

## L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ?

**Jérémie VAN MEERBEECK**

*Professeur invité à l'Université Saint-Louis (Bruxelles)*

*Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles*

« We are all relationalists now »  
(R.E. Scott).

**Abstract:** *This article aims to show that the concept of relation is intrinsically linked to the birth of Western law, particularly in Aristotle's theory of justice. This relational conception has however been progressively challenged by the individual's legal paradigm, which reached its peak in the 17th and 18th centuries. Yet, since then, this paradigm has revealed its flaws and has had to abandon its former unchallenged monopoly.*

**Key words:** *Aristotle – Relation – Individual – Legal paradigm*

**Résumé :** La présente contribution tend à montrer que le concept de relation est intrinsèquement lié à la naissance du droit occidental, particulièrement dans la théorie de la justice d'Aristote. Cette conception relationnelle a, cependant, été progressivement remise en cause par le paradigme juridique de l'individu, qui atteint son apogée aux 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles. Depuis, ce paradigme a toutefois révélé ses failles et a dû abandonner son monopole autrefois incontesté.

**Mots clés :** Aristote – Relation – Individu – Paradigme juridique

**Pour citer cet article :** Jérémie VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 172-188.

Emmanuel Jeuland écrivait récemment<sup>1</sup> qu'une étude d'histoire du droit serait nécessaire pour étayer l'affirmation de Jean Carbonnier selon lequel les « juristes classiques n'avaient pas tort de faire du rapport de droit une de leurs notions primordiales »<sup>2</sup>. Un tel objectif exigerait assurément une recherche d'importance et dépasse l'ambition des lignes qui suivent. Nous nous proposons, plus modestement, d'en poser les premiers jalons<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 393.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 341.

<sup>3</sup> Le présent texte constitue une version remaniée et abrégée d'un article qui sera publié dans un ouvrage intitulé : *Le droit en transition - Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*.

À cette fin, il nous paraît indispensable de montrer comment, alors que l'approche relationnelle<sup>1</sup> du droit est indissociable de l'émergence du droit occidental, le développement progressif du paradigme juridique de l'individu a eu pour effet de l'éclipser du discours juridique (I). Nous terminerons ce trop bref parcours des idées juridiques en évoquant les circonstances qui ont permis de remettre en cause le monopole de ce paradigme individuel, parmi lesquelles l'apparition de nouvelles approches relationnelles du droit (II).

## I. DE LA RELATION À L'INDIVIDU

Le temps et, surtout, l'espace nous manque pour consacrer à cette mise en contexte les développements qu'elle mérite. Il s'agit donc ici tout au plus de retracer les grandes lignes de l'histoire de la pensée juridique sous le prisme du passage de l'approche relationnelle du droit (A) au paradigme juridique de l'individu (B).

### A. De l'approche relationnelle classique<sup>2</sup>...

Le droit occidental trouve, incontestablement, sa source la plus ancienne dans l'antiquité, grecque et romaine. Il est extrêmement difficile de nous remettre dans ce contexte où prévalait une conception du monde radicalement différente de la nôtre. Dans les premières sociétés gréco-romaines, le fondement social n'était pas l'individu mais la famille, soumise à l'autorité unique du *paterfamilias*. À l'origine, la conception grecque ne distinguait pas clairement nature (*phusis*) et culture (*nomos*), cosmos et ordre social, ces notions étant situées sur une sorte de continuum social, chaque être ayant un but (*telos*), dont la poursuite permettait l'accomplissement de sa nature et contribuait à l'harmonie préordonnée des choses. Seuls les êtres humains (dotés du *logos*) pouvaient saisir cet ordre naturel<sup>3</sup>.

Rapidement, cependant, les sophistes ont souligné la nécessité de distinguer entre nature et convention et conclu soit à l'identification de la justice à la loi naturelle du plus fort, soit à la réduction du droit à de pures conventions. Cette approche sceptique va susciter la réaction, notamment, d'Aristote, qui s'évertuera à défendre une conception téléologique de la justice étroitement liée à la vie dans la cité<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Nous entendons le terme « relationnel », à ce stade, de la façon la plus large et neutre possible comme renvoyant à ce qui concerne la notion de relation.

<sup>2</sup> Le terme « classique » est entendu par opposition à « moderne ».

<sup>3</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Penguin Books, 2014, pp. 18-42.

<sup>4</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., 2003, pp. 62-64.

L'homme étant un animal politique, doté du *logos*, sa cause finale (ce que vers quoi tout être tend, ce qu'il est en puissance et est appelé à devenir en acte) est d'être un citoyen vertueux, épris de justice<sup>1</sup>, car c'est le propre de l'homme d'avoir le « sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste, et des autres notions morales, et c'est la communauté de ces sentiments qui engendrent famille et cité »<sup>2</sup>.

Partant de la notion d'homme injuste, Aristote distingue celui qui ne respecte pas la loi, d'une part, et celui qui rompt l'« égalité » à son profit et prend plus que son dû, d'autre part<sup>3</sup>. À partir de là, il distingue deux types de justice : la première, vertu complète, consiste à respecter la loi et la seconde, vertu particulière, à respecter l'égalité. De la justice universelle, Aristote écrit qu'elle est « une vertu complète, non pas cependant au sens absolu, mais dans nos rapports avec autrui » de sorte qu'on la considère « comme la plus parfaite des vertus » et que « ni l'étoile du soir, ni l'étoile du matin ne sont ainsi admirables ». Elle est « une vertu complète au plus haut point », parce que « l'homme en possession de cette vertu est capable d'en user aussi à l'égard des autres et non seulement pour lui-même » et que « seule de toutes les vertus », elle « est considérée comme étant un bien étranger parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté »<sup>4</sup>.

Quant à la justice particulière, elle comprend la justice distributive, qui consiste à donner à chacun ce qui lui revient selon ses mérites, et la justice commutative, qui vise à rétablir l'équilibre premier, en redressant le déséquilibre résultant par exemple de la mauvaise exécution d'un contrat ou du tort causé à quelqu'un en matière extracontractuelle. Alors que la seconde suit une formule arithmétique (on remet dans le *pristin* état), la justice distributive se conçoit selon une proportion géométrique. Le juste ainsi compris est, écrit Aristote, « une sorte de proportion », étant « une égalité de rapports et supposant quatre termes au moins »<sup>5</sup>. Ainsi, quelqu'un qui serait deux fois plus méritant qu'un autre ne pourrait se voir accorder que deux fois plus, sous peine de violer la règle de proportionnalité.

<sup>1</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, pp. 35-45. Pour les Grecs, ne pas être patriote, ne pas être un citoyen actif, c'était être un « idiot » (étymologie : celui qui se retire de la vie de la cité). Cet auteur relève que religion, famille et territoire étaient inséparables, de sorte que le patriotisme était la vertu la plus élevée de l'ancien citoyen, la défense de la cité s'identifiant à la défense de son identité (pp. 24-25).

<sup>2</sup> ARISTOTE, *La politique*, trad. par J. Tricot, Paris, Vrin, 1995, p. 29.

<sup>3</sup> Notons d'emblée qu'il faut se garder d'interpréter le terme d'égalité avec notre compréhension de juriste moderne (la traduction anglaise utilise d'ailleurs le terme « *fairness* », qui renvoie plutôt à la notion d'équité). La pensée grecque était, malgré la démocratie athénienne, fondamentalement inégalitaire.

<sup>4</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983, pp. 218-219.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 228.

Ce qui est déterminant pour notre propos, ce sont les termes utilisés par Aristote : la justice universelle est considérée comme étant une vertu complète mais pas absolue car elle se conçoit dans son rapport à autrui et la justice distributive se pense non pas de façon abstraite et individuelle (chaque individu est titulaire de tel ou tel droit) mais en prenant en compte, sur le registre de la proportion, les relations entre individus, au terme d'une évaluation des mérites de chacun. Comme l'écrit Michel Villey, la conception aristotélicienne de la justice concerne, au sens strict, les rapports sociaux : la justice attribuée à chacun ce qui doit lui revenir dans la cité<sup>1</sup>. Sophie Klimis note pour sa part que, pour le Stagirite, la justice distributive ne s'identifie pas à la simple réciprocité et se règle sur la proportion plutôt que sur l'égalité<sup>2</sup>.

Sans entrer dans le débat subtil de la place de l'individu et du sujet dans la philosophie grecque<sup>3</sup>, on peut à tout le moins s'accorder sur le fait qu'elle est nettement moins centrale que dans la conception moderne et, avec encore davantage de certitude, que les Grecs n'avaient pas développé une doctrine des droits naturels individuels<sup>4</sup>. De façon générale, en Grèce, le droit est conçu de façon peu différenciée par rapport à la notion de justice, qui elle-même est étroitement associée à la politique (donc à la vie dans la cité)<sup>5</sup>.

À Rome, les choses ont évolué différemment. Fortement religieux à l'origine (ce sont les prêtres qui disent le droit), le droit romain se laïciserait progressivement mais conservera, à tout le moins jusqu'au troisième siècle de notre ère, ses traits particuliers : un droit coutumier, jurisprudentiel, casuistique, orienté par des experts, « à géométrie variable, fluide, en perpétuel mouvement »<sup>6</sup>. Selon Michel Villey, le *jus romain* n'est pas le pouvoir d'un individu mais l'obligation elle-même, le *rapport* existant entre le créancier et le débiteur<sup>7</sup>. En droit romain, les rites jouent un rôle déterminant : procédures, voies de droit, formules d'actions adaptées par les pontifes au fur et à mesure. Annette Ruelle souligne, là aussi, la dimension relationnelle (même si conflictuelle) du procès romain : le « dispositif rituel de l'action est (...) au service de la mise en évidence de la relation

<sup>1</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., 2003, p. 69. Voy. dans le même sens l'introduction par D. Agacinski de la traduction par R. Bodeus de l'*Éthique à Nicomaque* : « La leçon majeure de la philosophie du droit d'Aristote est la limitation du champ du droit aux relations entre les hommes (...) » (*Éthique à Nicomaque*, L. V, trad. par R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 24). On ne peut donc suivre E. JEULAND lorsqu'il écrit qu'il « faut sans doute remonter à Aristote pour voir privilégier la substance sur la relation » (*Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 382). Il est vrai que sa conception de la relation n'est pas aristotélicienne.

<sup>2</sup> S. KLIMIS, *L'énigme de l'humain et l'invention de la politique*, Louvain-La-Neuve, De Boeck, 2014, p. 255.

<sup>3</sup> Sur la question, voy. S. KLIMIS, « Individualité et subjectivation dans l'*Illiade* d'Homère », in *La fabrique du sujet. Histoire et poétique d'un concept*, C. DUMOULIE (dir.), Paris, Ed. Desjonquères, 2011, pp. 21-38.

<sup>4</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, 1997, p. 45.

<sup>5</sup> M. VILLEY relève que la langue grecque n'a qu'un seul mot (*dikaion*) pour le droit et le juste et que, chez Platon, droit et justice sont indissociables (*La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, pp. 66-68).

<sup>6</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. et J. Bouffartigue, Belin, 2008, pp. 53-64.

<sup>7</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 246.

interpersonnelle à partir de ses sujets d'une manière qui témoigne de la rationalité de l'interaction sociale (...) »<sup>1</sup>.

Contrairement à certaines idées reçues, ce n'est que tardivement (et très progressivement) que le droit naturel a pénétré le discours juridique romain. Aldo Schiavone relève que la référence à la justice et à l'équité dans le texte anonyme *Rhétorique à Herrenius*, apparu dans le courant du I<sup>er</sup> siècle avant l'ère chrétienne, est une nouveauté presque absolue dans le langage romain<sup>2</sup>. Il faudra encore attendre quelques siècles pour qu'Ulpien, repris dans le *Digeste* de Justinien, dérive le mot droit (*ius*) de celui de justice (*iustitia*)<sup>3</sup>, qu'il définit, à la suite de Cicéron et des philosophes grecs avant lui, comme étant « la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun ce qui lui est dû »<sup>4</sup>. Ce « droit de chacun », nous dit Michel Villey, ce n'est toutefois pas un droit subjectif prédéfini mais le « problème que le juriste devra résoudre, et qu'il devra traiter en tenant compte à chaque fois des circonstances et de tous les intérêts en cause afin d'instaurer ou de maintenir une juste distribution »<sup>5</sup>. À partir des mêmes définitions, Xavier Dijon conclut que le droit se cherche moins dans la loi positive que dans « sa finalité même qu'est l'établissement d'un *rapport* équitable entre les justiciables »<sup>6</sup>.

Enfin, si la question de savoir si le concept de droit individuel, voire de droit subjectif, peut être identifié dans le droit romain est sans aucun doute complexe, il est clair qu'il n'était pas au cœur de cet ordre juridique<sup>7</sup>. Comme l'écrit Aldo Schiavone, la pensée juridique romaine « n'élaborera jamais une théorie de la subjectivité capable de supporter la radicalité d'un virage individualiste », ni une « véritable doctrine des droits de l'homme »<sup>8</sup>.

Les paradigmes du *nomos* grec et du *ius* romain se sont donc développés dans des directions différentes, le premier confronté à l'idée substantielle de *justice* et axé sur une réflexion éthique liée à la *politique* dans le cadre d'une expérience publique de l'ordonnement social sans spécificité juridique, le second concentré, sous réserve de développements tardifs, sur la *légalité* et cadré par un

<sup>1</sup> A. RUELLE, « La parole antique en procès. Droit romain, théâtre grec, langue latine », in *Le droit malgré tout. Hommages à François Ost*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 502 et 526.

<sup>2</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, op. cit., p. 411. Selon sa traduction : « La justice est l'équité qui attribue à chacun son droit, pour la dignité de chacun ».

<sup>3</sup> Il s'agit d'une fausse étymologie, ou plutôt d'une inversion étymologique, le mot *iustitia* étant « une rareté absolue dans la langue et dans l'appareil conceptuel des juristes » (*Ibid.*, p. 569).

<sup>4</sup> *Digeste*, I.1.1, 1 et 10.

<sup>5</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 484.

<sup>6</sup> X. DIJON, « Esquisse historique des références philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, L.-L. CHRISTIANS e.a. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 (nous soulignons).

<sup>7</sup> Si M. VILLEY (*La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 245) et L. SIEDENTOP (*Inventing the Individual*, op. cit., p. 151) concluent à l'inexistence du droit subjectif en droit romain, B. TIERNEY est plus nuancé : « Roman jurists did not conceive of the legal order as essentially a structure of individual rights in the manner of some modern ones » (*The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 18).

<sup>8</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, op. cit., 2008, p. 437.

formalisme confié à une science rigoureuse et puissante<sup>1</sup>. Au-delà de leurs différences, les penseurs de l'antiquité avaient cependant en commun de ne pas prendre comme point de départ du droit et de la justice l'individu mais la relation, qui se trouve au cœur de la conception grecque de la justice et du procès romain. La relation est, certes, envisagée par les Grecs dans un contexte d'harmonie et de consensus alors que, chez les Romains, elle se développe dans le conflit et le *dissensus* mais, dans un cas comme dans l'autre, l'individu n'est pas davantage la source du droit qu'il n'en est la fin<sup>2</sup>. Le renversement complet qui s'ensuivra n'est que plus saisissant.

## B. ... Au paradigme juridique de l'individu

### 1. La naissance de l'individu

Durant la période hellénistique, certains philosophes ont commencé à réfléchir à une nature universelle ou humaine sous-jacente aux différentes conventions sociales et dépassant le cadre de la cité<sup>3</sup>. Ainsi, les stoïciens concevaient le droit naturel inhérent à l'humanité comme l'expression de la volonté divine qui imprégnait et organisait tout le cosmos. Cicéron évoquera plus tard une force innée aux humains grâce à laquelle ils peuvent discerner le *ius naturae* qu'ils doivent respecter<sup>4</sup>. Parallèlement, le monothéisme juif proposait, dans un monde subordonné à l'*imperium* romain, un pendant religieux à l'expérience sociale dominante : la soumission à une *volonté* supérieure, plutôt qu'aux préceptes de la *raison*. Selon le philosophe américain Larry Siedentop, le message chrétien va remplacer le postulat de l'inégalité naturelle par celui de l'égalité morale, associée à l'idée de liberté humaine universelle, en combinant les spéculations stoïciennes au sujet d'une nature universelle avec la préoccupation du judaïsme de conformité avec une volonté divine. Cette volonté n'est cependant plus purement externe mais se trouve internalisée, Paul établissant un lien entre volonté divine et action humaine et suggérant que les deux peuvent être fusionnées en chaque humain. Cette fusion, selon le philosophe, marque la (vraie) naissance de l'individu, à travers la création de la conscience, et exalte la liberté et le pouvoir de l'individu dans une perspective universelle<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Ibid.*, pp. 404 et 405.

<sup>2</sup> Comme le conclut M. WALINE, l'idée que l'individu n'est pas la fin du droit « paraît avoir dominé l'antiquité païenne » (*L'individualisme et le droit*, Ed. Domat Montchrestien, 2ème éd., 1949, p. 55).

<sup>3</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. op. cit.*, pp. 45-47.

<sup>4</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights, op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>5</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual op. cit.*, pp. 51-65. Selon lui, ceux qui ont célébré la Renaissance ont confondu la recherche de *l'individualité*, qui est une notion esthétique, avec l'invention de *l'individu*, qui est une notion morale (*Ibid.*, pp. 333-338).

Durant les siècles qui vont suivre la chute de l'Empire romain d'Occident, le monde intellectuel sera essentiellement dominé par l'Église chrétienne<sup>1</sup>. Saint Augustin évoque ainsi une nouvelle source de justice, la justice « véritable », qui ne « se trouve que dans la foi du christ »<sup>2</sup>, et initie une doctrine de la verticalité descendante où les commandements viennent d'en haut et sont d'origine divine ou humaine<sup>3</sup>. L'interprétation par Augustin de la définition classique de la justice révèle le contraste avec la pensée de l'antiquité : « la justice est cette vertu qui rend à chacun ce qui lui appartient. Quelle est donc cette justice de l'homme, qui dérobe l'homme même au vrai Dieu pour l'asservir aux esprits impurs ? Est-ce là rendre à chacun ce qui lui appartient ? »<sup>4</sup>. Il n'est plus question de déterminer, dans une relation donnée, ce qui revient à chacun selon les principes de la justice distributive mais bien de veiller à respecter la justice divine, dont le contenu n'est pas à construire mais est donné par la révélation. Sur le plan juridique, toutefois, on est encore loin de la notion de droits naturels inhérents à l'espèce humaine ou de la consécration de droits subjectifs par le droit positif.

## 2. L'individu, titulaire de droits

Selon Marcel Gauchet, le passage de l'an mil constitue une rupture décisive qui va déterminer la suite de l'histoire occidentale. À cette époque se réalise ce qui se trouvait en puissance depuis l'invention monothéiste, particulièrement chrétienne, à savoir le partage des ordres de réalité entre monde visible et invisible, qui permettra aux hommes d'inscrire autrement leur action en ce monde. Pour la première fois de l'histoire, écrit-il, « ce bas monde devient un horizon par lui-même », marquant le début de l'autonomisation de l'homme par rapport aux cieux et la naissance de la notion de croissance matérielle<sup>5</sup>. On s'en doute, une telle évolution implique des changements d'ordre socio-économique, politico-religieux et philosophico-juridique.

Sur le plan socio-économique, le renouveau de la vie urbaine est un des traits les plus remarquables des XI<sup>ème</sup> et XII<sup>ème</sup> siècles en Europe. Les villes sont devenues des marchés et, grâce à l'affranchissement graduel des bourgs, les artisans et les marchands constituent une nouvelle classe sociale dévouée au commerce, composée de personnes égales formellement et libres de se déplacer, d'acheter et de vendre, qui aspire à un environnement sécurisé et donnera naissance à la bourgeoisie<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, pp. 102-104.

<sup>2</sup> AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. par MM. Péronne, Ecalte, Vincent, Charpentier, Paris, Ed. Louis Vivès, 1870, Livre XXI, chap. 16, p. 29.

<sup>3</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, L.G.D.J., coll. *Quid juris ?*, 2006, pp. 72-74.

<sup>4</sup> AUGUSTIN, « La cité de Dieu », *op. cit.*, p. 31.

<sup>5</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, Entretiens avec Fr. Azouvi et S. Piron, Gallimard, 2005, pp. 167-196.

<sup>6</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, pp. 265-276.

À la même époque, une tension permanente oppose les pouvoirs temporel et spirituel, illustrée par la célèbre querelle des investitures qui révèle la profonde réforme que connaît l'Église<sup>1</sup>. Si l'autonomisation du monde terrestre justifie la position médiatrice de cette dernière, elle limite ses prétentions politiques et prépare le passage au premier plan des royaumes, entités plus limitées que les empires sur le plan territorial mais qui ambitionnent un pouvoir complet dans cette sphère limitée<sup>2</sup>. Les rois ont cessé d'être les agents directs du gouvernement spirituel et la papauté a admis la juridiction autonome des pouvoirs temporels, annonçant la disparition du système féodal et la création, quelques siècles plus tard, des États modernes<sup>3</sup>.

Enfin, les X<sup>ème</sup> et XI<sup>ème</sup> siècles marquent la redécouverte, grâce à l'occupation arabe de la péninsule ibérique, d'une grande partie de l'héritage grec, notamment de l'œuvre d'Aristote qui fascinera des auteurs comme Thomas d'Aquin. Au début du XII<sup>ème</sup> siècle, un professeur de Bologne du nom d'Irnerius enseigne, au lieu des lois germaniques, le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, qui semblait avoir disparu depuis le VII<sup>ème</sup> siècle<sup>4</sup>. Si le droit chrétien médiéval d'Augustin pouvait suffire à des communautés rurales et à des groupes féodaux restreints, il est trop vague pour réguler le renouveau économique, et ne peut concurrencer la structure, la logique mais surtout la méthode du droit romain codifié par Justinien<sup>5</sup>. Par ailleurs, les dirigeants séculiers ne manquent pas de s'inspirer de la division, au sein de la papauté, entre différentes sections s'occupant de législation, de décisions juridictionnelles et d'administration. À partir de là, l'innovation juridique devient le cœur de l'autorité souveraine et ne doit plus se déguiser en redécouverte d'une coutume négligée<sup>6</sup>. Dans l'ombre de l'autorité normative, les individus, initialement désarmés, vont cependant acquérir un statut qui, à terme, fera d'eux la source du pouvoir politique grâce aux théories du contrat social.

S'écartant des thèses de Michel Villey, qui associe la naissance du droit subjectif à la pensée de Guillaume d'Occam au XIV<sup>ème</sup> siècle<sup>7</sup>, l'historien Brian Tierney démontre que la doctrine des droits individuels remonte aux travaux des canonistes des XII<sup>ème</sup> et XIII<sup>ème</sup> siècles, qui ont utilisé le langage de la raison et du libre arbitre à des fins juridiques, pour expliquer les différentes occurrences des termes *ius naturale* qu'ils rencontraient dans le Décret de Gratien (1140). Dès le

<sup>1</sup> Il s'agissait de déterminer qui, de l'Empereur ou du Pape, était en charge de l'investiture des évêques.

<sup>2</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., pp. 167-196.

<sup>3</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., p. 220. Il relève que, dans le processus visant à centraliser les lois et les idées, les monarques n'ont pas seulement créé les États mais ils ont aussi permis l'émergence d'une société composée d'individus (*Ibid.*, pp. 340-347). Et de relever que, si on cherche le mot « individu » dans les dictionnaires historiques des langues française et anglaise, il n'est apparu de façon courante qu'au XV<sup>ème</sup> siècle, en même temps que le mot « État », compris comme la stipulation d'une autorité souveraine (*Ibid.*, p. 347).

<sup>4</sup> J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., pp. 114-121.

<sup>5</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 82-83.

<sup>6</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., pp. 255-264.

<sup>7</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 240-247.



XII<sup>ème</sup> siècle, cette notion est associée à une sorte de pouvoir subjectif ou faculté inhérente aux individus, qui facilitera l'apparition d'une nouvelle théorie des droits naturels (*natural rights*) à côté de l'ancienne théorie du droit naturel (*natural law*)<sup>1</sup>. Ainsi, en 1160, le canoniste Rufin écrivait que « le droit naturel est une certaine force instillée par la nature en chaque créature humaine en vue de faire le bien »<sup>2</sup>. Il convient toutefois de relever la différence entre une telle conception et celle des stoïciens. Alors que ces derniers parlaient d'une force nous permettant d'identifier la droite raison présidant à l'ordre préordonné et extérieur des choses, il s'agit, pour les canonistes, d'une force ou faculté subjective inhérente aux humains : les premiers pensaient en termes de déterminisme cosmique, les seconds en termes de libre choix humain<sup>3</sup>. Selon Larry Siedentop, cette transition formalise en termes juridiques (exigence d'égalité) la vision morale égalitaire chrétienne imprégnée par la réciprocité de la règle d'or, et pose les fondations du libéralisme moderne<sup>4</sup>.

À la même époque, donc, apparaissent les notions de croissance matérielle et de droit individuel, mais également les germes de la fin de la période féodale, qui laissera à terme l'individu seul face à l'État moderne. Il faut se garder cependant de tout réflexe anachronique. Brian Tierney insiste sur le fait que les canonistes étaient loin d'imaginer que leur discours sur les droits individuels pourrait un jour alimenter un univers moral dans lequel chaque individu poursuit son propre avantage<sup>5</sup> et souligne que, dans la pensée médiévale, les valeurs de la personne individuelle et de la communauté chrétienne étaient affirmées avec la même passion<sup>6</sup>.

La réflexion sur les droits individuels rentrera ensuite dans le débat public avec la controverse qui a enflammé le XIV<sup>ème</sup> siècle entre le pape Jean XXII et les Franciscains sur le droit de propriété de ces derniers. Guillaume d'Occam y défendra l'idée selon laquelle il faut distinguer un droit naturel d'usage des choses nécessaires à la survie, qui est commun à tous et auquel on ne peut pas renoncer, du droit positif de propriété, établi par une loi ou par convention, auquel les Franciscains avaient valablement renoncé. Dans une société dont les besoins juridiques se sont considérablement accrus, le droit positif et le droit subjectif prennent, chez Occam, une place fondamentale. C'est à travers son œuvre que le langage des canonistes a perduré dans les écrits ultérieurs mais également grâce aux écrits encyclopédiques des juristes médiévaux « tardifs » comme Gerson ou Summenhart, qui seront bien connus des scolastiques espagnols du XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., pp. 8 et 42.

<sup>2</sup> Cité et traduit par B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 68.

<sup>3</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 68.

<sup>4</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual* op. cit., pp. 243-244.

<sup>5</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 77.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 77 et 212.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 76 ; 93-94 ; 121-122 ; 190.

C'est en effet à ces derniers qu'on doit la reprise et l'approfondissement du discours sur les droits individuels. Horrifiés par la façon dont sont traités les natifs américains, les membres de l'École de Salamanque (comme Vitoria ou Suarez) développent l'idée de droits naturels inhérents à l'âme humaine<sup>1</sup> et présentent le droit comme un ensemble constitué de lois conférant des droits subjectifs<sup>2</sup>.

### 3. Le sujet de droit moderne

Au XVII<sup>ème</sup> siècle, un nouveau paradigme va s'imposer dans la pensée occidentale, dépassant largement le domaine de la physique et des sciences exactes. Il s'agit de la révolution scientifique qu'on associe principalement aux travaux de Galilée, Newton, Leibniz et Descartes, et qui se fonde sur le rôle central de l'individu et de la raison, ainsi que sur une conception mécanique de la nature<sup>3</sup>. Le monde juridique moderne n'échappe pas à l'impact de la méthode rationnelle et au développement de l'individualisme, qui se concrétisent dans la théorie des droits naturels initiée par Grotius. Celui qui va être considéré comme le père de l'école du droit naturel moderne conçoit le droit comme un système, cohérent et complet, où la raison peut déduire, à partir de la nature sociable de l'homme, les premiers principes juridiques puis l'ensemble des autres règles et droits individuels<sup>4</sup>. Le jusnaturalisme moderne est entièrement construit sur la théorie du sujet et, comme l'écrit Yan Thomas, les droits naturels ne dérivent pas du droit objectif mais « se conçoivent comme des prolongements de l'individu », défini comme « juridiquement autonome », « dans l'absolu et en dehors de toute détermination sociale »<sup>5</sup>. Pour Michel Villey, cette philosophie sonne le glas de la justice distributive d'Aristote : « plus besoin de cette fonction publique qui avait pour fin d'instaurer dans la cité un partage juste entre les hommes et de procéder aux redressements nécessaires ; les droits nous sont donnés d'avance ; il n'est d'autre fin pour le droit que, simplement, de les protéger »<sup>6</sup>. Dans notre terminologie, c'est bien l'approche relationnelle du droit qui est le principal dommage collatéral de la consécration du paradigme juridique de l'individu<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> A. DUFOUR, « Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale », in *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, A. DUFOUR (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 407-412.

<sup>2</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 330-364.

<sup>3</sup> S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, The University of Chicago Press, 1992, p. 76.

<sup>4</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 114-122. Il n'est pas anodin qu'en distinguant les différentes significations du mot *ius*, Grotius définisse d'abord ce qu'on qualifierait aujourd'hui de droit subjectif (« le droit est une qualité morale attachée à l'individu pour posséder ou faire justement quelque chose ») puis le droit objectif, entendu comme « synonyme du mot loi, pris dans le sens le plus étendu » (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Paris, Ed. Guillaumin et Cie, 1867, pp. 64-66).

<sup>5</sup> Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, De Boccard, 1984, p. 18.

<sup>6</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 184.

<sup>7</sup> Il semblerait qu'il faille réserver une place particulière à Leibniz. Selon Y. CH. ZARKA, la « conception leibnizienne du droit naturel est soutenue par deux positions philosophiques fondamentales : la découverte de la place d'autrui et, corrélativement, la fondation ultime du droit naturel dans une théologie morale de l'amour » (*L'autre voie de la subjectivité*, Paris, Beauchesne, 2000, p. 88, et l'extrait de la *Méditation sur la notion*

À une époque où les institutions politiques et l'État connaissent une crise de légitimité, la figure du contrat social va naturellement s'imposer comme offrant la meilleure justification d'une autorité politique choisie par des individus, libres et rationnels. À cet égard, il est fondamental de ne pas tomber dans le piège sémantique du langage contractualiste. Tel que pensé par ses principaux protagonistes (Hobbes, Locke et Rousseau), il ne s'inscrit pas dans une approche relationnelle du droit, à tout le moins au sens aristotélien<sup>1</sup>. Guillaume de Stexhe pointe le lien entre l'individualisme des théories contractualistes et « l'ontologie atomistique et mécaniciste qui sous-tend les sciences et la technique modernes » et conclut que, dans la figure historique du contrat social, l'« instauration de la socialité n'est que l'invention d'une figure nouvelle du même »<sup>2</sup>.

Chez Thomas Hobbes, l'état de nature est un état de guerre permanente dans lequel les hommes sont égaux en capacité (mais pas en droit) et chaque homme est titulaire d'un droit naturel (*Right of Nature, Jus Naturale*), qui lui permet d'utiliser son pouvoir comme il l'entend pour assurer sa propre préservation. Cependant, tant que ce droit perdure, il ne peut y avoir aucune sécurité pour personne. Aussi, tant les passions (peur de la mort, volonté d'une vie confortable) que les lois naturelles (*Laws of Nature, Lex Naturalis*) vont pousser les hommes à conclure le pacte social en renonçant à leur droit à toute chose et à mettre en place un Léviathan<sup>3</sup>. Pour John Locke, c'est également pour échapper à l'insécurité de l'état de nature (qu'il distingue toutefois de l'état de guerre) que les hommes vont conclure le contrat social, afin de permettre à des institutions de protéger leurs vies, leurs libertés et leurs possessions<sup>4</sup>. Comme le relève Guillaume de Stexhe, la pensée du philosophe anglais est décisive dans le passage de l'idée de contrat à celle de marché, dès lors qu'il promeut une « technique de répartition des possessions », propre à la relation marchande, plutôt qu'une « forme de rassemblement dans la coopération », ce qui entraîne le contrat social « dans une direction qui est décidément celle de l'individualisme »<sup>5</sup>.

La pensée de Locke aura une influence considérable sur la Déclaration américaine d'indépendance de 1776, qui influencera à son tour la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui rappelle, en son article 2, que le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et

---

*commune de justice* qu'il cite, en p. 89 : « Mettez-vous à la place d'autrui, et vous serez dans le vrai point de vue pour juger ce qui est juste ou non »).

<sup>1</sup> Sur la dimension individualiste des théories du contrat social, voy. M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, pp. 17-18 ; Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, op. cit., p. 18.

<sup>2</sup> G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1996, pp. 200 et 210-211.

<sup>3</sup> Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, pp. 68-93.

<sup>4</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980.

<sup>5</sup> G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », op. cit., p. 207.

imprescriptibles de l'Homme », que sont « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Dans les deux textes, on retrouve l'idée selon laquelle les gouvernements sont établis pour garantir les droits inaliénables des hommes. Cette circonstance a fait écrire à Ch. Beudant, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, que « la Révolution de 1789 a brisé les liens qui, sous l'ancien régime, rattachaient l'individu à l'État ; elle a ouvert par là une ère d'individualisme : c'est tout l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme »<sup>1</sup>. Septante ans plus tard, John Stuart Mill écrira dans son essai *De la liberté* que son objet est « d'affirmer un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contraint ou contrôlé », selon lequel la « seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres et de l'empêcher de nuire aux autres »<sup>2</sup>. Pour celui qui, avec Bentham, est considéré comme le père de l'utilitarisme<sup>3</sup>, les sociétés ne sont que des groupements d'individus et l'intérêt de la société est uniquement de développer la personnalité individuelle. L'individualisme conduit donc au libéralisme « comme à son corollaire pratique (...) au point qu'on les a souvent confondus »<sup>4</sup>, et ouvre la voie à des penseurs comme Friedrich Hayek<sup>5</sup>.

## II. LES FAILLES DU PARADIGME JURIDIQUE DE L'INDIVIDU

Le paradigme juridique de l'individu, produit de la modernité mais dont les racines sont nettement plus anciennes, a dû cependant faire face à différentes circonstances qui ont mis à mal sa prétention monopolistique. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut évoquer la critique de l'individualisme (A), la promotion du droit et de l'institution étatiques (B) et les nouvelles théories relationnelles du droit (C).

### A. La critique de l'individualisme

En 1840, déjà, Alexis de Tocqueville évoquait les dérives possibles de l'individualisme qui « ne tarit d'abord que la source des vertus publiques » mais, à la longue, « attaque et détruit toutes les autres et va enfin s'absorber dans l'égoïsme »<sup>6</sup>. Durant le mouvement romantique du XIX<sup>ème</sup> siècle, plusieurs écrivains

<sup>1</sup> Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau & Cie, 1920, 3<sup>ème</sup> éd., p. 1. Dans le même esprit, M. WALINE écrivait quelques années plus tard que « l'idée même d'une Déclaration des droits est individualiste » et que celle de 1789 « est l'expression parfaite de la Doctrine individualiste » comprise comme expression de l'individualisme juridique (*L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 375-379).

<sup>2</sup> J.S. MILL, *De la liberté*, trad. par L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990, p. 27.

<sup>3</sup> La philosophie utilitariste, relève L. SIEDENTOP, a pour sa part, contribué à promouvoir un modèle « atomisé » de société, modèle dans lequel les préférences individuelles sont considérées comme étant données alors que peu d'intérêt est accordé au rôle des normes ou au processus de socialisation (*Inventing the Individual*, op. cit., pp. 337-338).

<sup>4</sup> M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 10.

<sup>5</sup> Cette suite de l'histoire est davantage connue et le lecteur nous pardonnera de ne pas nous y attarder.

<sup>6</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. II, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 125.

ont par ailleurs rejeté les théories des droits naturels des lumières comme étant trop « atomistes », rationnelles, pour promouvoir les valeurs inhérentes à la vie en groupe des communautés historiques<sup>1</sup>. On peut citer parmi d'autres, l'École historique de Savigny qui, nourrie du romantisme allemand de l'époque, conçoit le droit comme le produit et l'expression de la conscience du peuple, évoluant à partir des coutumes et traditions populaires<sup>2</sup>.

Vers la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les critiques françaises adressées à l'individualisme s'étaient multipliées<sup>3</sup>. On citera uniquement l'intéressant constat de Paul Lafitte quant à ce qu'il nomme, en 1887, « le paradoxe de l'égalité » : « il n'y a dans la société que des individus, et tous les individus sont égaux entre eux ». Derrière ce paradoxe, poursuit-il, « il y a une doctrine. L'individu est le commencement et la fin de la société »<sup>4</sup>. Et de définir l'individualisme en ces mots : « Des citoyens égaux en aptitudes, égaux en droits, en face d'un État tout-puissant, et rien entre eux »<sup>5</sup>.

Les critiques adressées à l'individualisme n'ont pas tari durant le siècle dernier. Marcel Gauchet pointe la difficulté de traduire en régime politique le fondement individualiste de la légitimité dans nos sociétés, où la crainte d'un État total fait place au décontentement de l'État face à un individu total, qui fait valoir ses droits et libertés mais refuse ses obligations. Le philosophe français nous invite à repenser « la synthèse de l'indépendance des personnes et de l'autonomie collective », en commençant par se dégager de la notion, issue du XVIII<sup>ème</sup> siècle, d'un individu abstrait pour considérer l'individu concret, en société<sup>6</sup>.

### *B. La promotion du droit et de l'institution étatiques*

Pour Locke, on l'a vu, l'État avait surtout vocation à garantir la sécurité juridique nécessaire pour permettre à chaque individu de se sentir en sécurité et de jouir librement de ses biens. Dans sa *Doctrine du droit*, Kant opère un subtil renversement par rapport à cette conception, qui n'est pas loin de s'apparenter à une révolution copernicienne. Ainsi, selon le philosophe allemand, le droit naturel ne présente qu'un caractère provisoire et seul le droit public peut offrir une juridicité parfaite : « ce n'est que dans l'état civil qu'il peut y avoir un mien et un tien extérieurs »<sup>7</sup>, de sorte qu'il existe un principe de droit naturel « qui autorise

<sup>1</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 208.

<sup>2</sup> J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 320 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 129-131.

<sup>3</sup> Pour un résumé de celles-ci, voy. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., pp. 5-7.

<sup>4</sup> P. LAFITTE, *Le paradoxe de l'égalité*, Paris, Hachette, 1887, pp. 147-148.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 149. Il écrit encore : « Des individus isolés, dispersés, sans discipline, sans organisation, sont désarmés contre les entreprises d'en haut ou d'en bas. L'individualisme favorise le pouvoir absolu, qu'il s'appelle Comité de salut public ou Bonaparte » (*Ibid.*, p. 168).

<sup>6</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., pp. 399-420.

<sup>7</sup> E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 116.

chacun à exercer la contrainte par laquelle seule il lui est possible de sortir de cet état de nature et d'entrer dans l'état civil »<sup>1</sup>. Une fois l'État mis en place, il n'est, comme chez Hobbes et Rousseau, plus question de remettre en question son autorité : « dans l'État le souverain n'a que des droits envers les sujets et pas de devoirs (de contrainte) » et contre « le législateur suprême de l'État il n'y a donc point d'opposition légale du peuple (...) »<sup>2</sup>.

Comme le relève Alexis Philonenko, chez Kant « toute la théorie du droit naturel est en vue de l'État et justifiée par l'État » et c'est « le droit politique qui assure la validité du droit naturel, et non le droit naturel qui contient la justification du droit politique »<sup>3</sup>. Plus radical, Michel Villey écrit que, dans la doctrine kantienne du droit, « le Droit public oblitère les résultats du Droit privé », son itinéraire débouchant « dans le *positivisme juridique* »<sup>4</sup>. Il n'y voit qu'une simple extension à l'État de la logique du droit subjectif : « tel est l'aboutissement à peu près fatal de la pensée individualiste moderne, celui déjà de Hobbes ou de Rousseau avant d'être celui de Fichte, tous n'échappant à l'anarchisme que pour échouer dans la tyrannie »<sup>5</sup>.

Quoi qu'il en soit, Kant induit cependant une conception du droit qui ne part plus uniquement de l'individu et de ses droits naturels mais privilégie l'institution étatique et les normes qu'elle adopte. On trouve, chez Hegel, l'idée d'un individu réduit au rang de moyen, qui n'existe que par et pour l'État<sup>6</sup>.

De façon moins radicale, les théories positivistes discréditent le droit naturel et affirment, en substance, que les seuls droits subjectifs qui existent sont ceux que les individus tirent du droit objectif, posé par l'autorité étatique. Au début du siècle dernier, Léon Duguit livre une critique approfondie de ce qu'il appelle la « doctrine individualiste » dont Locke aurait donné la « formule dogmatique » à savoir que la « règle de droit, un droit objectif existe donc, mais à titre purement dérivé » alors que « ce qui est le substratum du droit, c'est le pouvoir propre, l'autonomie de la personne humaine ; c'est le droit subjectif, le pouvoir métaphysique de la volonté individuelle »<sup>7</sup>. Enfin, la théorie institutionnaliste, associée en France aux travaux

<sup>1</sup> *Ibid.*, pp. 198-199.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 277-278.

<sup>3</sup> A. PHILONENKO, « Introduction », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 32-35.

<sup>4</sup> M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 29.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>6</sup> M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 55. Selon cet auteur, cependant, l'idée que l'État ou la société transcendent les individus et constituent une fin en soi distincte de ceux-ci va conduire aux idéologies anti-individualistes telles que le fascisme en Italie et le fascisme en Allemagne (*Ibid.*, p. 56).

<sup>7</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, pp. 203-204.

de Maurice Hauriou, a contribué à l'émergence de la théorie de l'État providence, à côté sinon à la place de la théorie individualiste du droit<sup>1</sup>.

### C. Les approches relationnelles du droit moderne

À l'issue de ce détour historique, un consensus semble émerger quant au fait que le droit est composé avant tout de règles de droit objectif et de droits subjectifs. D'autres auteurs préfèrent, on l'a vu, partir comme Hauriou de la notion d'institution mais l'approche relationnelle du droit, elle, semble avoir disparu du radar juridique. « Semble », car à bien y regarder, il est possible d'identifier des pensées relationnelles du droit dans l'histoire de la pensée moderne, même si elles sont parfois discrètes ou fort différentes de la conception aristotélicienne.

Selon Emmanuel Jeuland, il existe dans chaque tradition juridique une approche relationnaliste du droit<sup>2</sup>. En France, cet auteur souligne l'importance de la relation dans les écrits de Jean Domat, qui « fait un usage fondamental des notions de lien et de liaison comme socle de son traité des lois dans un ordre rationnel »<sup>3</sup>, ou chez un auteur comme Eugène Lerminier<sup>4</sup> mais reconnaît que la « notion de rapport de droit est complètement passée au second plan en droit français pour privilégier le droit subjectif et la situation juridique »<sup>5</sup>. Il a également identifié une « école relationniste italienne », influencée par Savigny, qui aurait été « débordée par les théories normativistes qui ont incorporé la notion de rapport de droit conçu comme un rapport de normes » et même un « axe Coimbra, Bucarest, Moscou » qui professe un « relationnisme humaniste, objectif et concret »<sup>6</sup>.

Selon le professeur Jeuland, le point de départ de la pensée allemande, notamment kantienne, est davantage individualiste et normativiste<sup>7</sup>. Il est vrai que Michel Villey insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'on trouve chez Kant un « langage *individualiste*, conçu en fonction de la personne, de ses libertés, de ses pouvoirs, de ses droits subjectifs »<sup>8</sup>, et qu'il « ne voit le droit qu'en fonction et qu'à

<sup>1</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 262.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 393.

<sup>4</sup> E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, éd. Alexandre Mesnier, 1829, pp. 3-4. On pourrait également citer, entre Domat et Lerminier, PIERRE-JOSEPH PROUDHON qui dénonçait le risque que la justice n'aboutisse « à la subversion d'elle-même », ce « qui ne manquerait pas d'arriver encore si, comme on en a accusé la Révolution, la substitution des Droits de l'homme au respect d'en haut devait avoir pour résultat de faire de l'homme un autolâtre, c'est-à-dire un Dieu ». Or, écrivait-il, la justice « implique au moins deux termes, deux personnes unies par le respect commun de leur nature, diverses et rivales pour tout le reste » (*Justice*, 4 vol., Ed. Marcel Rivière, 1930, I, p. 421). Commentant ce texte, P. ANSART écrit que la conception proudhonienne est « relationnelle » (« La critique de la relation public/privé par les philosophes anarchistes », in *Public/privé*, Paris, P.U.F., 1995, p. 82).

<sup>5</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 430.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 407 et 425 et s.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>8</sup> M. VILLEY, « Préface », op. cit., p. 9.

partir de *l'individu* », qui « se sert du droit comme un tremplin pour l'épanouissement de son être (...) »<sup>1</sup>. Si la critique n'est pas dépourvue de fondement, elle ne justifie cependant pas d'exclure d'emblée Kant (ni Fichte du reste) du courant relationnel.

Kant définit en effet le concept du droit comme le « rapport extérieur, et à la vérité, pratique, d'une personne à une autre, pour autant que leurs actions peuvent en tant que faits posséder (immédiatement ou médiatement) une influence les unes sur les autres »<sup>2</sup>. Le droit est « l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de liberté » et son principe universel est donc : « Est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle »<sup>3</sup>. Il définit enfin le « droit public » (à savoir le droit étatique par opposition au droit naturel) comme « un système de lois pour un peuple, c'est-à-dire une multiplicité d'hommes ou une multiplicité de peuples qui, étant dans un *rapport réciproque* les uns par rapport aux autres, ont besoin pour jouir de leur droit d'un état juridique sous une volonté qui les unifie, c'est-à-dire d'une constitution »<sup>4</sup>.

S'il est difficile de contester l'accent mis par Kant sur la relation ou le rapport juridique, on sent pourtant qu'on est loin de l'approche classique (antique) de la relation car la théorie est construite à partir de l'individu (plus précisément, du libre-arbitre de chaque individu), pour être élargie à un autre individu puis à l'ensemble de la société. C'est bien la liberté individuelle qui m'impose de penser la liberté de l'autre et donc un tiers (le droit) chargé de veiller à ce que l'une n'empiète pas sur l'autre. Le rapport juridique se pense davantage en termes d'égalité et de réciprocité que, comme chez Aristote, sur le mode de la proportionnalité ou, pour le formuler encore autrement, sur le registre de l'identité plutôt que sur celui de la différence. On trouve la même idée chez Fichte, qui définit le concept de droit comme étant « le concept de la relation nécessaire d'êtres libres les uns avec les autres », avant de préciser que ce concept « doit être un concept originaire de la raison pure » et devient nécessaire « du fait que l'être raisonnable ne peut se poser comme tel, avec conscience de soi, sans se poser comme individu, comme un, au sein d'une pluralité d'êtres raisonnables qu'il admet en dehors de lui dès lors qu'il s'admet lui-même »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>2</sup> E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, op. cit., p. 150.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 150 et 151.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 265 (nous soulignons).

<sup>5</sup> J.G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, trad. par A. Renaut, Paris, P.U.F., 1984, pp. 23-25.



## CONCLUSION

Ces dernières années, les approches relationnelles du droit semblent avoir pris un nouvel envol, avec les travaux de Jennifer Nedelsky, d'Alexander Somek et d'Emmanuel Jeuland<sup>1</sup>. On ne peut que s'en réjouir. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'elles plongent leurs racines dans les origines du droit occidental.

Il nous paraît pertinent de remobiliser la conception classique de la relation en droit, telle qu'elle a été développée par Aristote. À l'approche moderne, qui insiste sur la ressemblance entre les individus, la conception classique de la relation insiste tant sur leur singularité propre que sur la singularité de chaque relation qui se présente, à peu près toujours, dans une configuration différente. Rappelons que, pour le Stagirite, la justice distributive impose de penser en termes géométriques de proportionnalité. Lorsqu'il s'agit de donner à chacun ce qui lui revient, il faut tenir compte de ce qui revient à l'autre, ou aux autres. Souvent, on ne peut envisager la solution juridique à un problème de façon abstraite, sans prendre en considération les situations concrètes de chacune des parties impliquées par cette question (et la façon dont elles pourraient être impactées). En d'autres termes, l'autorité publique chargée de décider ne peut se contenter de réfléchir à partir de chaque individu (et du droit subjectif prédéfini qu'il invoque ou de l'intérêt qu'il fait valoir) mais doit partir de la configuration qui se présente à elle et tenir compte des différents intérêts en présence dans leur agencement particulier.

On le voit, la solution n'est dès lors pas préexistante, toute faite, mais elle se construit dans le respect du principe de proportionnalité, en relation à autrui. C'est précisément parce qu'il considérait la justice comme « une vertu complète, non pas cependant au sens absolu, mais dans nos rapports avec autrui » qu'Aristote en faisait « la plus parfaite des vertus », précisant que « ni l'étoile du soir, ni l'étoile du matin ne sont ainsi admirables ».

---

<sup>1</sup> Sur ces théories, voy. E. JEULAND, « L'approche relationniste dans les pays de droit civil », *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, J.-FR. BRAUNSTEIN et E. JEULAND (coord.), Paris, IRJS, 2018, pp. 27-42.