

Jacques Poulain
Hans Jörg Sandkühler
Fathi Triki
(éds.)

Justice, Droit et Justification

Perspectives transculturelles

Ce volume est consacré à une interrogation sur la signification des notions de « justice », « droit » et « justification » et à leur corrélation et contextualité culturelles. Étant donné que dans le monde dans lequel nous vivons, droit et justice ne coïncident pas a priori, l'énoncé « le droit se base sur la justice » serait donc un énoncé descriptif erroné. Les notions de « justice », de « droit » et de « justification » sont des éléments et fonctions de théorie normative. Ni l'idée de droit – la justice – ni le droit positif ne peuvent se comprendre comme une objectivité ontiquement « donnée » par la nature, par la raison ou par l'histoire, une objectivité que les sujets de droit n'auraient qu'à reconnaître. Le savoir et les actions morales s'élaborent dans les contextes du pluralisme des cultures épistémiques et des pratiques sociales. Les normes de conduite dérivent d'une multitude de versions culturelles du monde dans les contextes desquelles les perceptions du bien, de la justice, de l'acte juste, de la reconnaissance et de la réconciliation se différencient également. Le volume développe ces questions dans un esprit critique et dans la perspective transculturelle du dialogue arabo-allemand de l'UNESCO, auquel participent des spécialistes de l'épistémologie, de la philosophie politique, de l'histoire de la philosophie et des religions, notamment de l'Islam.

Jacques Poulain, Professeur de Philosophie à l'Université de Paris VIII. Titulaire de la Chaire UNESCO de Philosophie de la culture et des institutions à Paris.
Hans Jörg Sandkühler, Professeur de Philosophie à l'Université de Brême. Directeur de la Section allemande « Droits de l'homme et cultures » de la Chaire UNESCO de Philosophie (Paris) à l'Université de Brême.

Fathi Triki, Professeur de Philosophie à l'Université de Tunis I, Faculté des Sciences Humaines et Sociales de Tunis. Titulaire de la Chaire UNESCO de Philosophie pour le Monde Arabe.

Justice, Droit et Justification

Philosophie et transculturalité

Sous la direction de
Jacques Poulain (Paris),
Hans Jörg Sandkühler (Brême),
Fathi Triki (Tunis)

Vol.9

En coopération avec les
Chaires UNESCO de Philosophie à Tunis et à Paris
et la Section allemande «Droits de l'homme et cultures»
de la Chaire UNESCO (Paris) à Brême



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Jacques Poulain
Hans Jörg Sandkühler
Fathi Triki
(éds.)

Justice, Droit et Justification

Perspectives transculturelles



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliographie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

ISSN 1618-467X

ISBN 978-3-653-00173-0

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2010

Tous droits réservés.

L'ouvrage dans son intégralité est placé sous la protection de la loi sur les droits d'auteurs. Toute exploitation en dehors des étroites limites de la loi sur les droits d'auteurs, sans accord de la maison d'édition, est interdite et passible de peines.

Ceci vaut en particulier pour des reproductions, traductions, microfilms, l'enregistrement et le traitement dans des systèmes électroniques.

www.peterlang.de

Table des matières

Avant-propos	7
<i>Hans Jörg Sandkühler</i> Justice, droit et justification. Introduction	9
<i>Jacques Poulain</i> Qu'est-ce que la justice ?	23
<i>Fathi Triki</i> Justification et violence	37
<i>Cyrille B. Koné</i> Réconciliation, droit et justice	47
<i>Mounira Hachana Ben Mustapha</i> Reconnaissance et justification	57
<i>Raül Fornet-Betancourt</i> Justice et reconnaissance de l'autre	69
<i>Mohamed Ali Halouani</i> Paradoxe et justice. Approche épistémologique des procédures de la justification	77
<i>Mehrez Hamdi</i> Injustice à l'égard d'autrui, injustice à l'égard de soi-même, dans le texte coranique	95
<i>Abou Yaareb Marzouki</i> Conflit des justifications de la loi en Islam	103
<i>Fethi Meskini</i> Excuses, pardons et justifications ou Politiques monothéistes	121
<i>Jaleddine Saïd</i> Droits de l'homme et démocratie des autres	143

<i>Mohamed Turki</i> Le juste et la justice chez Paul Ricœur	151
<i>Irma Julienne Angue Médoux</i> Droit et Justification dans l’Ethique de la Discussion de Richard Rorty	167
<i>Sarhan Dhouib</i> Ethique, droit et égalité chez Tugendhat	181
<i>Georg Mohr</i> Les pièges des humanismes hypocrites. Histoire et justification d’un point de vue postcolonial	195
Index des noms	211

Avant-propos

Des équipes de recherche des Chaires UNESCO de Philosophie à l'Université de Tunis, à l'Université de Paris VIII et de la Section allemande « Droits de l'homme et cultures » de la Chaire UNESCO de Philosophie (Paris) à l'Université de Brême organisent depuis 2000 des colloques sur la Philosophie transculturelle. Au centre de la coopération figurent les questions qui concernent, d'un côté, le dialogue transculturel et, de l'autre, les contributions philosophiques au développement de la réflexion critique sur les sciences, la politique et le droit, l'éthique et l'esthétique dans les cadres de l'UNESCO. L'instrument de travail commun est la philosophie, entendue au sens large, en tant que pensée théorique, ouverte sur le savoir fourni par d'autres disciplines. Le travail des notions et des concepts philosophiques, le renouvellement du glossaire des idées et la mise en question des visions du monde aident à mieux maîtriser ce dernier. Par l'examen attentif des modes de culture, par l'introduction d'un nouvel universalisme qui prend au sérieux les différences et les diversités, la philosophie participe à l'édifier d'une identité plurielle, ouverte à l'homme contemporain.

Le 10^{ème} colloque « Justice, Droit et Justification. Perspectives transculturelles » a été organisé à Brême en 2009.

La collection « Philosophie et transculturalité » dans laquelle paraît ce volume a été publiée d'abord en allemand et en français; elle a été intitulée « Philosophie des Zusammen-lebens/Philosophie le vivre-ensemble » : *Die Aufgaben der Philosophie in der transkulturellen Welt. La tâche de la philosophie dans le monde transculturel* (Vol. 1, 2002), *Der Fremde und die Gerechtigkeit. L'étranger et la justice* (Vol. 2, 2003) und *Gewalt und Recht in transkultureller Perspektive. Violence et droits dans une perspective transculturelle* (Vol. 3, 2004). Désormais les travaux sont publiés dans deux collections : la collection française « Philosophie et transculturalité » et allemande « Philosophie und Transkulturalität ».

Nous remercions Mme Catherine Garcia-Szczesny et M. Sarhan Dhouib pour leur aide précieuse, car sans leur patient travail de correction des épreuves et de collection des textes ce livre ne pourrait pas paraître.

Paris – Brême – Tunis, mars 2010

J. P./H.J. S./F. T.

Hans Jörg Sandkühler

Justice, droit et justification.

Introduction

Cette introduction est consacrée à une interrogation sur la signification des notions de « justice », « droit » et « justification ». D'un plus grand intérêt que leur définition est cependant le problème de leur corrélation.

Je défends les quatre thèses suivantes :

i) Les humains n'agissent pas tous et toujours équitablement, ni envers leurs contemporains, ni envers les générations futures.¹

ii) C'est la raison pour laquelle les revendications morales de justice sont transformées en droit juridique.

iii) Le droit doit être un droit juste, son fondement et sa mesure doivent donc être la justice.

iv) Les propositions concernant la justice ne se réfèrent pas directement à un fait donné, à une entité; parce qu'elles dépendent d'attitudes épistémiques, de convictions, de théories et de cultures épistémiques², elles nécessitent une justification épistémique.

Ces quatre thèses soumettent le débat sur la justice et le droit à certaines modalités : étant donné que dans le monde dans lequel nous vivons, *de facto*, droit et justice ne coïncident pas *a priori*, l'énoncé « le droit se base sur la justice » serait donc un énoncé descriptif erroné. Les notions de « justice », de « droit » et de « justification » sont des éléments et fonctions de *théorie normative*. Autrement dit : l'énoncé normatif selon lequel la justice *doit être* la base et la mesure du droit *doit* faire l'objet d'une justification épistémique.

1. La justice

La justice est un principe essentiel de l'organisation du vivre-ensemble humain et une norme politique centrale depuis qu'Aristote l'a définie comme étant une vertu en rapport avec l'Autre (*pros heteron*).³ Une caractéristique constitutive de la justice est l'égalité. Des personnes considérées comme égales en vertu de traits

¹ Cf. Meyer 2009.

² Cf. Sandkühler 2009c.

³ Aristoteles, Ethique de Nicomaque, V, 3, 1129 b 32.

communs essentiels doivent être traitées à égalité. Ceci est le principe *formel* de la justice défini par Aristote qui se réfère ici à Platon.⁴ Une action est juste quand elle accorde à une personne ce qui lui revient.

Stefan Gosepath précise : « La justice concerne (...) la totalité des revendications et obligations réciproques ou droits et devoirs d'ordre moral que les humains ont les uns envers les autres en toute impartialité. Cette définition est purement formelle, car elle ne répond pas à la question essentielle qui est de savoir à qui revient quoi. La définition communément admise de la justice contient plusieurs variables, que l'on doit cerner afin de parvenir à des conceptions plus spécifiques. (...) Une conception de la justice doit donner une réponse fondée à la question suivante : qui doit quoi à qui, dans quelles circonstances, de quelle manière, pour quelle raison, de quel point de vue, au nom de quel principe et à quelle fin? Les questions soulevées par la notion de justice concernent donc au moins les (...) dimensions suivantes : (1) les circonstances, (2) les objets, (3) les sujets, (4) la dimension, (5) la perspective de justification, (6) les raisons, (7) les catégories et (8) les principes de la justice (...) La perspective de l'impartialité, essentielle à la justice, nécessite deux données : l'impartialité commande d'une part l'utilisation impartiale d'une norme fixée (...). L'application des règles réclame d'autre part une impartialité comprise en interdiction de maximes fondées sur un particularisme ou sur l'égoïsme purs. Ce que l'on réclame par contre est une impartialité de second degré : une justification impartiale ou du moins une justifiabilité des normes en question. (...) Le contenu de la justice nomme les principes et critères matériels de la justice. Toutes les conceptions modernes de la justice acceptent une norme de base commune : les humains doivent tous être par principe considérés comme égaux, c'est-à-dire pourvus de la même dignité. Chaque humain doit donc être traité à considération et égard égaux. Selon l'approche que chaque conception a de la norme fondamentale d'une égalité dans la dignité, existent des conceptions différentes de l'équité ou de la justice entre personnes égales. »⁵

La justice est une norme. Platon déjà pose la question dans sa *Politeia* : Pourquoi doit-on respecter la règle générale de la justice jusque dans ses propres actes? Les règles dictant un comportement juste doivent être bien sûr respectées par tous, mais il pourrait être plus profitable à un individu que tous obéissent à la règle, sauf lui-même. Ainsi, depuis l'antiquité, le problème de la relation entre justice, politique et droit est à l'ordre du jour.

Le 20^{ème} siècle a traité de ce problème par le biais d'une controverse sur le droit naturel et le positivisme juridique – en Allemagne surtout entre Hans Kelsen, représentant du positivisme juridique, et Gustav Radbruch, dont le but fut une médiation entre les deux positions.

⁴ *Ibid.*, 1131a10-b15.

⁵ Gosepath 2009.

Ni l'idée de droit – chez Radbruch : la justice – ni le droit positif ne peuvent se comprendre comme une objectivité ontiquement « donnée » par la nature, la raison ou l'histoire, une objectivité que les sujets de droit n'auraient qu'à reconnaître ou interpréter.

Tel est le fondement de ce que dit Hans Kelsen : « Si la justice existait au sens où on l'invoque habituellement quand on veut satisfaire certains intérêts au détriment de ceux des autres, alors le droit positif serait tout à fait superflu et son existence inconcevable. »⁶ Si la justice et le droit ne sont pas fondés ontiquement et si on ne peut les fonder ontologiquement, alors le conflit d'interprétations relatif à la définition du « droit juste » est inévitable. Le pluralisme⁷, le relativisme et le droit à la divergence interfèrent aussi dans les réponses à la question du droit juste. Il faut, dès lors, se demander quelles justifications de la justice et du droit ont le plus de chances d'être reconnues.

Kelsen et Radbruch connaissent et acceptent le problème du relativisme.⁸ Kelsen relie les arguments suivants : Dans les sociétés coexistent des systèmes moraux entièrement différents et contradictoires; c'est pourquoi il n'y a que des valeurs relatives; l'exigence selon laquelle les normes devraient être justes pour être considérées comme relevant du droit revient à dire que ces normes doivent contenir quelque chose qui serait commun à tous les systèmes de justice; le seul point commun est que ces normes posent un comportement déterminé comme étant de l'ordre du devoir; « alors en ce sens relatif, tout droit est moral, tout droit constitue une valeur morale – relative. Avec cette nuance : la question du rapport entre droit et morale n'est pas une question relative au contenu du droit mais à sa forme »; si le droit est par définition moral, « cela n'a pas de sens d'exiger, sous la présupposition d'une valeur morale absolue, que le droit soit moral ». La conclusion de Kelsen consiste en la thèse de la séparation – la « séparation du droit et de la morale et du droit et de la justice » : « L'exigence soumise à la présupposition d'une doctrine relativiste des valeurs, exigence qui consiste à séparer le droit de la morale, et donc le droit de la justice signifie que [...] l'on exprime – quand un ordre juridique est estimé comme moral ou non-moral, juste ou injuste – le rapport de cet ordre juridique à un système moral parmi de nombreux autres systèmes possibles et non pas à ce qu'on appelle « la » morale, et que l'on exprime par conséquent un jugement de valeur relatif et non absolu. »⁹ Le bilan de Kelsen est le suivant : la théorie pure du droit « pose la question du droit réel et possible, et non celle du droit « idéal », « juste » ». ¹⁰

⁶ Kelsen 1985, p. 15.

⁷ Cf. Sandkühler 2004.

⁸ Cf. Sandkühler 2002.

⁹ Kelsen 1992, pp. 66-69.

¹⁰ *Ibid.*, p. 112.

Gustav Radbruch, qui se situe à l'antipode de Kelsen, souligne également dans sa *Philosophie du droit* (1932) l'importance du « relativisme » qui est, selon lui, la « présupposition idéelle de la démocratie ». ¹¹ Cependant, il en tire des conséquences tout à fait différentes : « le droit est la réalité dont le sens consiste à servir les valeurs juridiques, l'idée du droit. Le concept de droit s'appuie donc sur l'idée de droit. » Que contient cette idée de droit? Cette idée n'est rien d'autre que la justice. Il est question d'une justice qui n'est pas mesurée au droit positif; c'est le droit positif qui est mesuré par elle. ¹² Cette réhabilitation des principes du droit naturel semble rendre Radbruch impuissant face à des objections justifiées, qu'il a d'ailleurs aussi lui-même soulevées, contre la fonctionnalisation de la nature dans le concept de droit. Pourtant, tel n'est pas le cas. Radbruch attribue un caractère historique et une positivité juridique aux principes universels du droit à travers lesquels se réalisent les formes relatives de la justice. Il montre en 1945, que le relativisme des valeurs et du droit paie assurément le prix pour réhabiliter un droit naturel minimal. Ce prix est la conviction que le droit doit suivre la raison; il postule ainsi une raison dans le droit, raison post-métaphysique et non plus substantielle qui s'exprime dans les droits de l'homme devenus positifs.

Selon la « formule de Radbruch », un droit positif injuste peut aussi revendiquer une validité, mais seulement jusqu'au point où la négation de la justice atteint une telle ampleur que la loi devenue droit erroné doit faire place à la justice. ¹³

Dans le cadre de nouvelles théories de la justice, le « principe de la différence » formulé par John Rawls en vue d'une définition de la *justice sociale* a été primordial. Dans son esprit, les inégalités sociales et économiques ne sont admissibles dans une société juste que dans le seul but de favoriser au maximum ses membres les plus défavorisés. ¹⁴ La théorie de *justice politique* de Rawls mise sur un « overlapping consensus » entre vérités éthiques concurrentielles, et ce consensus est sensé être plus vaste qu'un « modus vivendi » stratégique.

La théorie libérale de justice a soulevé, entre autres, l'opposition de Martha C. Nussbaum. Celle-ci argumente, en se référant à Aristote, qu'une notion positive de « bonne vie » serait indispensable en politique. Les humains ont des aptitudes, ajoute-t-elle, « qui aspirent à une certaine application et attendent de celle-ci leur réalisation ». ¹⁵ Les aptitudes humaines fondamentales justifient elles-mêmes la revendication de leur réalisation pratique. Nussbaum en déduit aussi que l'État a

¹¹ Radbruch 1992, p. 3 sq.

¹² *Ibid.*, p. 34 sq.

¹³ Radbruch 1973, p. 345.

¹⁴ Rawls 1971, p. 72; Rawls 2001, p. 42 sq.

¹⁵ Nussbaum 1999, p. 112.

le devoir de créer de justes conditions permettant la réalisation des aptitudes humaines.

2. Le droit

Le droit existe dans un sens objectif comme subjectif. « Le droit objectif – en anglais *law* – est une règle d'action qui sert au vivre-ensemble. (...) On distingue le droit matériel de réglementation du droit judiciaire et procédurier d'imposition du droit matériel, le droit constitutionnel du droit simple, le droit contraignant (*ius cogens*) du droit dispositif (*ius dispositivum*) dont l'application peut être modifiée par les contractants, enfin le droit en rigueur (*de lege lata*) du droit futur (*de lege ferenda*). (...) Le droit subjectif, en anglais *right*, est la possibilité d'agir dans le cadre de règles de vie comme le droit, la morale, la politique, l'éthique, le droit naturel ou la révélation religieuse, c'est-à-dire la possibilité de faire ou de ne pas faire une chose, de la posséder ou de la réclamer. L'ordre existant peut reconnaître ces possibilités d'action, les permettre ou les générer. La notion du droit subjectif se réfère à la notion de devoir au niveau de la nécessité non-causale d'action (...). Georg Jellinek a proposé une classification spécifique courante encore de nos jours des droits publics subjectifs. Il différencie quatre rapports fondamentaux d'individu à l'État : une attitude passive de soumission au pouvoir, une attitude négative de défense contre les interventions du pouvoir dans la sphère privée de la liberté, une attitude positive de revendication à la productivité et à la reconnaissance et une attitude active d'engagement personnel en faveur de l'État. Alors que la première attitude de soumission passive ne mène pas aux droits subjectifs, les trois autres aboutissent aux droits subjectifs des *status negativus*, *positivus* et *activus*, c'est-à-dire aux droits de liberté, de revendication, de productivité et d'intervention/participation. »¹⁶

Ces énoncés succincts omettent une question essentielle à notre contexte – celle concernant les raisons d'une transformation d'un droit moral à la justice en droit positif. La réponse, qui ne peut être ici qu'esquissée, a des dimensions épistémologiques, anthropologiques et politiques : les humains ne disposent pas de la seule et unique vérité, pas plus qu'ils ne sont « par l'Être » appelés à être les représentants d'une vérité; ceci est aussi valable pour les vérités morales. Le savoir et l'agir moraux s'élaborent dans les contextes du pluralisme des cultures épistémiques et des pratiques sociales.

Les normes de conduite dérivent d'une multitude de versions possibles du monde dans les contextes desquelles les perceptions du bien, de la justice et de l'acte juste se différencient également. Il s'en suit un pluralisme et un relativisme des convictions morales et du comportement politique dans la société et l'État.

¹⁶ Von der Pfordten 2009.

Dans la mesure où, en absence de garantie de liberté et justice pour tous, la liberté individuelle s'anéantit elle-même, le pluralisme épistémique, moral et politique réclame une réponse à la question que posent les modalités d'une application de la justice.

Ma proposition est de répondre à cette question dans le contexte d'une théorie normative du droit et de l'État de droit. La critique pratique de l'injustice et des déformations de l'État de droit et de l'État social devient une critique dans le sens d'une justification normative des fonctions du droit et de l'État de droit. Quelles pourraient être les fondements d'une telle critique? L'éthique? La morale? La religion? Une éthique? Une morale? Une religion? Une obligation générale et praticable à une éthique, morale ou religion n'est pas une caractéristique des sociétés modernes. Hans Kelsen en déduisait « le renoncement à l'habitude tenace de poser des revendications, qui ne peuvent qu'avoir un caractère hautement subjectif, en se référant à une instance objective, et ceci même en toute bonne croyance de représenter l'idéal d'une religion, nation ou classe sociale ».¹⁷

De bonnes raisons s'opposent à l'hypothèse d'une éthique, morale ou religion qui pourrait jeter les bases universellement contraignantes et efficaces d'une critique de l'injustice. Je nomme ici l'expérience que nous avons de nous-mêmes : nous ne sommes pas absolument bons et n'agissons pas toujours d'après les règles du bien et de la justice.

Les considérations d'ordre théorique et pratique attestent en conséquence qu'aucune morale privée ne peut être la base d'une norme de justice et de critique à l'injustice. La critique doit se faire dans le cadre du droit. Il faut bien sûr ajouter ici dans le cadre *de quel droit*. Il ne peut être question de droit tout-court, mais bien du droit qui satisfait aux normes de la dignité humaine¹⁸, de l'égalité, de la liberté, de la justice et des droits de l'homme. Dans ce cadre, les préférences individuelles ne peuvent être universalisées. Pour cette raison exige l'État de droit des principes *formels* de justice, d'égalité et de généralité du droit indifférents aux interprétations du monde et aux préférences individuelles.

Les expériences que nous avons de nous-mêmes, et qui mènent à la transformation des revendications morales en droit positif, se reflètent dans la théorie politique des temps modernes, particulièrement dans la relation de la morale au droit – par exemple les hypothèses d'un contrat social – et dans la juridisation de la morale par le droit. La philosophie des Lumières se donna comme but le perfectionnement de l'espèce humaine. « Le progrès de l'humanité » fut une notion critique, dirigée vers le futur. L'idée d'un perfectionnement futur ne reposait pas sur un optimisme philanthropique. Bien au contraire : l'image de l'homme qui, dans la lignée de Machiavel, Pascal et Hobbes, influença la pensée historique et politique, était pessimiste. De Locke aux fédéralistes américains, en passant par

¹⁷ Kelsen 1985, p. XI.

¹⁸ Cf. Sandkühler 2007, 2007a, 2009a.

Kant, Turgot, Smith et d'autres, l'image de l'homme ne passe sous silence aucun des déficits foncièrement inhérents à la nature humaine. C'est ce que montre l'exemple des *Federalist Papers* destinés, en pleine phase de fondation des États-Unis, à en rechercher la forme d'organisation; ainsi de ce propos de J. Madison : « L'intérêt personnel de l'individu doit être associé aux droits constitutionnels. Que de tels artifices soient nécessaires est peut-être l'expression de l'imperfection de la nature humaine (...). Mais que les hommes aient besoin d'un gouvernement n'est-il pas déjà la plus claire expression du défaut de la nature humaine ? »¹⁹ La solution de Kant à ce problème est la suivante : « Dans leur méchanceté naturelle et dans leur situation de domination des uns sur les autres, les hommes ont besoin d'un pouvoir qui maintienne sous la *contrainte de la loi publique* chacune de leurs associations plus étendues et qui, ce faisant, garantisse à chacun son droit. (...) La contrainte qui peut être légalement imposée à un homme par un autre homme ne peut les viser, en tant qu'ils sont sujets de droits, qu'au moyen d'une *législation* à laquelle ils doivent obéir, à laquelle ils ont donné leur voix ou qui, plutôt, est devenue loi par l'union des volontés. (...) quand bien même nous n'aurions pas de raisons théoriquement suffisantes, quand bien même les politiciens nous vanteraient de tous autres moyens, il nous faudrait *agir comme si* le genre humain aspirait toujours à être meilleur. »²⁰

Dans cette perspective, la juridisation des revendications morales à la justice émane d'une *anthropologie critique* qui implique le déficit moral des humains.

Il existe un troisième bon argument pour la transformation des revendications morales en droit positif. Il émane d'un scepticisme envers les acteurs du droit et de l'État, donc envers nous-mêmes. Le chemin est long entre les convictions d'ordre moral et leur application. Ceci est une évidence. Et parce qu'elle nous est évidente, nous misons sur une juridiction qui protège dans l'État de Droit les libertés subjectives en un système juridique objectif jouissant de la plus large

¹⁹ J. Madison, *The Federalist No. 51*. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. *Independent Journal* Wednesday, February 6, 1788 : « The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature ? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this : you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions. »

²⁰ Kant, Ein Reinschriftfragment zu Kants «Streit der Fakultäten» (aus dem Nachlass: bis 1798), *Loses Blatt* Krakau. In : *Kant-Studien* 51 (1959/60), pp. 5-8.

acceptation unanime possible. En citant Habermas : « Le droit transfère les exigences normatives des individus libérés de leur charge morale aux lois, qui assurent la compatibilité des libertés d'action individuelles. »²¹ Habermas ajoute : « Le système juridique (...) signifie pour l'individu, sous l'aspect de la complémentarité du droit et de la morale, une décharge des responsabilités de son propre jugement moral. »²²

3. *La justification*

Ma thèse de départ était que tous les énoncés sur la justice et le droit nécessitent une justification épistémique, car la vérité des choses ne se manifeste pas par elle-même. « Justification épistémique » est une des notions essentielles et controversées de la théorie de la connaissance et du savoir.²³ D'après la définition communément courante aujourd'hui du mot, « savoir » est une conviction vraie justifiée. Au lieu de définition, il serait plus adapté de parler de problème. Les représentants d'un réalisme métaphysique partent d'une directe référence de nos énoncés aux objets, évènements etc., et parviennent à un autre résultat en ce qui concerne la justification épistémique que les représentants des réalisme interne, pluralisme et contextualisme. Ces derniers admettent une dépendance de la pensée et de la connaissance, ainsi que de nos énoncés de réseau sémantique et sémiotique, de systèmes de signes, symboles, descriptions et interprétations.

La conviction d'un sujet *S* à propos d'un fait donné *p* est reconnue comme étant licite vue d'une perspective réaliste si le sujet croit disposer à un moment défini d'une raison suffisante de justification. Les conditions nécessaires sont les suivantes :

- (i) *S* croit que *p*;
- (ii) *p* est vrai et
- (iii) *S* peut justifier sa certitude.

Mais il est douteux que cette *triade de prémisses* soit entièrement réalisable. Si elle l'était, il serait juste de parler de savoir comme conviction justifiée ou croyance vraie justifiée – si la différence entre savoir et croire et la signification de « vrai » étaient définissables sans équivoque et les critères et standards de justification incontestables. Chaque déclaration d'un sujet par rapport à *p* est liée

²¹ Habermas 1994, p. 110.

²² *Ibid.*, p. 147.

²³ La notion de justification est intimement liée aux notions de droit et de justice; cf. Mann 1992. Nous ne pouvons ici traiter l'aspect théologique de justification; celle-ci a deux préliminaires: le péché originel et le libre-arbitre; justification est d'après Thomas d'Aquin l'acte de grâce de Dieu. Pour la justification épistémique cf. Goldman 1979, Alston 2005, Matthiessen/ Willaschek 2009, Sandkühler 2009.

par une attitude propositionnelle au contenu propositionnel p : S croit, souhaite, craint, affirme « que p ». Les conditions de plausibilité des convictions sont examinées pour la simple raison que, dans la majorité des cas, leur fondement n'est pas évident. Les attitudes propositionnelles se basent sur des convictions.

L'observance de règles de justification conditionnelle empirique de conviction – sois convaincu « que p », si l'existence de p est garantie de manière empirique – ne fait pas la règle, mais l'exception. En tant que norme de justifications du savoir elle n'est pas universalisable. La plupart des convictions ne seront pas justifiées de façon empirique, leur véracité supposée se base bien mieux sur une *reconnaissance pragmatique* individuelle et interindividuelle. L'énoncé de « p » est accepté comme vrai si une personne ou un groupe a de bonnes raisons (des raisons supposées bonnes) de le reconnaître comme tel. Ce qui est reconnu est censé être justifié.

Sommes-nous à même de nous attribuer un savoir et d'émettre ainsi des énoncés sur le monde extérieur pouvant passer pour vrais? La réponse du réaliste interne à cette question ne sera pas le « oui » du représentant de la théorie de correspondance, pas plus que le « non » du sceptique; sa réponse contextualiste sera : « cela dépend ». La véracité du savoir est une vérité caractérisée par le contexte sémantique respectif. Au processus de genèse du savoir et à sa dynamique participent des postulats d'autorité et des standards de justification spécifiques. Leur sont inhérents un certain habitus, certaines évidences, perspectives et présuppositions, certaines convictions, des lieux-communs langagiers, sémiotiques et sémantiques, des habitudes de comportements, des pratiques et techniques culturelles spécifiques et des valeurs, normes et règles reconnues dans ce contexte précis.

Tant qu'on y adhère, une conviction est une habitude qui ne s'évalue pas – pas d'emblée du moins – en regard de critères de rationalité et/ou de moralité. Elle remplit sa fonction d'habitude et échappe, en tant qu'opinion évidente, au savoir et au contrôle de celui qui y adhère. Le « tribunal de la raison » de Kant n'existe pas pour les convictions. Nos convictions créent par le biais de stéréotypes et de routines une identité propre, une conformité aux communautés de convictions. Ou bien, avec les mots de R. Rorty : « Qui a des convictions (...) sera toujours à même d'en justifier la plupart en se référant pour ce faire à des raisons qui correspondent aux exigences de cette communauté. »²⁴

Le problème épistémologique lié aux convictions et à leur justification ne réside pas dans le fait que la connaissance serait en fait censée représenter la réalité comme telle. Il ne repose pas dans le fait que les convictions engendrent des attitudes propositionnelles et contaminent ainsi les contenus propositionnels. Les convictions se rapportant à des faits peuvent être pertinentes car la réalité

²⁴ Cf. Rorty 1994, p. 29.

n'oblige à aucune conviction et les versions possibles du monde jouissent d'une grande part de liberté. L'erreur est humaine.

Concernant les entités non-observables, il semble n'exister aucune différence entre conviction et savoir. Le savoir est dans tous ces cas une forme de croyance et la vérification ne peut être assurée ni ontologiquement, ni épistémologiquement. Ce genre de convictions n'est pas l'exception, mais bien au contraire plus répandue et représentée dans les cultures épistémiques que les convictions appuyées sur l'empirie. Dans la vie sociale quotidienne, la plupart des convictions souscrivent *de facto* à d'autres normes que celles de la justification empirique.

Toutefois le sens commun peut évoluer par raisons pragmatiques dans le cadre des convictions sans pour cela réclamer une garantie ontologique pour les propositions qu'elle induit. Ceci est surtout valable pour les convictions et discours religieux et idéologiques, dans lesquels la différence entre « existant » et « non-existant » comme base d'évaluation du « vrai » et « non-vrai » disparaît. Au lieu d'une revendication de réelle existence de p apparaissent des critères de reconnaissance épistémique de ce que p . Ces derniers se contentent de motivations beaucoup plus déficientes que les justifications épistémiques. La reconnaissance d'un fait ne présuppose pas l'existence de motifs empiriques pour sa justification. La reconnaissance a ses sources dans les expériences depuis toujours éprouvées, dans la vraisemblance d'autorités, dans les critères présumés de l'utilité et dans l'aboutissement : je suis autorisé à savoir « que p » si l'expérience l'enseigne, si les autorités le croient ou croient le savoir, si cela est utile ou bien facilite le succès, le mien comme celui d'un tiers, du peuple, de l'humanité.

Ces convictions sont essentiellement infaillibles. Leur démenti empirique ne dévalorise pas nécessairement leur rôle de savoir qu'il y a lieu de croire. Car la reconnaissance d'une conviction comprise comme justification résulte de la conviction première qu'un système de convictions est cohérent²⁵ et, dans l'ensemble de ses évidences, justifié.²⁶

C'est la raison pour laquelle je plaide pour une *stratégie faible de la reconnaissance* plutôt que pour une stratégie forte de justification épistémique; la stratégie faible est fondée sur des évidences et ontologiquement neutre. Elle se contente de la supposition de correspondance, mais *de facto* n'attend pas davantage que la cohérence; elle est fonctionnelle, fondée de manière pragmatique et facilite la *compréhension* des convictions et de leurs énoncés. Elle minimise les revendications de vérité normatives : le système de convictions décide de l'utilisation du prédicat « vrai »; « vrai » ne doit pas nécessairement désigner une relation entre les énoncés appartenant à un système de convictions et faits du «monde réel»; une conviction sera reconnue comme vraie, si elle reste en toute

²⁵ Bonjour 1985, p. 93 sq.

²⁶ On n'attend pas de propositions dans un système cohérent qu'elles soient en relation *causale* ou déductive ou justifiées.

évidence non-réfutée. Cette stratégie faible accepte le problème que le pluralisme de convictions concurrentielles, respectivement cohérentes et tenues pour vraies puisse entraîner le relativisme.

La question n'est pas si cette stratégie existe, mais plutôt d'en estimer la portée; il est évident que les opinions, dogmes et convictions trouvent leur reconnaissance de cette manière. Le problème est de savoir si cette stratégie se limite au secteur des opinions collectives et religieuses, idéologiques et doctrinales. Est-elle aussi défendable en philosophie et sur le terrain de la science?

Vouloir savoir, pouvoir savoir, pouvoir croire et « avoir » un savoir sont inhérents à l'humain. De même qu'il est humain de se référer à de bons motifs et justifications du savoir. En dépit de positions relativistes courantes au quotidien, le doute radical et un relativisme épistémologique de l'aléatoire sont non seulement contre-intuitifs mais encore, en regard de la nécessité d'agir, contre-producteurs.

En philosophie, il doit être permis de demander quelle *certitude* peut offrir quel savoir à qui et dans quelles limites des revendication de savoir et de vérité peuvent être validées à bon escient. Le non-aboutissement et le non-savoir, l'incertitude et le doute appartiennent au pouvoir-savoir. En tant que provocation permanente intimement liée au *savoir de dimension humaine*, la question de la certitude oblige à considérer, dans une perspective critique, tout individuel « je sais » plus humblement comme un « je crois savoir ».

Cette retenue facilite la reconnaissance de l'altérité, la charité (principe de l'interprétation bienveillante) dans l'effort de compréhension, la tolérance envers les convictions d'autrui dans les limites moralement et juridiquement défendables exprimées par les droits de l'homme et le *sensus communis* en base normative de la reconnaissance de convictions en tant que savoir.

Bibliographie

- Alston, W.P., 2005, *Beyond Justification. Dimensions of Epistemic Evaluation*, Ithaca/London.
- BonJour, L., 1985, *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge (MA.)
- Goldman, A., 1979, What is justified belief? In : Pappas 1979.
- Gosepath, S., 2009, Gerechtigkeit. In : H.J. Sandkühler (Éd.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2^{ème} éd., 3 vol., vol. 1, Hamburg.
- Habermas, J., ⁴1994 [1992], *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M.
- Hamilton, A./ J. Madison/ J. Jay, 1993, *Die Federalist Papers*. Übers., eingel. und mit Anmerkungen versehen v. B. Zehnppennig, Darmstadt.
- Kelsen, H., 1985 [1934], *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl.. Mit Vorw. zum Neudruck v. S.L. Paulson, Aalen.
- Kelsen, H., 1992 [1960], *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollst. neu bearb. und erw. Aufl. 1960, Nachdruck, Wien.
- Kelsen, H., 2000 [1953], *Was ist Gerechtigkeit?* Nachwort von Robert Walter, Stuttgart.
- Mann, W., 1992, Rechtfertigung. In : J. Ritter/ K. Gründer (Éd.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 8, Basel/Stuttgart.
- Matthiessen, H.O./ M. Willaschek, 2009, Rechtfertigung, epistemische. In : H.J. Sandkühler (Éd.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2^{ème} éd., 3 vol., vol. 3, Hamburg.
- Meyer, L.H., 2009, Rechte zukünftiger Generationen. In : H.J. Sandkühler (Éd.), *Enzyklopädie Philosophie*, 2^{ème} éd., 3 vol., vol. 3, Hamburg.
- Pappas, G. (ed.), 1979, *Justification and Knowledge*, Dordrecht.
- Radbruch, G., ²1959 [1947], *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen.
- Radbruch, G., 1963 [³1932], *Rechtsphilosophie*. Sechste Aufl. Nach dem Tode d. Verf. besorgt v. Erik Wolf, Stuttgart.
- Radbruch, G., ⁸1973, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart.
- Radbruch, G., 1990, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. In : idem, *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III*, hg. v. Winfried Hassemer.
- Radbruch, G., 1999 [1932], *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hg. v. R. Dreier/ S.L. Paulson, Göttingen.
- Rawls, J., 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge MA.
- Rawls, J., 2001, *Justice as Fairness*, Cambridge MA.
- Rorty, R., 1994, *Hoffnung statt Erkenntnis. Eine Einführung in die pragmatische Philosophie*. Aus d. Amerik. v. J. Schulte, Wien.
- Sandkühler, H.J., 2002, ‚Natur‘ des Rechts und Relativismus im Recht. Eine Studie zu Gustav Radbruch und Hans Kelsen im Kontext des Neukantianismus. In : *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, hg. v. R. Alexy et al., Baden-Baden 2002.
- Sandkühler, H.J., 2004, Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights. In : idem/Hong-Bin Lim (eds.), *Transculturality – Epistemology, Ethics, and Politics*, Frankfurt/M. et al.
- Sandkühler, H.J. (Éd.), 2007, *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*, Frankfurt/M. et al.
- Sandkühler, H.J., 2007a, Menschenwürde und die Transformation moralischer Rechte in positives Recht. In : idem 2007.