l'idée plus ou moins rudimentaire que chacun se fait des offres et des demandes correspondantes : le processus économique résulte de la convergence, de la connexion et de la rencontre de nombreuses demandes (et leurs offres correspondantes) formulées par de nombreux individus. Or la convergence, la connexion et la rencontre sont elles aussi limitées et muables (la demande ne rencontre en effet pas toujours l'offre correspondante) malgré les techniques régissant toute communauté organisée (par exemple par l'intermédiaire du marché, ou la direction centrale de la production et de la consommation) pour aider la rencontre des demandes et des offres.

Il convient maintenant de tenter une délimitation du concept de « politique » et du rapport dans lequel ce concept se trouve avec celui de droit.

À ce sujet, on rappellera l'un des concepts que nous avons indiqué être implicite dans la « prétention » : celui du pouvoir.

La polémique aujourd'hui très vive sur la nature de l'activité politique se concentre – comme chacun le sait – sur deux concepts fondamentaux, considérés au centre de deux méthodologies qui s'excluent mutuellement : le concept d'« État » et celui de « pouvoir ». La politique est, pour les uns, l'activité qui se tient par l'État ou pour l'État et, pour les autres, l'activité que les individus déploient, pas nécessairement pour ledit État, à chaque fois qu'ils entrent en relation de pouvoir avec d'autres individus. Pour les partisans d'une étude de l'activité politique qui se déploie de manière autonome quant à la systématique de la dogmatique jurisprudentielle, la méthodologie basée sur le concept de « pouvoir » est plus propice et fructueuse que celle basée sur le concept d'État.

Pour ma part, je ne crois pas que le concept d'État soit nécessairement plus limité, ou disons exclusif, que celui du pouvoir. Il existe en effet une acception du terme État, peut-être plus proche de son étymologie que d'autres, qui appert autrement plus chargée de la notion de pouvoir en tant qu'elle inclut ce concept en s'y référant d'une manière spécifique. Naturellement, je ne fais pas

référence ici à un concept d'État dans le sens où un tel concept peut être élaboré par la dogmatique jurisprudentielle par l'intermédiaire de l'habituel recours au dogme de la « souveraineté » et à d'autres constructions familières aux juristes comme par exemple la « personnalité juridique », la « corporation » et ainsi de suite. Je ne fais pas non plus référence au concept nominal d'« État » soulevé par la théorie kelsénienne, dont j'ai eu l'opportunité de critiquer directement la tentative de réduire toute considération « non-juridique » de l'État à la considération « juridique » et en particulier au concept d'« ordre » comme ensemble de normes de type kelsénien.

Je pense que l'« État » doit se comprendre avant tout comme il a probablement été compris par les Romains, puis par Machiavel lorsqu'il a introduit le mot – sans autre détails – dans la terminologie politique moderne : l'état est une situation.

Le concept de « situation » est en réalité si inclusif qu'il permet de couvrir les significations qu'on attribue au terme « État », même si elles sont apparemment contradictoires, comme par exemple par ceux – c'est le cas récemment de Smend – qui y ont lu exclusivement le concept de statut juridique (comme dans l'expression médiévale « stato franco ») ou, au contraire, par ceux – c'est le cas de Burckhardt à propos de la notion de renaissance de l'État – qui y ont lu la position d'une domination et de force dont jouit une fraction de personnes ou un groupe à l'égard de toutes les autres personnes appartenant à la communauté en question (dans ce sens, Guichardin parle du fait de tenir les républiques « pour l'usage des États »).

D'autre part, il y a peut-être une raison précise pour laquelle l'antique terme de « status », utilisé par les Romains de l'époque classique et de celle postclassique uniquement en relation avec d'autres termes en fonction de complément de spécifications (par exemple « status reipublicae »), a fini par être utilisé sans autre ajout de termes dès Machiavel et ensuite (bien que, à mon avis, pas sur invention de Machiavel, qui ne se préoccupe pas de présenter le terme « état » comme un néologisme, ni même de le définir puisqu'il savait que ses lecteurs le connaissaient évidemment déjà) pour désigner la « situation » par excellence, situation de laquelle, dans un certain sens, découlent toutes les autres situations impliquant des rapports humains : celle envers des amis et envers des ennemis, celles concernant les relations ordinaires de la vie quotidienne et celles liées aux grandes décisions desquelles dépendent, au final, comme dans le cas de guerres ou de révolutions, le destin terrestre de tous ou de la majeure partie des individus : la situation des situations, ou, d'un seul mot, la situation, c'est-à-dire justement l'« état »⁵.

⁵ Personne ne songerait à appeler « état » un sujet d'actions, ou un ensemble d'actions, en tant que tels ; il n'est donc pas surprenant que les nombreux théoriciens de l'État aient conçu ou conçuient, au contraire, ce qui s'appelle communément « l'État » comme un ensemble d'individus agents.

Bien sûr, il existe situations et situations : situations de guerre ou d'insécurité et de désordre, durant lesquelles la vie et les biens de tous ou de beaucoup sont en péril, et situations de paix, de sécurité et d'ordre, durant lesquelles les biens considérés comme fondamentaux pour chaque individu, ou pour la majeure partie d'entre eux, sont respectés, protégés et garantis. Mais le fait que le terme « État » (sans autres ajouts) ne se réfère au final qu'à ce dernier type de situation n'a pas de fondement linguistique. Tout comme les autres mots, le mot État sans autres ajouts n'a pas en soi une signification exclusivement positive, comme l'a le mot fortune, ou le mot gloire, etc⁶.

Il n'est donc pas surprenant que l'utilisation générale du mot État – sans autres ajouts – soit liée à une « situation » de paix, d'ordre et de sécurité, c'est-à-dire une situation positive, universellement appréciée et appréciable, au contraire d'une situation de guerre, d'insécurité et de désordre que les individus, ou à tout le moins ceux qu'on dit « civilisés », considèrent comme largement inférieure et plus désagréable, et qu'ils tendent de plus à considérer comme anormale et exceptionnelle.

Mais la différence entre les deux « situations » ou, mieux, entre les deux états n'est pas seulement celle mentionnée ci-dessous : il y a un autre aspect pour lequel la situation considérée anormale, et celle considérée normale (l'« État ») se distinguent immédiatement : la situation « normale » implique l'existence d'une constellation de « pouvoirs » entre les individus en question, là où la situation « anormale » ou de guerre implique non seulement une situation de pouvoir mais aussi une situation de force entre ceux qui combattent. Dire, comme on le fait souvent, que les « États » sont basés en premier lieu sur la force est une erreur, même si souvent les États sont basés sur la peur que l'usage de la force peut susciter à tous ou à la majeure partie des individus. Les situations de force sont en réalité exceptionnelles dans les « États » et concernent uniquement une partie, souvent négligeable, des individus : par exemple ceux qui sont traités comme des « criminels » et enfermés en prison ou privés de vie. Par contre, les situations de force sont normales dans l'état de guerre, où on n'entend pas décourager l'ennemi par la menace de l'usage de la force mais bien en utilisant la force pour éliminer l'ennemi du champ. Mais quand l'ennemi vaincu se rend, le rapport de force tend à disparaître et alors le rapport classique de tous les « États » (situations) normaux peut revenir : le rapport de pouvoir. Pouvoir du propriétaire sur l'esclave, du colon sur les populations asservies, des vainqueurs sur les vaincus, ou, comme dirait de manière générale Aristote, de ceux qui commandent sur ceux qui obéissent. L'État est donc une situation de

⁶ Il existe du reste de nombreux témoignages de l'utilisation du terme État avec d'autres significations uniquement positives dans les langues des principales peuplades européennes : dans la Bourgogne du XV^e siècle, on appelait estat le fantaisiste et élégant chapeau des dames (i dam de condision, dira Porta en dialecte milanais au XIX^e siècle), symbole, justement, de leur haut statut, et qu'aucune femme du peuple n'aurait osé porter ; alors que dans l'anglais de Shakespeare on trouve louée, car pleine de « state » (c'est-à-dire de décorum et de gravité, propres à la haute condition sociale de qui la pratiquait), une danse aristocratique.

pouvoir ou, mieux, une constellation, souvent très complexe, de pouvoirs, lesquels, il convient de le noter, ne s'exercent jamais dans une seule direction, parce que ceux qui obéissent obtiennent, ou finissent par obtenir, à leur tour, l'obédience, et ceux qui commandent consentent, ou finissent pas consentir, à l'obédience, au moins dans un certain cadre et dans certaines limites, à l'égard de ceux qui normalement ne commandent pas mais obéissent. Il semble qu'Aristote (quand bien même il ait offusqué l'un ou l'autre chercheur par son caractère « réactionnaire ») doit se voir attribuer un grand mérite pour avoir souligné le fait que même l'esclave a – ou peut avoir – un intérêt à être tel et qu'ainsi il existe – ou peut exister – un rapport de complémentarité entre les comportements de l'esclave et de ceux du propriétaire, tout comme il existe ou peut exister un rapport de complémentarité entre les comportements de tous ceux qui se présentent, dans une communauté organisée, comme *arkoi*, pour utiliser la terminologie aristotélicienne, et tous ceux qui, en face, se présentent comme *arkomenoi*.

Toutefois et sauf erreur de ma part, Aristote n'a pas relevé le fait qu'un tel rapport de complémentarité ne peut subsister sans que, d'une manière ou d'une autre, les *arkomenoi* deviennent des *arkoi* à leur tour, et que les rapports de pouvoirs soient, dans une certaine mesure, interchangeables. Le phénomène de l'« échange » du pouvoir est, justement et si je ne me trompe pas, à la base des « États », même si un tel échange a jusqu'ici été très peu étudié et la notion même d'« échange de pouvoir » a été ignorée non seulement des chercheurs en politique mais aussi oubliée ou tout simplement écartée par les chercheurs en économie, lesquels s'occupent bien de l'échange de marchandises ou de services, mais pas d'échange de « pouvoir » qui, en définitive, fonde la base de tout autre échange⁷.

Ceux qui, déjà à l'époque classique, ont imaginé l'État comme originaire d'une *simmachia*, c'est-à-dire d'une alliance entre les individus, ou combinaison de « forces » sur le plan militaire, ont eu une vision insuffisamment approfondie du rapport avec lequel les « États » se fondent, à savoir les situations de paix : la *simmachia* implique en effet un « échange de forces » contre l'ennemi commun, mais même cet échange, tout comme tout échange de nature économique (à savoir de biens et de services ayant un prix) présuppose à l'origine un échange de pouvoirs, sur la base duquel les sujets de la *simmachia* ont la possibilité de fonder mutuellement leur comportement de combattants contre l'ennemi

⁷ Certains économistes tendant à considérer les rapports de pouvoir comme irréductiblement différents des rapports économiques, et comparables à ceux que les joueurs ont entre eux lors d'une partie à fin égale, où celui qui gagne prend la somme correspondante à qui perd. De manière analogue, d'après ces économistes, celui qui fait l'acquisition de pouvoir en soustrait autant à d'autres, alors que dans l'échange des biens ou des services on obtient un résultat positif (création d'utilité) pour les deux sujets du rapport d'échange. J'ai déjà eu l'occasion ailleurs de critiquer cette conception qui ne tient pas compte du fait que le pouvoir aussi peut être matière d'échange et, en tant que tel, donner lieu à une création d'utilité pour chacun des sujets de l'échange, comme justement c'est le cas pour les *arkoi* et les *arkomenoi* aristotéliciens.

commun : l'échange de force présuppose bel et bien l'échange des pouvoirs, mais ne doit pas être confondu avec ce dernier : la *simmachia* présuppose l'« État », mais n'est pas l'État.

L'État est donc contenu de manière embryonnaire dans le premier couple d'individus qui s'échangent, si l'on peut dire ainsi, le pouvoir de se faire respecter, et en particulier de faire respecter l'un ou l'autre bien qu'ils considèrent fondamentaux, et sans l'aide desquels les individus eux-mêmes ne pourraient parvenir à aucune de leur fin, ni même survivre. Cet échange crée une « situation » de sécurité et de prévisibilité dans les rapports entre les individus en question : dans la « situation » de pouvoir ainsi instaurée, chaque individu peut désormais formuler des prévisions sur les comportements plus probables de l'autre ou des autres individus ainsi que des prévisions sur l'efficacité d'une éventuelle intervention de sa part pour susciter lesdits comportements, dans l'hypothèse où ils n'étaient pas adoptés spontanément. La « situation », en bref, permet que se manifestent les prétentions juridiques, lesquels ont du sens et peuvent être satisfaites parfaitement uniquement quand la « situation » de pouvoir dans laquelle se trouvent les individus le permet. Cette situation, tout comme les prétentions, est continuellement en mouvement : on peut parler d'une série de situations, dont la mutation peut être graduelle, mais aussi impromptue, comme par exemple lorsque par un effet de profond changement les pouvoirs respectifs des individus se transfèrent de l'un à l'autre partiellement et de manière variable. Un individu qui perd tous les pouvoirs devient étranger à la « situation » : les biens qu'il considère comme fondamentaux peuvent être détruits par les autres individus ; naît alors pour lui une autre « situation », celle de la guerre. Mais si l'individu maintient au moins le pouvoir de faire respecter par les autres, à certaines conditions, les biens ou à tout le moins ceux qu'il considère avec les autres individus comme fondamentaux, alors l'individu en question appartiendra à l'« État » et la différence entre son pouvoir et celui des autres individus sera uniquement une affaire de rang.

Le fait de considérer le « pouvoir » des gouvernants comme un pouvoir de type avant tout politique est une caractéristique commune des théories de la politique fondées sur le concept de pouvoir. Sur la base de la conception que nous avons définie ci-dessus, le pouvoir des gouvernants apparaît par contre comme un sous-ensemble du pouvoir propre de chaque individu qui fait partie de la « situation ».

Cette conception permet de distinguer le pouvoir « politique » de tous les autres : le pouvoir politique est précisément la possibilité d'obtenir le respect, la sauvegarde et la garantie de l'intégrité et de l'usage des biens que chaque individu considère comme fondamentaux et indispensables à sa propre existence : la vie, la possession de certains moyens pour préserver la vie, la possibilité de fonder une famille et de préserver la vie de ses membres, et ainsi de suite. Il n'y a pas de communauté organisée stable, ni même de communauté

féroce et égoïstement dirigée par un tyran, où on ne peut obtenir de la part de chacun, au moins à certaines conditions, un minimum de respect, de garantie et de sauvegarde de la jouissance de ces biens ; c'est-à-dire un minimum de pouvoir « politique ». Bien sûr, ce « pouvoir » sera défini dans les sociétés les plus évoluées, par l'intermédiaire d'assertions linguistiques à caractère général (par exemple une charte de droits ou de normes constitutionnelles d'un État moderne), mais ces assertions ne seront rien d'autre que la formulation plus ou moins précise de la « situation » de pouvoir politique existant entre les individus : retenir, avec Kelsen, que ce sont les normes qui permettent de distinguer le pouvoir « politique » d'un côté et tous les autres types de pouvoir de l'autre signifierait vouloir imaginer que les normes ont justement la fonction d'exprimer, et non de créer, la situation, même s'il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'imaginer une situation de pouvoir politique sans admettre une quelconque assertion linguistique de ces rapports de pouvoir en lesquels consiste, justement, la « situation ».

L'activité politique est donc l'activité des individus dans la sauvegarde de certains biens considérés par chacun comme fondamentaux, en tant que leur jouissance est à la base de tout : ce qui n'exclut pas du tout, hypothétiquement, que certains individus aient davantage de pouvoir que d'autres, et donc davantage de sauvegarde par rapport à d'autres des mêmes biens, ou qu'ils jouissent de sauvegarde sur des biens que d'autres individus ne parviennent pas à sauvegarder dans la situation à laquelle ils appartiennent. Mais le plus grand pouvoir politique de ces individus sera toujours, d'une manière ou d'une autre, connecté au pouvoir de tous les autres et il concernera en dernière analyse la sauvegarde de biens que tous les individus appartenant à la « situation » considèrent comme fondamentaux.

Il n'est pas ici de mon devoir d'affronter le problème des modes par lesquels la politique s'exerce, tout comme il n'est pas de mon devoir d'examiner les modes par lesquels l'activité juridique se tient.

Le but de cet essai était en effet de délimiter au moins sommairement comment l'activité juridique et l'activité politique pouvaient se définir : cette dernière est antérieure à la première. Tout comme est antérieur le respect de toute autre espèce d'activité qui implique des rapports entre plusieurs individus appartenant à la même « situation ». Sur le postulat de la « situation », ou de l'« État » comme ensemble de rapports de pouvoirs (politiques) entre les individus, on peut exercer des prétentions. Celles-ci sont « juridiques », c'est-à-dire correspondent à une activité communément considérée comme « juridique » quand elles sont exercées à propos de comportements considérés comme probables dans la « situation » à laquelle appartient celui qui détient la prétention et considérés comme utiles par cette même personne.



Impressum

Institut Libéral
Place de la Fusterie 7
1204 Genève, Suisse
Tél.: +41 (0)22 510 27 90
Fax: +41 (0)22 510 27 91
libinst@libinst.ch

Les publications de l'Institut Libéral se trouvent sur
www.libinst.ch.

Disclaimer

L'Institut Libéral ne prend aucune position institutionnelle.
Toutes les publications et communications de l'Institut
contribuent à l'information et au débat. Elles reflètent les
opinions de leurs auteurs et ne correspondent pas
nécessairement à l'avis du Comité, du Conseil de fondation
ou du Conseil académique de l'Institut.

Cette publication peut être citée avec indication de la source.
Copyright 2013, Institut Libéral.