

## LA THEORIE DU DROIT SELON KANT

FRANCIS WODIE VANGOCH  
Costa de Marfil

La théorie du droit se présente chez Kant comme l'une des surfaces de son champ philosophique. Les réflexions sur le phénomène juridique se trouvent, pour l'essentiel, concentrées dans la première partie de la métaphysique des moeurs, la doctrine du droit;<sup>1</sup> leur intelligibilité n'en implique pas moins la connaissance du système philosophique général de Kant et notamment, celle de la critique de la raison pratique.<sup>2</sup>

Kant opère la distinction entre le "quid jus" qui relève du philosophe et le "quid juris" qui ressortit à la compétence du juriste. Le "quid jus" pose le problème de l'essence du droit et à cette question se rattachent celles relatives à l'idée du droit et à l'idée du monde telles qu'elles devraient être. Ainsi il appartient au philosophe d'analyser les questions liées au fondement du droit et au juriste confiné dans le rôle d'un technicien de rechercher les solutions qu'appellent les nécessités de la vie en société.

Au centre de la théorie du droit de Kant se trouve donc le problème de l'origine du droit. La nécessité du droit, l'obligation pour les hommes libres d'obéir aux prescriptions du droit est-elle compatible avec l'autonomie de la volonté? Quel est le fondement de l'obligation juridique et comment concilier la liberté et les contraintes que répand la réglementation juridique. Cette question est susceptible de plusieurs réponses que nous synthétisons ici en deux tendances principales.

Les uns considèrent que la force obligatoire du droit réside dans une réalité extérieure au droit, les autres situent le fondement du droit dans le droit lui-même. Selon cette dernière tendance, chaque règle tire sa force obligatoire d'une autre règle de droit et de sa conformité à celle-ci. C'est donc par l'étagement et la subordination des

<sup>1</sup> Kant, *Métaphysique des moeurs – Première Partie – Doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Voirin Paris 1971 – Introduction de Philonenko. La métaphysique des moeurs dont la deuxième partie devait être la doctrine de la vertu fut publiée en 1796.

<sup>2</sup> Kant, *Critique de la raison pratique* P.U.F. Paris 1796.

règles juridiques les unes aux autres que l'on explique le fondement de l'obligation juridique. Ainsi le Règlement est obligatoire parce qu'il est conforme à la loi, elle-même obligatoire parce que respectant les formes prescrites par la constitution. En remontant la chaîne de la causalité juridique, on aboutit à une norme qui n'est pas causée, qui n'est l'effet d'aucune autre règle: c'est la norme originaire, la norme fondamentale qui est le substratum de tout l'édifice juridique. Hans Kelsen a fourni de cette théorie une démonstration radicale et magistrale.<sup>3</sup> la norme fondamentale, celle qui fonde tout le droit est donnée comme hypothétique et indémontrable. Elle est comme un postulat ou un axiome d'où découle toute la démonstration juridique.

On ne peut expliquer et justifier le droit que par le droit. Le droit est de l'ordre du devoir-être et ne saurait être de l'ordre de l'être. Cette césure établie entre ce qui est et ce qui doit être ferme toute possibilité de communication entre le droit et le fait et l'univers juridique se clot sur lui-même en tant que fini en soi. Ainsi décrit, le droit risque de manquer son but qui est d'ordonner les faits et les conduites. Le droit ne peut être réduit à une simple forme indifférente au contenu social. Si le droit n'est pas le fait (brut), le droit prend sa source dans les faits. Ce sont les faits qui qualifiés, valorisés, deviennent du droit. De même que le fait dans son mouvement (de qualification juridique) devient valeur, ici le droit, le droit dans son mouvement (de réalisation factuelle) devient fait. La validité mesure ce passage du fait au droit et l'effectivité mesure le passage du droit au fait. Le droit est ou devrait être cette totalité qui forment la validité et l'effectivité. Mais il faut se garder de confondre le fait et le droit, car lié au fait, identifié au fait, le droit cesse de pouvoir lier le fait, et ce serait le règne du fait accompli.<sup>4</sup> Il doit exister, entre le fait et le droit, cette communication mais aussi cette distance, cette hauteur grâce à laquelle le droit peut juger et réprimer les faits. Le droit et le fait ne sont donc pas deux univers clos chacun sur soi mais deux sphères qui, bien que distinctes et spécifiées, participent d'une même unité.

A l'opposé de la théorie du droit source du droit, se situe celle qui tient le droit pour le produit des nécessités sociales. Le droit a son fondement soit dans la solidarité sociale soit dans le droit naturel entendu des exigences de la conscience morale. Ainsi se trouve rétabli le contact entre le droit et les exigences de la vie sociale, entre le droit et les impératifs de la conscience morale. A la racine du droit, à son fondement, il y a quelque chose d'autre que le droit.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*. Dalloz 1962.

<sup>4</sup> Cf. P. Viraly, *la pensée juridique*, L.G.D.J. Paris 1960.

## A quelle tendance se rattache Kant?

Philosophe, Kant enseignait, à Koenisberg, le droit naturel dont M. Villey indique qu'il plonge ses racines profondes dans la théologie morale et scolastique du XVII<sup>e</sup> siècle.<sup>5</sup> Opérant une rupture avec cette école du droit naturel, la théorie Kantienne du droit se veut purement rationnelle, métaphysique, édiflée toute à priori, alors que l'école du droit naturel cherchait encore un point d'appui dans un reliquant d'expérience, une expérience d'ailleurs réduite à l'observation prétendre de "la nature de l'homme", isolé, abstrait de son contexte social".<sup>6</sup> A l'exemple des mathématiques et leurs méthodes déductives, Kant veut des principes de la raison pure déduire l'idée de droit, l'idéal de justice, le quid jus. Le système juridique, dans la conception Kantienne, se présente comme un ensemble ordonné selon les seules exigences de la raison et détaché de la nature. La science juridique doit être séparée de la politique et de l'économie. Le droit, s'il est un auxiliaire de la science morale, se détache néanmoins de la morale stricto sensu. Le droit en tant que norme doit être détaché, dissocié de tout ce qui n'est pas le droit. Mais il s'agit là du droit tel qu'il devrait être, tel qu'il s'inscrit dans la raison pratique. Quant au droit tel qu'il s'inscrit dans la temporalité et la relativité de l'histoire, il cesse de relever directement de la raison pure. La recherche des solutions concrètes relève de l'exégèse des textes, des codes somme toute du droit en vigueur et on aboutit ainsi à un formalisme rigoureux, au normativisme dans lequel Hans Kelsen a puisé les concepts de sa constructions et de sa démonstration. Le droit se referme sur lui-même, oublieux ou dédaigneux du monde des choses. Mais parvenu à ce point du "quid juris", le droit, comme nous l'indiquions, cesse d'être l'affaire du philosophe.

Dans la métaphysique des moeurs (pp. 103-105) Kant se pose la question qu'est-ce que le droit? et il répond en ces termes: cette question pourrait embarrasser le juris-consulte autant que le logicien est embarrassé par la question qu'est-ce que la vérité? La question, ce n'est pas de savoir le droit d'un pays à telle époque, c'est celui de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste de l'injuste; pour cela il faut quitter les principes empiriques et se référer à la raison. Une science simplement empirique du droit est une tête qui peut être belle; mais il n'y a qu'un mal: elle n'a point de cervelle". En effet dans la préface à la métaphysique des moeurs, Kant

<sup>5</sup> Michel VILLEY, Préface à l'introduction de Philonenk sur la doctrine du droit, métaphysique des moeurs, déjà cité.

<sup>6</sup> Michel VILLEY, idem.

avait déjà relevé que la doctrine du droit est ce que l'on pourrait appeler la métaphysique du droit, en tant qu'elle est exigée comme un système issu de la raison. Toutefois, le concept du droit, pour être un concept pur, reste appuyé sur la pratique en tant qu'il est destiné à s'appliquer aux cas qui se présentent dans l'expérience; et cette application (aux différents cas) ne peut jamais qu'approcher du système construit selon les exigences de la raison; elle ne peut jamais l'atteindre; la distance de la conception (rationnelle et à priori— du droit à l'application (effective et à postériori), du droit reste infinie. Il y a donc le droit qui relève du système esquissé à priori qui est la métaphysique du droit et les droits qui sont reliés à des cas particuliers de l'expérience. Ceux-ci doivent découler de celui-là qui sert de matrice et d'idée. Cette dichotomie-ci est le reflet de celle qui traverse toute l'oeuvre de Kant. Dans la philosophie de Kant, il y a en effet, un sujet connaissant et un sujet pratique et pour Kant le sujet humain est avant tout un sujet pratique, un sujet moral.

*Est pratique* tout ce qui est possible par liberté; à côté du possible par liberté qui ressortit au sujet moral, il y a le possible selon la nature des choses qui relève du sujet connaissant. Comme le fait observer Alquié,<sup>7</sup> l'usage humain de la raison théorique et celui de la raison pratique demeurent séparés; il n'y a rien de commun entre connaître un objet et connaître son devoir. Le devoir-être est irréductible à l'être et il faut distinguer chez Kant le sujet moral et le sujet connaissant.

Mais le sujet pratique est immergé dans la nature; la conception Kantienne de la nature qui implique le déterminisme (le conditionné) laisse-t-elle subsister la conception du sujet moral qui implique la liberté? Il semble difficile de dire que nos actes sont déterminés par le conditionnement de la nature et en même temps, au même moment que le même acte est le produit de la liberté. Pour surmonter cette contradiction latente Kant disjoint le possible selon la nature du possible selon la liberté; en cas de conflit entre les lois de la nature et notre liberté pratique, c'est celle-ci qui l'emporte. Le pratique a le pas sur le spéculatif. Mais donner le pas à l'un sur l'autre ce n'est pas les faire aller du même pas.

Dans cette législation de la raison humaine dont l'objet est double, la nature et la liberté, *quelle est la place du droit?*

Le sujet juridique est un sujet pratique car il répond à la question que dois-je faire et non à la question que puis-je savoir. Dans la métaphysique des moeurs, Kant se demande quels sont les principes qui

<sup>7</sup> Alquié, Kant, critique de la raison, introduction à la lecture de la critique de la raison pratique, P.V.F. Paris 1976, 7e édition.

doivent à priori servir de fondement à toute législation extérieure (ici le droit). Le droit y est défini comme l'ensemble des conditions dans lesquelles la liberté de chacun peut s'accorder avec la liberté des autres selon une loi universelle de liberté; et la loi universelle du droit est ainsi formulée: "Agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse coexister avec la liberté de tout un chacun suivant une loi universelle". Aussi le rapport juridique qui, est selon Kant, un rapport extérieur, unit-il des sujets qui se conditionnent mutuellement et non un sujet et une chose. Le rapport juridique qu'implique par exemple le droit de propriété ne s'analyse pas en un rapport entre le propriétaire et la chose possédée (objet du droit de propriété) mais entre le propriétaire et d'autres sujets (tous ceux qui pourraient user de cette chose).

On le sait, un certain nombre d'auteurs, pour établir la différence entre la propriété (le droit de propriété) et la souveraineté, soulignent que celle-ci est un droit, un pouvoir sur les choses, celle-là un pouvoir sur les hommes. Le droit, en toutes circonstances, organise des relations humaines et seuls les sujets pratiques peuvent être titulaires de droit et débiteurs d'obligations juridiques; et si certains droits anciens ont paru organiser des relations juridiques entre les hommes et les choses (animées ou inanimées) c'est que les choses étaient saisies comme dotées d'une âme et se comportant comme les hommes. La relation juridique primaire (première) implique deux sujets et il n'existe pas plus de "droit robinsonien" qu'il n'y a de relations juridiques entre un sujet et un objet (une chose).

Si la loi morale en tant qu'elle procède de l'autonomie de la volonté du sujet pratique préserve sa liberté, une volonté libre ne pouvant agir que d'après une loi qui soit sa loi,<sup>8</sup> la règle de droit en tant que loi extérieure ne menace t-elle pas cette liberté. Comment puis-je rester libre en obéissant à une loi qui n'est pas ma loi (celle que je me suis donnée moi-même). L'hétéronomie de la règle de droit est-elle compatible avec l'autonomie de la volonté du sujet pratique? Kant indique que si l'homme obéissait à une loi extérieure, imposée du dehors, il serait un moyen et non une fin. La deuxième formule de l'impératif catégorique ne commande t-elle pas au sujet pratique cette ligne de conduite: "Agis de telle sorte que tu traites toujours l'humanité, soit dans ta personne, soit dans la personne d'autrui, comme une fin et jamais comme un moyen". L'homme doit donc être à la fois législateur et sujet; au domaine de la nature où les choses reçoivent

<sup>8</sup> Cf. F. Alquié déjà cité: la liberté est posée en ceci comme une causalité soustraite à toute influence sensible, la liberté c'est la causalité indépendante de la nécessité physique.

vent des lois, Kant oppose le règle de fins où l'homme se donne sa loi et où les volontés s'accordent, chacune ne voulant que ce que tout autre devrait vouloir comme elle.<sup>9</sup>

Mais il convient *de dissocier nettement la législation éthique de la législation juridique*.

Dans l'introduction générale à la métaphysique des mœurs (p. 93) Kant énonce que tous les devoirs parce qu'ils sont uniquement des devoirs appartiennent à l'éthique, mais leur législation n'est pas toujours contenue pour cette raison dans l'éthique. La législation qui fait d'une action un devoir et en même temps de ce devoir un mobile est une législation éthique. En revanche la législation qui n'intègre pas le mobile à la loi et par conséquent admet un autre mobile que l'idée du devoir elle-même est juridique. *En d'autres termes le devoir-faire juridique a un autre mobile que le devoir de faire, alors que le devoir-faire éthique n'a d'autre mobile que le devoir de faire*. L'un est absolu, en tant que ne découlant de rien, il découle de lui-même (*devoir éthique*) l'autre est relatif, relativisé en tant qu'il est relié à un mobile qui lui est extérieur (*devoir juridique*).

Kant précise que la législation juridique doit être une législation qui contraigne et non un appât qui attire. Le sujet juridique agit par la contrainte (extériorité) et non par la morale, par moralité (intériorité). Ce qui importe au droit c'est le résultat et non les intentions, peu importe que le sujet soit vertueux on ne le soit guère, il suffit au droit d'obtenir la conformité de la conduite et de l'action à ses prescriptions ou à ses proscriptions, quels que puissent être les motifs (intentions) du sujet agissant. Ce que l'idée du devoir (éthique) ne permet pas d'obtenir, le droit le réalise par la contrainte qui est le ressort intime de son mouvement. Le droit se distingue de la morale et il est à distinguer de la morale en ce que dans le droit on tient compte de la forme, du rapport extérieur, c'est à dire qu'il ne s'agit pas de savoir si l'action *est faite par devoir mais seulement si cette action est conforme au devoir*. Et Kant rappelle qu'on appelle légalité la simple conformité d'une action avec une loi, abstraction faite des mobiles de celle-ci.

En revanche la moralité (éthique) est la conformité en laquelle l'idée du devoir selon la loi est en même temps le mobile de l'action. Ainsi la législation éthique et la législation juridique se distinguent par ce pourquoi elles prescrivent l'action et en obtiennent l'accomplissement. Il appartient au moraliste de scruter les intentions et de faire de la casuistique, toutes considérations qui restent étrangères au droit. Ces deux législations se distinguent encore en ce que les devoirs qui dé-

<sup>9</sup> Cf. F. Alquié, déjà cité.

coulent de la législation juridique ne peuvent être que des devoirs extérieurs, car “cette législation n’exige pas que l’idée de ce devoir qui est intérieur soit par elle-même principe de détermination de l’arbitre du sujet agissant”. Mais précisément parce que la législation éthique intègre le mobile intérieur de l’action (idée du devoir) à la loi, il s’ensuit que la législation éthique ne peut être extérieure (fût-elle celle d’une volonté divine) bien qu’elle admette des devoirs qui relèvent d’une autre législation (législation extérieure) comme mobiles de sa propre législation”. C’est en quoi se résume l’argumentation, quelque peu sibylline, par quoi Kant détache le juridique de l’éthique. La norme éthique mesure ce qui est en nous, la norme juridique mesure ce qui est à nous.

Il résulte de ce qui précède que le plan du droit et le plan de la vertu (éthique) se distinguent non par la différence des devoirs mais par les différences de leur législation; alors que la législation éthique ne saurait jamais être extérieure, la législation *juridique est celle qui peut être intérieure*. L’une est intérieure au moi, l’autre peut être intérieure au nous. La législation éthique arrive à ses fins de l’intérieur, par le mouvement intérieur (idée ou conscience du devoir) de sujet agissant; la législation juridique peut parvenir à ses fins par les mêmes voies, elle peut et doit y atteindre par le fait d’un législateur au moyen de la contrainte. Aristote avait déjà, dans l’éthique à Nicomaque (Livre X), noté que la science du droit, du ΔΙΚΑΙΟΝ, concerne seulement l’action extérieure, l’égalité dans les choses, au moraliste nous laisserons, précise Aristote, la recherche des intentions. Le droit est de l’ordre du faire et de l’avoir, du devoir-faire et du devoir-avoir; il n’est pas de l’ordre du devoir-être qui relève de l’éthique. Dans le champ de l’éthique le sujet pratique est son propre législateur; dans l’horizon de juridique le législateur est extérieur au sujet. Alors comment dans la société civile (état civil ou état de droit) les libertés individuelles vont s’accorder les unes aux autres de manière que la loi donnée de l’extérieur manifeste en même temps l’autonomie de la volonté.

Comment concilier la nécessaire liberté individuelle avec le non moins nécessaire pouvoir social (contrainte sociale)? Cette question est au centre de tout le droit constitutionnel dans les sociétés modernes. Si pour Rousseau la société menace la liberté primitive de l’homme, pour Kant c’est par la société que s’attenuera voire s’effacera l’insocialité (égoïsme) naturelle des hommes. Pour réduire les affrontements des égoïsmes dans la liberté, dans le respect de cette liberté qui est à la racine de l’humanité, le droit (état civil) doit avoir pour **fondement un contrat social**. C’est dans l’idée d’un contrat social que se réconcilient les exigences de la réglementation juridique et celles

de la libertad individual. La teoría de Kant sur ce points s'inscrit dans la longue tradition de l'école du droit de la nature, de la nature humaine qui fournit au libéralisme philosophique sa racine et sa sève sociologiques. Locke, partant comme Hobbes de l'état de nature va, au contraire de Hobbes, mettre l'état de nature et les droits qui sont réputés lui être attachés au service de la liberté individuelle.<sup>10</sup> Les hommes sont donnés comme jouissant dans cet état de nature (hypothétique) de droits et libertés que l'association civile aura mission de préserver, de consolider et de parfaire; c'est le même itinéraire que parcourt la pensée de Kant qui tient la liberté pour le seul droit inné; la liberté est le droit originiaire revenant à l'homme ontologiquement, de par sa seule humanité: L'homme n'est homme que parce qu'il est libre et liberté et humanité se présentent comme consubstantielles. Ce n'est là qu'une exigence à priori de la raison.

Ainsi selon Alquié la liberté a été posée d'une part comme raison d'être de la loi et d'autre part comme pouvoir d'agir conformément à la loi. La loi dans l'association civile (état civil) doit être celle de tous les associés libres et seul le contrat social qui est le lieu de rencontre des volontés individuelles satisfait à l'exigence pour chacun d'agir conformément à la loi qui doit être sa loi (donc conformément à la liberté). C'est l'accord des volontés qui doit fonder la société civile et réaliser le passage de l'état de nature à l'état civil. L'état de nature étant un état de violence, la raison prescrit à chacun d'en sortir pour entrer dans l'état civil état de paix.

Cette idée se retrouve chez Rousseau qui distingue entre *la loi* dans *l'Etat* (état civil) et *la loi de l'Etat*, celle qui fonde l'Etat (pacte social), alors que *la loi dans l'Etat* émane de la volonté générale qui peut être une volonté majoritaire, *la loi de l'Etat* (pacte social ou constitution) doit recueillir le consentement unanime des associés. Et ce n'est que dans ces conditions que Rousseau peut énoncer que obéir à tous n'est obéir à personne, quand on est soi-même membre du tout".<sup>11</sup>

Kant ne tient pour nécessaire que ce contrat social ait été effectivement conclu, il reste essentiel mais il suffit de pouvoir penser et agir comme si le contrat social (pacte social) avait été adopté par tous. Le contrat social est une idée de la raison pratique, idée qui n'est pas nécessairement donnée par un dans l'expérience. L'état de droit (état civil) qui a sa source dans l'idée du contrat social (pactum societatis) repose sur un droit inconditionné, le droit de l'Etat qui est un droit

<sup>10</sup> Raymond Polin; la politique morale de John Locke, Plan, Paris P.U.F. 1960.

<sup>11</sup> F. Alquié, Kant, critique de la raison pratique, introduction à la lecture de la critique de la raison, P.U.F. Paris 1960 7e édition.

originaria et un droit de la souveraineté. La pensée Kantienne nous invite ainsi à montrer et à démontrer le droit de L'Etat comme la condition de l'état de droit. *Le droit de l'Etat* (droit public) se présente en outre comme la condition de possibilité et de légitimité du *droit dans l'Etat*. Antérieurement à la naissance de l'Etat (état civil) existe un état de droit; mais ce droit infra-étatique reste imparfait et à parfaire. L'état de nature n'est donc pas chez Kant un état ajuridique. Mais le droit n'atteint sa plénitude que dans l'Etat (état civil). Seule la garantie de l'Etat confère au droit un caractère péremptoire et définitif, le droit infraétatique se mue en droit intra-étatique. Le droit infra-étatique serait un droit creaux. Seul le droit intra-étatique, droit plein, est un droit au sens plein; mais qu'est-ce qu'un droit (infraétatique) qui ne serait pas du droit (le droit étant lié chez Kant à la contrainte étatique); or le droit infra-étatique est, par hypothèse anétatique.

Il suit de ce qui précède que tout le droit dans l'Etat (droit intra-étatique ou droit privé) se présente comme le produit exclusif de l'Etat. Le droit privé découle du droit public; de même que le droit de l'Etat (droit public) est la condition de l'état de droit, de même l'état de droit est le produit du droit de l'Etat. Aussi pour saisir l'essentiel de la pensée Kantienne du droit, convient-il de montrer d'abord que le droit de l'Etat (droit public) est la condition de l'état de droit (première partie) et ensuite que le droit de l'Etat (droit public) est la condition du droit dans l'Etat (droit privé) deuxième partie.