

LA JUSTICE COMME LIMITÉITÉ

JEAN-JACQUES SARFATI*

ABSTRACT. *Justice and Its Limitedness.* This text proposes to reconcile the theory of justice. He wants to found a new theory of justice and ethics based no longer on the principles or on norms but on this concept. Jean-Jacques Sarfati has developed the studies of this concept of limits in other texts not published yet. He thinks that the works on "feelings" as "shame" for example is an interesting way to discover the enigmatic sense of limits, which is, in his opinion, one of the best way to find justice.

Keywords: *law, justice, rules, limits, philosophy of law.*

RÉSUMÉ. La philosophie politique et juridique contemporaine se décompose en deux courants qui ne se parlent guère: la "branche" positiviste qui prétend qu'il faut exclure l'idée de justice du droit car celle-ci n'est, selon elle, que relative. Elle s'oppose aux post-rawlsien qui soutiennent, quant à eux - malgré leurs désaccords internes - qu'un droit injuste est aussi creux qu'un discours faux et qu'aucune société digne de ce nom n'est digne d'exister si elle est injuste. Ce texte tente de réconcilier ces deux approches antagonistes afin de renouer un dialogue entre juristes et philosophes. Dialogue selon lui indispensable pour redonner force à la philosophie politique contemporaine. L'auteur note en effet que ces deux courants opposés - mais majoritaires désormais - ont un point commun : pour eux, aucun social ne peut se penser, ni aucune humanité se construire, si l'on ignore les limites. L'auteur se propose donc de repenser le droit et le juste, non plus seulement autour de l'idée de norme ou celle de juste mais autour de la notion de "limite" qui n'a selon lui pas été suffisamment explorée. La limite serait donc le cœur du droit et constituer ce que la philosophie se devrait d'urgence de repenser ou de mettre en évidence.

Mots clefs : *droit, justice, normes, limites, philosophie du droit*

* *Chargé de cours Grands enjeux contemporains à l'Université Paris Dauphine,
e-mail : jean-jacques.sarfati@wanadoo.fr*

Introduction

La tâche du philosophe politique et du droit est de réfléchir sur les fondements du droit, de la loi ou de la politique. Il y a deux droits : l'idéal et le "réel" ou droit "positif". Notre propos n'est pas, dans cet article, d'interroger le droit tel qu'il est mais de l'envisager tel qu'il devrait être. Cet idéal constitue un horizon à dessiner.

Notre projet, dans ce texte, est de soutenir que la fondation idéale du droit ne peut être autre que la justice et notre idée est de définir celle-ci comme limitité. La limitité s'entend comme le point focal à partir de quoi se légitime l'idée de limite. Nous nous proposerons donc de définir plus en détail ce point- concept de limitité. Les raisons qui nous ont conduit à considérer que ce terme est le plus adéquat qui soit (selon nous) pour définir l'idée de justice sont doubles: a) Le "droit" positif dans sa structure même paraît nous conforter sur son existence et sa nature de fondement indépassable. b) De plus- surtout pour ce qui concerne notre propos dans le présent texte - cette définition permet de réunir les deux conceptions majoritaires aujourd'hui en philosophie du droit et de la justice d'Europe continentale: le positivisme et les théories rawlsiennes et post-rawlsiennes.

Or nous pensons qu'il est difficile de saisir la réalité "effective" et "ontologique" du droit sans interroger et les juristes. Les philosophes doivent, selon nous, réapprendre à communiquer autour d'une philosophie politique et juridique enfin décidée à renouer des liens avec les non-philosophes. Nous considérons de plus, que notre "ultra-modernité"¹ est effectivement en crise car elle rejette à la fois la conception éculée du prétendu contrat social hérité des Lumières mais également parce qu'elle n'adhère pas plus au fondement de la souveraineté établie sur une logique d'héritage. Elle est en crise car elle recherche un méta-fondement légitime pour fonder les concepts essentiels du politique - la justice étant l'un d'eux- (si ce n'est le premier sans doute).

En conséquence, il nous faut donc trouver un fondement au fondement et celui-ci ne peut être que l'accord réel - non fantasmé- des plus avertis sur le sujet aussi divers que soient ces avis.

De ce fait, nous examinerons les théories aujourd'hui dominantes chez les juristes et les philosophes (positivisme et post-rawlisme) sous l'angle de leurs atouts et de leurs manques et nous rechercherons surtout le point convergent autour duquel il paraît envisageable de les réunir. En effet, la définition de la justice que nous proposons se construit à partir des atouts et des manques de ces théories mais surtout à partir de ce sur quoi nul ne peut douter lorsqu'il évoque l'idée de justice, ce même si cet accord repose.

Nous placerons ensuite la théorie proposée sous le « feu » de la lecture croisée avantages/inconvénients, comme nous l'avons fait, pour les deux théories opposées et dominantes. Nous verrons notamment que la doctrine de la justice comme limitité n'exclut pas l'idée de justice distributive, d'équité ou d'égalité, de liberté ou de solidarité.

¹ Y-Ch. Zarka, *Figures du pouvoir. Etudes de philosophie politique de Machiavel à Foucault*, PUF, 2001, p. 92.

Elle considère seulement que les idées en question sont soit des conséquences de la définition proposée, soit des concepts proches de l'idée de justice mais distincts de celle-ci. En conclusion, nous insisterons sur le fait que, tout ayant sa limite, et la justice étant ce qui permet de juger la limite de tout, celle-ci doit se juger elle-même et est limitée. En conséquence, nul ne doit vouloir être juste à l'excès car un tel excès détruit l'idée même de justice.

I) Permanence, avantages et inconvénients des deux courants dominants

A) Avantages et inconvénients des théories positivistes

De nombreux philosophes contemporains mais aussi quelques juristes critiquent le positivisme juridique². Ces critiques sont fondées. Notre propos n'est donc pas ici de défendre les thèses positivistes mais de les écouter. En effet, ces thèses sont respectables. Elles présentent surtout de réels avantages qui ne doivent pas être oubliés.

Si nous nous dispensons de cette écoute, nous risquons en effet d'une part de faire le "lit" d'adversaires plus redoutables que les partisans de cette doctrine qui est légitime en quelques points et d'autre part et surtout de "faire l'impasse" sur les raisons historiques profondes (la réaction à l'absolutisme d'un Filmer ou du décisionisme ambigu d'un C. Schmitt étant une de ces raisons) qui ont motivé l'émergence d'une telle théorie en oubliant également d'interroger par la même les vraies/fausses raisons

² Notamment, A. Renaut, L. Sosoe, *Philosophie du droit*, PUF, 1991. Les deux auteurs écrivent « Tout le courant kelsennien opposant... théorie générale du droit et philosophie du droit, écartant toute discussion sur le droit naturel comme vaine a... gravement contribué à amputer le droit d'une partie au moins de sa dimension critique... » (p. 27). Egalement, Simone Goyard Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, L'interrogation philosophique, 1992. Elle écrit notamment : « les conséquences de cette attitude sont redoutables. D'une part comme il appartient à la loi de définir le juste...elle enferme les normes du droit dans l'ordre positif et elle risque d'incliner vers l'annexion du droit par la politique » (p. 13). De plus, selon elle, dépourvu d'idéalité, le droit devient une pure « technique gestionnaire » ... (p. 13), ou encore « Le positivisme juridique est un anti-juridisme, son concept de droit sous prétexte de neutralité tue le droit » (p. 13). Mais la position de Mme Goyard Fabre est plus nuancée ensuite sur Kelsen car en fin de son ouvrage elle écrit notamment plusieurs mérites à la thèse kelsennienne qu'elle rapproche du kantisme par son souci de pureté et elle écrit « allant à contre-courant, Kelsen dans un temps où croît l'irrationnel, prend la défense de la rationalité dans ce qu'elle a de plus sublime. » (p. 379). Chez les juristes, citons J. Carbone. Ne peut-on lire comme une critique au dogmatisme positiviste les phrases telles que celles-ci : « Les juristes dogmatiques pensent, sinon que tout est droit, du moins que le droit à vocation à être partout, à tout envelopper, à soutenir comme un idéal toute l'univers habité. Il règne chez les juristes dogmatiques, à la fois un idéal et un postulat de panjurisme », in *Flexible droit*, 8^{ème} édition, 1995, p. 23. Ou encore B. Opetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, 1^{ère} ed., p. 141. Dans un texte qu'il intitule « bilan » il écrit : « En définitive...seule importe désormais la découverte de la réalité juridique, non plus la recherche de valeurs...L'utilité prime la justice. L'empirisme efface le dogmatisme ».

invoquées par les adversaires démagogues de cette doctrine qui ont été brutalement écartés et donc faussement peut-être. Ce sont donc les avantages du positivisme qu'il nous faut exposer avant que d'étudier les inconvénients de cette théorie. Mais auparavant, il importe de dire quelques mots, sans souci d'exhaustivité, le concernant.

Le positivisme s'est véritablement affirmé comme doctrine dominante chez les juristes d'Europe continentale au XIX (en Allemagne et en France avec l'école de l'exégèse qui lui ressemble en bien des points) puis surtout au XXème siècle. Différents auteurs le représentent et les plus fameux sont aujourd'hui Hans Kelsen ou Carré de Malberg. Des positivistes français plus modérés ont également soutenu cette doctrine H. Motulsky mais également des italiens comme N. Bobbio notamment.

Malgré leurs spécificités, ces doctrines présentent un point commun : elles placent la norme au centre du droit. Pour le positiviste juridique, l'essentiel du droit est la norme. Ces auteurs se dénomment ainsi positivistes car ce qui les intéresse c'est le « droit positif », c'est-à-dire comme l'écrivaient les juristes français J. Ghestin et G. Goubeaux: «(le) droit appliqué effectivement à un moment donné dans un pays donné»³. Ils ont des points communs avec les positivistes de l'école de Vienne (notamment dans leur désir de proposer une approche scientifique du droit et leur rejet de toute métaphysique.

Mais il est juste de ne pas tout à fait confondre les deux philosophies car elles ne poursuivent pas les mêmes fins⁴. Les positivistes juridiques se caractérisent par le fait, entre autres, que les spéculations sur ce qui est juste ou ne l'est pas, ne les intéressent pas (en tout état de cause lorsqu'il s'agit de s'interroger sur l'être du droit, son "ontologie"). Comme le rappelle Kelsen, pour le positiviste : « une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu » mais « parce qu'elle est créée d'une certaine façon et plus précisément en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée ». C'est donc la forme, non le fond, qui distingue le droit des autres concepts approchant pour le positiviste.

1) Les avantages de ces théories sont liées à ce formalisme positiviste. En effet a) Ces doctrines sont « positives » en ce sens qu'elles étudient le droit, non pas tel qu'il devrait être mais tel qu'il est effectivement. Le positivisme croit à la connaissance « utile » et en ce sens, il est « cartésien »⁵. Ce goût pour la connaissance utile est particulièrement affirmé chez les juristes qui recherchent avant tout l'efficacité et reprochent aux philosophes de ne pas leur offrir des pensées « opérationnelles », immédiatement utilisables pour leur pratique quotidienne.

³ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil*, Tome 1. Introduction générale, LGDJ, 1977, N° 8 et suiv.

⁴ Ainsi notamment, il importe de revenir à ce qu'écrit P. Hack dans le texte précité, note 2. « Russell et les philosophes du Cercle de Vienne ont en commun avec Kelsen une hostilité déclarée à toute prétendue connaissance métaphysique » (p. 52), ou encore « Pour Kelsen, comme pour les philosophes du cercle de Vienne toute véritable connaissance est scientifique » (p. 55).

⁵ Renaut et Sosoe, précités. Les auteurs situent plutôt Kelsen et le positivisme dans la tradition allemande qui, depuis Dilthey, a voulu fonder l'autonomie des sciences de la matière par rapport aux sciences de l'esprit » (p. 355).

De plus, il peut dans de nombreuses situations nous guérir d'un idéalisme salubre le concernant et cette crainte de l'idéalisme est sans nul doute essentielle pour le positiviste et nul ne doit le blâmer à cet effet. b) Malgré cela, le second - et le plus essentiel - des avantages de la philosophie positiviste reste cependant son souci appréciable de neutralité axiologique. Le positivisme juridique s'est construit contre les philosophies du droit qui confondaient, selon lui, philosophie et idéologie, droit et politique. Il avait à son origine pour projet de lutter contre les visions trop marquées du droit. Kelsen écrivait d'ailleurs en préface de sa grande œuvre, dans l'Allemagne de mai 1934, que le droit « pur » s'entendait selon lui comme : « épuré de toute idéologie politique »⁶. Une doctrine qui recherche ainsi, et qui prétend trouver, le moyen de rendre le droit plus neutre ne peut être méprisé. Surtout, lorsque l'on tient compte du fait que, pour la majeure partie d'entre nous, les concepts de justice et d'impartialité entretiennent des liens étroits. Le reproche le plus grave que l'on puisse d'ailleurs faire à une justice serait sa partialité. Nul ne peut donc faire grief à Kelsen de son souci de neutralité, surtout pour qui connaît les circonstances politiques dans lesquelles il fut amené à réfléchir au droit et les adversaires peu reluisants qui furent les siens. L'ambition de neutralité kelsenienne donne une valeur inestimable aux travaux de ce dernier. Cependant, cette thèse ne nous convainc qu'à moitié et nous souscrivons aux différentes critiques qui sont adressées au positivisme.

2) En effet des critiques, selon nous décisives, peuvent être formulées à l'encontre de cette doctrine. a) le premier inconvénient de cette théorie est que, pour clarifier le concept de droit, il lui a fallu appauvrir celui-ci. Droit positif et loi ne peuvent être confondus. Dans l'esprit de tout juriste, le concept de droit est plus énigmatique, plus subtil que celui de loi, sans doute y attache-t-il un souci de "droiture" mais également certaines coutumes, ce qui se fait ou se dit "au palais", l'équité. La jurisprudence, la doctrine juridique, les interprétations dominantes constituent donc tout autant le "droit positif" que la loi.

De même, les représentations dominantes qui se font jour à un moment donné dans une société contribuent-elles à la formation de ce droit. Le positivisme s'égare donc dans la définition du concept essentiel qui fait l'objet de son approche "scientifique"⁷. Un positivisme éclairé qui pousse son analyse sur le sujet admet d'ailleurs - tel Bobbio notamment - que lorsque deux lois se contredisent, c'est la solution la plus juste que doit rechercher le juge pour surmonter cette contradiction. Il admet donc que le droit ne peut pas être tout à fait coupé du juste et que le jugement reste essentiel pour la mise en œuvre de celui-ci⁸.

⁶ Théorie pure du droit, précitée, p. 7. Préface de la première édition.

⁷ Sur le fait qu'il est naïf de vouloir réduire droit et loi et ce même en droit positif voir notamment G. Gesthin et G. Goubeaux, précités, p. 108.

⁸ Sur le sujet on lira avec intérêt : N. Bobbio, « Essais de théorie du droit », Bruylant LGDJ, 1998, Trad. M. Gueret et C. Agostini, Préface R. Guastini. A propos de l'interprétation de textes qui se contredisent, il conclut une brillante analyse en indiquant finalement que « la réponse du juriste se rattache à la réponse de l'homme de la rue, de laquelle nous sommes partis et d'après laquelle entre deux règles incompatibles c'est la plus juste qu'il faut choisir... » p. 103.

De plus, outre l'erreur épistémologique à laquelle la démarche positiviste conduit, la réduction opérée par ce dernier entre droit et loi est d'autant plus dommageable qu'elle risque de transformer le juriste en exécutant. Elle peut confiner ce professionnel dans un simple savoir d'expérience, l'écartier peu à peu de ce statut « d'homme de l'art » tel que le concevait Aristote et au sens où le stagirite écrivait que « ceux qui se conduisent par les règles de l'art sont plus éclairés et plus sages que ceux qui ne suivent que l'expérience seule » car celle-ci : nous apprend simplement que la chose est mais elle ne nous dit pas le pourquoi des choses. Or comment comprendre et appliquer la loi si une formation du juriste n'est pas effectuée pour l'aider à comprendre le pourquoi de celle-ci ⁹?

Le positivisme pose donc problème. Il risque par trop, d'éloigner le juriste du « pourquoi » du droit. En agissant de la sorte, une telle doctrine peut avoir pour effet de le rendre dans l'incapacité de faire son "métier" sereinement lorsqu'il devient pour lui nécessaire d'interpréter les textes contradictoires ou inadaptés qui sont moins rares qu'on le prétend.

Pour certains juristes, cette doctrine aurait même des effets plus périlleux encore. Faisant état d'un certain désarroi, un professeur de droit, écrivait sans détour à son sujet récemment : « à force de décrire le juge comme un serviteur servile de dispositions légales directement applicables aux circonstances de fait et qu'il se contenterait de suivre à la lettre, l'idéologie contemporaine (le positivisme) a engendré des juges qui peuvent se réfugier derrière la lettre de la loi pour renoncer à toute analogie, à toute interprétation voire à toute recherche de justice.

Encore n'adoptent-ils cette attitude que de façon intermittente lorsque les circonstances ne les conduisent pas à se libérer purement et simplement de la loi (sic !)... S'il faut appeler positivisme la tendance à voir dans le droit des réponses et non des questions... Il n'a pas seulement envahi le discours des juges et celui des praticiens, auxiliaires de justice...Il a investi l'enseignement de la théorie juridique »¹⁰

b) Outre les inconvénients, sus indiqués, le deuxième inconvénient du positivisme est sa naïveté. Il est naïf en effet de vouloir prétendre couper la philosophie du droit de la philosophie politique. Les conceptions politiques sont toujours sous-jacentes et les taire ne les fait pas disparaître. Cette « taisance » est au mieux une volonté d'éviter l'affrontement qui peut être signe de faiblesse. De plus en contraignant les juristes à oublier la justice, elle leur interdit une recherche sur un thème pourtant fécond pour les aider « au soin d'eux-mêmes ».

De même, cette coupure ainsi créée entre philosophie du droit et philosophie politique risque-t-elle d'être pénalisante épistémologiquement parlant car le détour par le politique peut tout autant nous aider à comprendre le droit. Une telle neutralité est

⁹ Aristote, « La Métaphysique », traduction Barthélémy Saint-Hilaire, Pocket, 1991, Livre A, Chapitre I, p. 41.

¹⁰ C. Attias, « Philosophie du droit », PUF, 2004, p. 296.

également illusoire car le noyau dur de cette philosophie du droit n'est, en effet, pas une « ignorance du fait politique » mais une conviction étatiste - voire technocratique - doublée d'une indéniable nomophilie qui sont-elles-mêmes des projets politiques.

Enfin, sous couvert d'une opposition à un certain décisionisme proche de celui de C Schmitt, le positivisme reproduit les mêmes inconvénients de cette doctrine du droit si pauvre. Elle ne voit le droit que sous un angle " technique", coupé de ses fins, de sa nature profonde. Elle ne le pense qu'en termes 'd'instrument'¹¹. c) En troisième lieu, le dernier inconvénient de ces doctrines est qu'elles affaiblissent le jugement qui vient à occuper une place secondaire par rapport à l'interprétation. Or il est périlleux de vouloir affaiblir une telle qualité car le bon jugement est l'Accessoire de la vertu (au sens grec d'Arété, ou d'excellence aristotélicienne) Il est également l'auxiliaire incontournable de ce que les modernes appelaient le « libre-arbitre »¹², lui-même si nécessaire au bonheur de la cité et de l'individu car il est difficile de fonder une cité heureuse si ses membres ont perdu le sens du juste or ce sens se gagne aussi par un exercice régulier, comme le stagirite nous l'a justement enseigné¹³.

En conséquence, malgré des atouts et le fait, qu'outre ceux indiqués, le positivisme présente d'indiscutables inconvénients et il appelle donc un dépassement nécessaire.

Nous pouvons toutefois profiter de notre analyse afin de nous interroger sur la raison de la pénétration et du « règne » quasi sans partage du positivisme dans les milieux juridiques d'Europe continentale contemporains.

Sans prétendre épuiser un tel sujet, nous pouvons hasarder ici que les motifs de cette domination sont doubles, selon nous : a) ils sont historiques. Les idées étatistes et « nomophiles », elles-mêmes fondatrices du positivisme, ont toujours exercé un attrait dans nos pays et plus encore en France où une tendance bonapartiste a même souvent voulu réduire l'esprit des juristes pour éviter toute contestation qui viendrait de leur bord et de l'amour pour la liberté qui est au fond de chacun d'eux¹⁴. Les peuples du bloc « Romano-germanique » ignorent la distinction anglo-saxonne: common law et equity. (19) Dans ces pays, la Loi a toujours eu une influence conséquente et le positivisme n'a fait que traduire ce courant historiquement majoritaire. De plus, comme le notait fort justement S. Goyard Fabre, le positivisme possède indéniablement un aspect « techniciste » qui lui confère une proximité avec notre « air du temps », fort soucieux -du moins en

¹¹ S. Goyard Fabre, op. précité, p. 11.

¹² Les modernes ne paraissent pas avoir abandonné cette importance du jugement pour résoudre l'aporie du libre arbitre. Ainsi Descartes, Lettre au père Mesland, 9 Février 1645.

¹³ Ainsi, l'aristocrate (et non le ploutocrate) chez Aristote est-il celui qui est capable de se former un jugement libre sur les choses. Politiques précités III, 17, 1288 a.

¹⁴ On se souvient aussi de Robespierre qui -citant Montesquieu on l'oublie trop souvent souhaitait que « le juge soit la bouche par laquelle la loi s'exprime » voir également l'importance de l'école dite de l'exégèse au XIXème siècle.

apparence - de technicité. Cet aspect « formel » peut expliquer son succès (20). b) Mais des motifs plus institutionnels peuvent également expliquer l'emprise contemporaine du positivisme chez les juristes. Par sa « simplicité », l'efficacité dont il a su faire preuve, il s'adapte fort bien à une société fortement hiérarchisée et éprise du souci du « résultat ». Ce goût du « résultat » et de la « bonne gestion » sont jugés indispensables et/ou nécessaires dans un système qui s'est massifié à ses deux extrémités : en aval, dans les universités de droit et en amont dans les Palais de justice. (21). c) enfin, cette doctrine rappelle les liens forts qui unissent et doivent unir le droit et la loi. Les juristes responsables ne l'ignorent pas. Ils sont justement attachés à "l'état de droit" que la loi symbolise pour une grande part en effet. Pourtant malgré ces succès et ses avantages, le positivisme a peu pénétré la sphère des philosophes. Ceux-ci paraissent « boudier » une telle philosophie pour l'essentiel. Ce qui fait plutôt débat aujourd'hui en philosophie politique et juridique s'articule autour des doctrines dites post-rawlsiennes ou post-welfaristes. Il importe, comme les thèses positivistes, de les présenter sous l'angle de leurs avantages et de leurs inconvénients.

B) Avantages et inconvénients des théories rawlsiennes, post-rawlsiennes ou post-welfaristes

Par «post-rawlisme», nous entendons l'ensemble des théories «contemporaines» anglo-saxonnes qui, de Nozick à Sandel ou Walzer se proposent de définir le terme de « justice »¹⁵. Dans l'ouvrage qu'il a consacré à ces thèses, W. Kymlicka note les désaccords de celles-ci et les difficultés liées à ces dissensions¹⁶. Il remarque cependant un point de convergence entre chacune de ces doctrines : leur souci pour l'égalité¹⁷. Cette commune aspiration est sans doute le propre de pensées d'un temps « démocratique » (au sens toquevillien du terme). Il ne s'agit pas ici de la contester mais de rappeler que, selon nous, un lien plus fort unit les thèses contemporaines sur la justice : leur commune opposition au positivisme juridique¹⁸. Certes leur adversaire premier (surtout celui des rawlsiens) reste l'utilitarisme, mais si celui-ci est mis en avant, c'est parce qu'il demeure le problème majeur des anglo-saxons sur le sujet. Ceux-ci « souffrent », en effet, beaucoup moins que nous du positivisme juridique. Cependant, l'utilitariste n'est pas leur seul opposant. Le positivisme les gêne et elles le perturbent par sa "technicité" peut-être.

¹⁵ M. Walzer, « Sphères de justice », Trad. P. Engel, Le Seuil, 1998. M. Sandel, « Liberalism and limit of justice », Cambridge University, 1982. J. Rawls, « Théorie de la justice », Trad. C. Audart, Seuil, 1987. R. Nozick, « Anarchie, état, utopie », PUF, 1988.

¹⁶ W. Kymlicka, « les théories de la justice, une introduction », Trad. M. Saint Upéry, La découverte, 2003, p. 10.

¹⁷ Kymlicka, op. précité, p. 11.

¹⁸ Des auteurs partagent ce point de vue. Ainsi A. Renaut et L. Sosoe soutiennent-ils également, dans le texte précité que les doctrines anglo saxonnes peuvent être un bon rempart contre le positivisme ou le jus naturalisme straussien ou néo straussien op précité chapitre consacré à Rawls.

Aussi l'attaquent-elles en « son cœur même » en remettant en cause la prétention majeure qui était la sienne de vouloir exclure le juste de la sphère du droit. De ce fait, ces théories recentrent le débat vers son centre pour utiliser une métaphore disons « osée ». En effet, elles recentrent le débat en réinterrogeant ce que nous avons oublié et qui fondait le droit à savoir l'idée de justice. Ce faisant elles présentent ainsi des avantages indéniables par rapport au positivisme juridique qui a un peu trop rapidement écarté ce concept si essentiel de la sphère juridique et judiciaire.

1) L'avantage premier des doctrines rawlsiennes et post-rawlsiennes est donc bien celui-ci : remettre l'essentiel (la justice) à sa place, la première dans l'étude de toute philosophie politique et juridique. En procédant de la sorte, ces philosophies redonnent ainsi au droit (tel qu'il devrait être en tous les cas, selon nous) sa véritable nature : celui de devoir demeurer un moyen au service d'une fin autre que lui-même et cette fin. Elles tentent ainsi de la redécouvrir à la lumière de notre histoire et en partant de leurs analyses. Mais cet avantage n'exclut pas quelques inconvénients.

2) Inconvénients de ces doctrines:

a) le premier d'entre eux reste leur absence de neutralité axiologique. Le but proposé par celles-ci est en effet de proposer une définition de la justice. Or curieusement, dès qu'une recherche de définition s'opère sur ce terme, les querelles et les oppositions surgissent et avec elles les définitions opposées, donc partiales pour celui qui s'oppose. La justice est un sujet de débat on ne peut plus délicat. Il impose la prudence et cette sensibilité que nous éprouvons tous à l'égard de toute définition de ce terme explique sans doute les raisons pour lesquelles les positivistes ont souhaité exclure la discussion sur celle-ci du débat juridique.

Ainsi ce qui était l'avantage de ces doctrines (leur recentrage autour du vrai centre) devient un inconvénient (sans doute parce qu'en recentrant justement le débat, elles risquent de faire passer la justice pour un centre. Or ce concept n'a pas la fixité ou la centralité du centre car, comme nous le verrons la justice telle que nous allons la définir est partout, donc nulle part à la fois présente et absente).

b) le second inconvénient réside sans doute dans le fait que ces différentes doctrines, qui s'opposent entre elles, donnent une apparence d'indécision que l'essentiel des juristes récuse par un souci - pas toujours fondé mais souvent réel - d'efficacité pragmatique. Or il est difficile aujourd'hui de penser une philosophie du droit sans à tout le moins tenter de convaincre les juristes et recréer avec eux un pont qui pourrait être salutaire et au droit et à la philosophie.

Nous le voyons donc les deux théories en question ne sont exemptes ni d'atouts ni d'inconvénients. Pourtant, elles sont aujourd'hui essentielles car majoritaires. De plus, leur importance a une autre cause : l'opposition qui est la leur renvoie à une querelle permanente sur le sujet et cette permanence ne doit pas nous laisser indifférents.

C) Quelle permanence dans le débat qui oppose actuellement les rawlsiens et les positivistes ?

Cette controverse est nouvelle car, pour la première fois, le débat s'articule entre d'une part une loi sensée être élaborée scientifiquement et d'autre part une justice-projet-de-société, sans relation avec la nature, une raison sublimée, la religion ou une quelconque idéologie particulière. Mais la querelle est ancienne car elle reprend des débats constants sur le sujet. Les grecs connurent, en effet, l'opposition entre sophistes (qui croyaient que la loi n'était qu'une convention) et philosophes.

Les uns croyaient en une justice naturelle alors que les autres la tenaient pour une pure convention¹⁹. Les médiévaux, quant à eux, connurent l'opposition entre machiavéliens et thomistes ou augustinien. Les premiers ne croyaient pas en l'idée de justice et l'assimilaient à la force, les seconds avaient foi en une justice divine. Les modernes connurent enfin un débat (proche de celui qui partagea les juristes de la république de Weimar) entre les partisans du pouvoir absolu du monarque ou de l'exécutif et les "légalistes" représentés par les lumières et les partisans du droit naturel.

Le débat positivistes/rawlsiens s'inscrit manifestement au cœur de ce qui est permanent dans ces trois oppositions qui ont dominé leurs époques et c'est en ce sens qu'il n'est pas seulement contingent. Il est le signe d'un débat inhérent à l'idée même de justice qui semble susciter le fait qu'à chaque époque, des partisans d'une certaine idée du "juste" s'opposent à ceux qui croient plus à la force du "pouvoir" et veulent donc "exclure" du débat politique l'idée de justice par elle-même.

Les rawlsiens et post-rawlsiens sont donc bien du côté de ceux qui « croient » en cette idée contre ceux qui refusent soit d'y croire soit de l'intégrer dans le champ du droit et lui préfèrent le "droit positif". Certes, les positivistes et Kelsen le premier nous disent le plus souvent qu'ils croient en l'idée de justice mais qu'ils entendent l'exclure du droit. Or une telle exclusion a pour effet de la nier et range donc bien les positivistes du côté de ceux qui "doutent" de l'existence du concept de justice. Le débat est donc en quelque sorte "ancien".

La différence, ou le progrès, réside simplement peut-être ici dans le fait que la définition de la justice qui est proposée, est avec le temps, de plus en plus épurée. Le « progrès » de la pensée, s'il y a, semble avoir favorisé la simplicité. De tout ce qui a été indiqué, il paraît résulter que l'idée qui chemine semble bien être celle selon laquelle, a) si la justice pouvait être définie, elle ne pourrait l'être qu'en allant vers le plus de simplicité possible et b) si elle existait elle ne pourrait s'imposer par la force car si tel était le cas, elle ne pourrait paraître juste. Tel est le projet qui est le nôtre, accentuer cette recherche de simplicité et trouver une définition qui heurte le moins possible son opposé : telle pourrait être selon nous la justice comme limitité qu'il convient de définir à présent.

¹⁹ Sur le sujet "La loi dans la pensée grecque", Les belles lettres, 2001, J. de Romilly, p. 76 et suiv.

II) Théorie de la justice comme limitité

Les querelles d'idées sont toujours favorables mais elles finissent par être pénalisantes lorsqu'elles interdisent le débat plus qu'elles ne le favorisent. Or le dialogue ne peut s'instaurer lorsque chacun se refuse à entendre les arguments de l'autre. Telle paraît bien la situation actuelle - en France à tout le moins - dans le domaine de la justice et M. Villey l'avait déjà noté en son temps.

Ce dernier chercha en effet à « donner et aux juristes et aux philosophes la part » de torts réciproques qui était la leur dans le divorce constaté entre leurs deux formes de savoir. Aussi s'il écrivit que « définir les notions essentielles du droit, la fin du droit, les sources principales, la méthode...C'est une œuvre utile aux juristes sans laquelle ne peut fonctionner correctement la science du droit mais qui déborde la compétence des juristes proprement dit qui est du ressort des philosophes »²⁰ ou encore s'il rajouta que « le remède à l'état lamentable de la théorie générale du droit contemporaine, malgré l'expérience malheureuse des trois derniers siècles, nous l'attendons des philosophes »²¹, il ne put s'interdire d'écrire cependant : « Si notre théorie juridique nous paraît aujourd'hui fondée sur des principes incertains et inadéquats, s'il existe une crise du langage juridique actuel, ce fut l'effet d'une philosophie déficiente »²² ni s'empêcher de reprocher aux philosophes d'ignorer tout du droit.

Les mots furent un peu forts, ceci est certain. La philosophie est plus complexe que cela et moins déficiente que Mr Villey l'écrivait. Certains chercheurs philosophes qui travaillent sur ces sujets n'ignorent pas le droit et certains le rejoignent pour partie dans les analyses qu'il propose²³. De plus, il existe de remarquables théories sur le droit pensées par les juristes et qui sont de nature à aider les philosophes dans leurs analyses.

Mais retenons de ce propos ce qu'il a de plus essentiel : pour poursuivre d'une autre manière, le débat sur la justice: il faut renouer les fils cassés du dialogue rompu entre les juristes et les philosophes. Or pour suivre ici, M Villey, et tenter de recréer des liens, peut-être serait-il judicieux de repartir des avantages cumulés des théories qu'ils soutiennent. Pour ce faire, dégageons les points de convergence des deux doctrines qui « séduisent » aujourd'hui le plus les philosophes (le post-rawlsisme) et les juristes (le positivisme) : quels sont-ils ?

²⁰ Centre international de synthèse, XXIXème semaine de synthèse « Le droit, les sciences humaines et la philosophie », précité, Ed. VRIN, 1973, p. 355.

²¹ M. Villey, Ibid., p. 358.

²² Ibid., p. 359.

²³ J. François Kervegan, « Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité », PUF, 1992, p. 14.

A) Points de convergence entre positivisme et post-rawlsisme

Malgré leurs oppositions ces doctrines peuvent être rapprochées sur deux points : 1) leur « rousseauisme » mais un rousseauisme au sens du Rousseau du Chapitre III Livre I du contrat social²⁴. Pour ces deux doctrines, un point est en effet certain : la justice ou le droit ne peuvent s'assimiler à la force. Pour les rawlsiens ou post-rawlsiens (même pour un auteur comme Nozick lorsqu'il évoque sa clause lockéenne). Une réserve sur ce point peut être opérée pour les positivistes. Pour eux en effet, un droit du plus fort reste un droit dès lors qu'il présente les caractéristiques formelles du droit. Mais, les positivistes seront alors d'accord avec Rousseau. La force ne se manifesterà pas ici de manière « brute » ou « directe », elle s'exprimera sous les apparences d'une règle « générale et abstraite » en apparence impartiale²⁵.

Si nous poussons la logique de ce lien jusqu'au bout alors il est donc indéniable qu'aucune définition de la justice ne sera possible si une personne se sent « forcée » ; si elle se sent contrainte dans son acceptation de ce qui est juste ou non pour elle.

Le second point commun de ces deux catégories de doctrines est moins discutable. Les deux admettent qu'il existe un lien indéniable entre le droit, la justice et l'idée de limite. En effet pour le rawlsien ou le post-rawlsien, la limite, ce qui n'est pas acceptable sera ce qu'il juge injuste. Les variations dépendront ici de la définition qu'ils entendent donner à l'idée de ce qu'est la justice. En revanche pour les positivistes, la limite à ne pas dépasser sera celle de la norme ou de la loi. Les uns tiennent l'illégitime pour la limite alors que les autres se retranchent derrière l'illégal mais tous deux tiennent l'idée de limite pour essentielle.

Partant de ces deux points communs, il est peut-être possible de proposer une définition de la justice qui d'une part ne force pas les individus et d'autre part prenne en compte l'idée de limite. La question de la force paraît essentielle ici pour cette détermination d'un terme redoutable par lui-même.

La recherche soit de l'unanimité soit du plus grand accord (celui-ci pouvant peut-être s'opérer par la détermination du plus petit commun dénominateur à défaut) est requise en ce domaine plus qu'en n'importe quel autre selon nous. En effet, au nom de la justice : nous condamnons, nous jugeons, nous culpabilisons,

²⁴ Contrat social Livre I Chapitre III (sur la force et le droit).

²⁵ Dans la théorie pure du droit, Kelsen n'hésite d'ailleurs pas à écrire « Contrairement à une méprise trop fréquente, une théorie relativiste de la valeur n'affirme pas qu'il n'existe pas de valeurs, en particulier pas de justice ; elle implique seulement qu'il n'existe pas de valeurs absolues mais uniquement des valeurs relatives, pas de justice absolue mais seulement une justice relative, que les valeurs que nous fondons par nos actes créateurs de normes et que nous mettons à la base de nos jugements de valeur ne peuvent pas avoir la prétention d'exclure la possibilité même de valeurs opposées », p. 91. Kelsen ne niait donc pas qu'il puisse y avoir une justice, mais il refusait de considérer l'idée d'une justice au sens absolu du terme.

nous emprisonnons, nous tuons ou déclarons la guerre à nos voisins. Si la justice n'est pas la force, il y a une force dans l'idée de justice et cette force ne doit pas être cumulée avec une autre qui viendrait en quelque sorte se superposer à elle. Cette "force" redoutable de la justice impose donc prudence extrême pour celui qui cherche à la définir. De ce fait, ici plus qu'ailleurs les recherches d'harmonie restent nécessaires. Or il nous apparaît que la définition de la limitéité peut permettre de parvenir, si ce n'est à l'unanimité à tout le moins à l'accord du plus grand nombre et ce même sur le plus petit point. Celui-ci, même s'il est minime, nous suffit s'il permet de trancher en toute impartialité dans les cas difficiles. Il est essentiel, s'il consacre un accord réel plus que fantasmé.

B) Définition de la limitéité

Il y a une idée de limite dans la justice, mais la justice ne peut être en soi la limite. L'idée de justice renvoie à une fondation qui justifie d'une part, pourquoi d'aucuns sont autorisés à juger et d'autres à légiférer et d'autre part, pourquoi ces lois et ces jugements ont force obligatoire. La justice est donc le fondement de quelque chose. Dans l'idée de droit ou de justice, chacun s'accorde pour considérer qu'il existe toujours une limite. En conséquence, si la justice est fondement elle ne peut être autre que ce « point focal » à partir duquel se justifie l'idée de limite. Or ce fondement n'a d'autre nom que limitéité.

La limitéité est un point obscur (ou destiné à le demeurer ?) à partir duquel se justifie l'existence de limites pour les êtres, les concepts, les choses. Elle serait ce qui fait que qui que nous soyons nous pensons – positivistes, sociologues du droit ou philosophes aristotéliens ou rawlsiens - que des limites sont nécessaires pour fonder l'humain et la social.

En effet si nous croyons à un besoin de limite c'est que « quelque chose » nous fonde à croire en l'idée de celle-ci.

En définissant la « limitéité » de la sorte, il est difficile de la tenir pour un leurre car si le mot même de leurre existe c'est qu'il a une signification et s'il a une signification c'est qu'il est déterminable, limitable. Ceux même qui évoquent les leurres ne peuvent donc nier l'existence des limites or il faut bien quelque chose qui puisse caractériser et fonder ce qu'est la limite et pourquoi l'on parle d'un tel terme. Ce quelque chose est la justice comme limitéité.

Partant de cette définition de la justice, comment dès lors savoir si une liberté est injuste ou s'il est fait un usage injuste de la liberté ?

Pour le savoir il faut envisager deux niveaux a) une vision « irritée » ou stricte de l'injustice nous poussera à considérer qu'il y a un usage injuste de la liberté lorsque celle-ci est utilisée au-delà des limites de ce concept ; lorsque l'on corrompt le terme et qu'il lui est fait perdre toute signification (par exemple ici on utilise la liberté en niant même l'idée de ce terme pour autrui par exemple) ; b) une

vision plus « tolérante » considérera qu'il y a usage injuste de la liberté si non seulement les limites du concept sont dépassées mais surtout si ce dépassement est telle que l'on fait perdre tout sens au mot, qu'il deviendra impossible par la suite de pouvoir fixer des limites à ce terme ou pour évaluer les éventuels dépassements de limites le concernant (par exemple si la corruption du terme est telle que si elle était acceptée il ne serait plus jamais possible de parler de liberté).

De même autre exemple, si l'on adopte la définition proposée : comment savoir si nous nous sommes comportés de manière injuste envers une personne ? Dans ce cas, il faut également choisir entre les deux options possibles a) si nous optons pour la vision « irritée », il faut se demande si les « contours » de cette personne, ce qu'elle est ont été ignorés (par exemple, a-t-on nier sa singularité, ses désirs les plus légitimes?) , b) si nous choisissons la version plus «tolérante», il faut simplement se demander si ce qui a été imposé à la «victime» est de nature à rendre impossible toute détermination de ses limites propres ou évaluer tout dépassement de limite à son égard (par exemple cette négation rend elle impossible par la suite toute évaluation de sa personnalité dans le futur ?)

Cette définition proposée quelles sont les conséquences de celle-ci dans sa relation avec des concepts qui s'en rapproche ?

C) Conséquences de la définition proposée par rapport aux liens qu'entretient la justice avec des concepts proches. Elles sont au nombre de quatre, selon nous:

1) la conséquence du lien justice/égalité/liberté/solidarité. Cette définition ne prétend nullement remettre en cause des valeurs fondamentales telles que la liberté, la solidarité ou l'égalité. Elle ne prétend pas non plus remettre en cause toute idée de justice corrective ou distributive. Elle rappelle simplement que la liberté ou l'égalité ne doivent pas être confondues avec la justice. Il s'agit ici de concepts distincts dont les limites doivent être évaluées. La justice est donc ce qui nous autorise à nous demander s'il a été ou non fait un usage juste de la liberté, de la solidarité ou de l'égalité mais elle est aussi ce qui nous autorise à juger l'usage juste de la « vérité », de l'amitié, etc. Elle n'est ni la liberté, ni la solidarité, ni l'égalité qui sont des valeurs fortes mais distinctes de celle-ci.

2) La conséquence sur le lien justice/force. Le fait que la justice soit la limitité explique en effet et la force qui s'attache à l'idée de justice et le fait que celle-ci ne peut s'assimiler par la force. Nous dire que d'aucuns pourraient ignorer ce qui fonde l'idée de « limite » nous révolue car nous savons que celle-ci est à la fois ce qui nous préserve de l'autre et ce qui nous autorise à entrer en relation avec lui. Cette révolusion est à l'origine de la « force » ou de l'importance que nous attachons au concept de justice. Cependant, dans le même temps ce point « focal » est insaisissable. A notre crainte de le voir ignoré s'ajoute ainsi la peur que fait naître en nous l'incertitude qui s'attache à son objet.

Cette double peur ne peut que favoriser la violence qui naît de l'obscurité. Si tout ceci s'opère par la force, le cercle est rarement vertueux car la force crée la précipitation qui favorise soit les méprises (de notre part ou de celle de nos vis-à-vis), soit les individus qui prétendent l'incarner et en l'incarnant nous rassurer tout en nous gouvernant plus subtilement. Et ces faux amis tout comme ces méprises augmentent l'obscurité et ce à l'infini.

La conséquence du lien justice/impartialité. La justice entretient des relations avec l'impartialité. Le fait qu'elle soit limitée explique ce lien. L'impartialité qui est requise ici est une neutralité dans le respect des spécificités de chacun (être, concepts, choses), mais aussi dans le droit qui est le sien de se voir reconnaître une singularité et des limites propres à fonder dans sa spécificité.

4) La conséquence du lien justice et savoir. Justice et vérité sont souvent liées. Lévinas le rappelait dans une phrase rassemblant nos intuitions sur ce point. Pour lui, « La justice est impossible à l'ignorant ». En effet, si la justice est limitée, pour prétendre être juste il faut nécessairement connaître la singularité des concepts ou des individus ou des situations pour pouvoir l'apprécier et la mettre en œuvre sans erreur...

Nous avons étudié les différentes doctrines précédentes sous l'angle de leurs avantages et inconvénients, qu'en est-il à présent de la théorie proposée ?

III) Avantages et critiques envisageables de la définition proposée

Quels sont les avantages et les inconvénients de la théorie proposée ?

A) Avantages de la doctrine de la justice comme limitée

La théorie proposée présente, selon nous, les avantages cumulés des deux doctrines étudiées. En effet a) des doctrines rawlsiennes, elle reprend cette idée que dans toute philosophie du droit, ce qui importe est de proposer une définition de ce qu'est la justice, pour permettre aux juristes de déterminer les fondements de leur pratique mais aussi pour prendre des décisions dans les cas difficiles, lorsque les textes se contredisent, etc... b) En revanche, des doctrines positivistes, celle proposée est parvenue, selon nous, à offrir une définition de la justice qui renoue avec l'impératif de neutralité axiologique. La limitée en effet est dans cette doctrine, proposée, en tant que « point focal » qui fonde l'idée de limite. Mais le point focal reste encore indéterminé, il n'est pas « fermé ». Il est juste supposé exister puisque tous les penseurs du droit croient en l'existence de limites.

De plus, la nature des limites qui s'originent à partir de lui ne sont pas précisées. Elles peuvent tout autant être naturelles, que conventionnelles ou individuelles ou les trois à la fois. Du point de vue de la neutralité, la définition ainsi

proposée est d'ailleurs plus « neutre », nous paraît-il que les doctrines positivistes car celles-ci nous l'avons vu, postulent pour une définition du droit qui incline à une certaine vision technocratique de celui-ci.

Il peut être alors reproché ainsi, en ne contentant qu'à moitié les deux de ne satisfaire totalement personne. Mais en fait, la définition de la justice comme limitité ne prétend pas satisfaire chacune des doctrines « à moitié ». Elle prétend proposer une définition de l'idée de justice susceptible de concrétiser un accord réel sur ce thème. Elle abandonne ce que peut avoir de factice l'idée de contrat "social" et dans le même temps récuse le côté "autoritaire" des doctrines "décisionistes" ou "absolutistes" qui veulent déterminer le droit à partir de la conception que quelques-uns se font de celui-ci. L'idée de limitité ne remet pas en cause les postulats positivistes puisqu'elle a pour projet de justifier la raison pour laquelle les hommes ressentent le besoin d'avoir des lois. Ils ressentent un tel besoin pour que ces lois mettent en « forme » l'idée de limitité dont ils pressentent la nécessité. De même pour les théories post-rawlsiennes ou rawlsiennes. Pourquoi les auteurs en question recherchent-ils à définir ce qu'est la justice et accordent-ils autant d'importance à ce terme ? Parce qu'ils pressentent que tout se fonde à partir de lui et qu'ils savent qu'à terme une société ne peut perdurer si chacun trouve trop injuste ceux qui la gouvernent. La limitité permet peut-être alors de saisir ce que nous disait Anaximandre lorsque ce dernier écrivait : « tout ce qui est se maintient parce qu'aucun n'est l'illimité ; si un seul l'était, il détruirait tout... ». L'idée de limite est la condition du « maintien » et du tout et des parties. Elle permet à chacun de se penser en relation avec les autres (autrement il n'y aurait pas des liens mais des fusions) et comme des "êtres" singuliers.

B) Inconvénients ou critiques possibles de la théorie proposée.

Plusieurs critiques ou objections peuvent être faites à la dite doctrine et il importe ici de reprendre quelques-unes de celles qui pourraient être formulées.

1) En premier lieu, il pourrait être fait reproche à cette doctrine d'être un retour au jus naturalisme. Mais une telle critique ne saurait prospérer ici car, comme nous l'avons indiqué, la limite n'est pas définie comme limite naturelle. La définition de la justice comme limitité se propose au contraire de considérer qu'il est possible de distinguer trois grands types de limites : naturelles, conventionnelles ou sociales (historico-coutumières) et de considérer que ce qui fait que l'on tient que la limite est plutôt l'une ou l'autre n'est rien d'autre qu'une croyance personnelle qu'il convient de respecter voire d'aider à se mettre en œuvre.

Cette théorie entend juste rappeler que si le droit est nécessaire c'est parce que nous pensons tous qu'il faut penser et mettre en œuvre des limites. Elle rappelle que le droit existe pour mettre en évidence celles-ci et faire en sorte que les hommes - trop tournés vers la seule satisfaction de leurs pulsions – n'oublient pas que tout n'est pas possible, qu'ils sont limités par essence et par nature.

Le régime idéal en ce domaine serait donc celui qui tiendrait compte de la possible existence de ces trois formes de limites et qui permettrait à chacune d'elles de vivre et de s'exprimer en harmonie, acceptation et tolérance avec les autres.

2) Cette doctrine est-elle trop individualiste ou communautariste ou trop sociale ?

La doctrine proposée ne récuse ni l'individualisme, ni le communautarisme, ni le libéralisme ou le socialisme. Il s'agit pour elle de doctrines porteuses de croyances qui sont toutes par elles-mêmes éminemment respectables. Elle n'est cependant ni l'une ni l'autre car, selon elle, importe avant tout ce qui permet de fonder l'idée de limite. Donc, elle ne jugera en fonction de l'idée de justice que si elle estime par exemple que le communautarisme en question est ignorant des limites qui sont les siennes (version stricte) ou au contraire si le dit communautarisme remet en cause le principe même de la limitité (version plus « large »).

3) Est-elle trop abstraite ?

Une telle doctrine ne prétend pas, à ce stade tout le moins, proposer une philosophie pratique de la justice. Elle se contente de proposer un fondement à l'idée de justice et aux différentes conceptions de ce terme. Le fondement est, pourrait-on dire, ce qui « reste lorsque l'on a tout oublié » en d'autres termes. Il Est-ce vers quoi il importe de revenir lorsque l'on a le sentiment que les croyances qui sont les nôtres à un moment ne sont plus adaptées. Exemple : nous croyons que la loi seule doit compter mais nous nous trouvons à un moment où l'application de la loi nous paraît difficile. Nous recherchons alors dans les différentes conceptions « non neutres » proposées et nous nous rendons à l'évidence que nous ne parvenons pas à trancher entre chacune d'elles. Dans ce cas alors la doctrine ou la définition de la justice comme limitité peut faire son office. En ce cas elle implique a)choix de l'option qui sera la nôtre (serons-nous large ou restrictif) puis b) détermination des différentes formes de limites (sociales, conventionnelles ou individuelles) que nous entendons mettre en œuvre.

4) La définition ainsi proposée de la justice n'est-elle pas trop limitative ?

Tel pourrait être elle dernier reproche qui pourrait lui être fait. Cependant, une telle « limitation » dans la définition de la justice est indispensable selon nous eu égard à la « force » que peut avoir l'idée de justice au nom de laquelle nous pouvons aisément condamner autrui et qui implique, Aristote l'avait bien noté et mis en œuvre sur ce sujet , prudence la plus extrême. Il ne s'agit pas ici de « contenter » telle ou telle philosophie mais simplement de faire en sorte que, l'usage du mot justice ne « force » personne, ni n'ait d'effet culpabilisant mais que celui-ci nous aide à juger ce qui convient pour nous, pour autrui et pour le tout, le cas échéant.

5) Cette définition ne remet-elle pas en cause la définition traditionnelle de la justice comme étant ce qui permet de rendre à chacun ce qui lui revient ?

Nous ne le pensons pas. Ici aussi, comme pour les autres théories sur la justice évoquaient, la définition de la justice comme limitité ne prétend pas remplacer cette définition. Elle prétend simplement se situer en amont de celle-ci, la justifier. En effet, elle explique la raison pour laquelle « il faut rendre à chacun ce qui lui revient ». Ce besoin naît en effet, lorsqu'un « trop » ou un « trop peu » a été constaté mais trop ou trop peu par rapport à quoi ? Par rapport justement à une limite ignorée ou une limitité qui fonderait cette limite. La définition ainsi proposée est donc une définition-cause par opposition à la définition-effet traditionnellement proposée pour définir le terme.

Conclusion

La théorie ainsi proposée de la justice comme limitité, implique de plus amples développements. Il ne s'agissait ici que d'une présentation de cette théorie et, pour nous de montrer a) que celle-ci repose sur un accord réel entre ceux qui pensent le droit (la doctrine juridique), ceux qui doivent le fonder (les philosophes politiques) et ceux qui le pratiquent au quotidien (les praticiens du droit), cet accord étant supérieur à de prétendus contrats originaires factices et fantasmés ; b) qu'elle se noue autour d'un terme qui permet à la fois l'épanouissement des singularités et la création des liens sociaux sans lesquels il ne peut y avoir de société.

D'autres éléments prouvent, selon nous, que cette limitité est ce qui constitue le fondement du "juste" quelle que soit l'image que l'on se fait de ce concept (qu'il soit vu comme force, leurre ou réalité indépassable et subtile). Notamment le fait que, quelle que soit la forme du droit (autoritaire ou "juste") tout décret qui le compose ne peut se penser sans exception ou sans loi qui le limite ou le particularise en divers points. Un "décisionniste" comme C. Schmitt fonde d'ailleurs lui-même son droit autoritaire sur l'exception (qui n'est rien d'autre que ce qui limite la loi) et un Filmer utilise l'équité - qui la limite d'une autre manière - pour justifier sa doctrine de la monarchie absolue ; il croit en Dieu pour limiter les monarques et aux Ecritures pour fonder sa doctrine. Ceci démontre bien que la loi (ou l'autorité) elle-même qui est limite (ou qui les fixe) a besoin d'être limitée par la Transcendance, l'exception, l'urgence, la nécessité, la force du peuple ou de l'ennemi ou d'autres lois et donc que tout, même les lois et les tyrans, recèle ses propres limites et que se perdre c'est les oublier, les nier ou les confondre.

Mais l'étude de la structure du droit - bien qu'elle reste fondamentale - n'était pas notre objectif présent. Nous voulions, via le concept de justice réinterroger cette "ultra-modernité" en crise, réinterroger ses concepts clefs (la forte intuition rawlsienne après Strauss peut-être étant bien que celui de justice est la clef de toutes ces clefs). L'idée de justice que nous proposons permet peut-être de "sortir" de celle-ci car si elle n'abandonne pas tout à fait la "nomophilie" des lumières. Elle la réinterroge et en même temps tente de concilier celle-ci avec l'idée de loi limitée que les anciens nous proposaient.

Il importe simplement de ne pas oublier une autre leçon des anciens à ce stade de l'exposé de nos recherches. La justice étant ce qui fonde l'idée de limite, elle est donc à elle-même sa propre limite et a besoin elle aussi d'être limitée pour demeurer ce qu'elle est. Ceci explique peut-être ce caractère de « vertu complète » qu'Aristote lui accordait. Mais cette force est également une faiblesse car celle-ci ne dépend que d'elle-même pour s'évaluer. De fait, si la justice est limitée, cela signifie qu'il faut également savoir lui accorder la place qui lui revient et lorsque l'on cherche à être juste, l'être ni trop ni trop peu. Ainsi donc s'éclaire la phrase d'Horace citée par Montaigne dans ses Essais « "Le sage doit être appelé insensé, et le juste injuste, s'ils vont trop loin dans leur effort pour atteindre la vertu même." [Horace, Epîtres, I, 6, v. 15.] 5 »'(34).

La justice cesse donc de l'être lorsqu'elle ignore les limites de ce que doit être la justice et lorsque d'aucuns prétendent être justes à l'excès. Cette théorie peut encore faire l'objet d'approfondissement et une analyse profonde de ce qui pourrait caractériser la notion de limites serait sans doute nécessaire mais celle-ci ne peut faire l'objet de la présente étude. L'auteur ne peut donc ici que renvoyer son lecteur à d'autres recherches qu'il aurait pu entreprendre sur la question

