

# La relation au cœur du droit et de la transition

Jérémie van Meerbeeck  
Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles  
Conseiller à la cour d'appel de Bruxelles

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

1. En 2006, un auteur italien identifiait, dans sa culture juridique, « trois théories générales du droit : le normativisme, l'institutionnalisme et enfin la théorie relationnelle ou du rapport juridique »<sup>1</sup>. En 2010, un théoricien du droit espagnol distinguait trois perspectives en théorie du droit, celles de la norme juridique, de l'ordre juridique et de la relation juridique<sup>2</sup>. Enfin, le juriste français E. Jeuland a écrit récemment que, dans chaque tradition juridique, il existe trois courants principaux : le premier est « normativiste/positiviste/individualiste » et fait primer l'individu sur le tout, le deuxième « part du tout pour rendre compte du droit, il est holiste » et favorise le système, l'institution et l'ordre juridique alors que le troisième, qui « part de la relation entre des personnes », serait plutôt « jusnaturaliste/relationniste »<sup>3</sup>. Le lecteur francophone s'étonnera sans doute de voir évoquer une théorie du droit axée sur la notion de relation et, plus encore, de constater la place qu'elle est censée occuper.

2. Et pourtant, c'est sur la base d'une approche relationnelle<sup>4</sup> du droit que nous proposons d'approfondir la réflexion sur le positionnement du droit par rapport aux mouvements de transition qui, selon Antoine Bailleux, seraient portés par le droit à mener une vie digne d'être vécue, c'est-à-dire sous le double signe de l'autonomie

<sup>1</sup> E. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari-Rome, Laterza, 2006, p. 15, cité (et traduit) par 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. 385.

<sup>2</sup> M.J. FALCON Y TELLA, *Three-Dimensional Theory of Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2010.

<sup>3</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit, op. cit.*, p. 32.

<sup>4</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.

et de la vulnérabilité (1). Nous tenterons de montrer le bénéfice d'une telle approche pour le droit en général et, plus particulièrement, pour ces mouvements, qui privilégient le tissu social et la relation des êtres humains à leur environnement, plutôt que l'individu pris isolément (4).

3. À cette fin, il est indispensable de comprendre comment, alors que l'approche relationnelle du droit est indissociable de l'émergence du droit occidental, le déplacement de l'attention vers l'individu et ses droits, d'une part, puis vers l'État et les normes qu'il adopte, d'autre part, a eu pour effet de l'éclipser du discours juridique (2). Ce détour historique sera l'occasion de relever que les germes tant du modèle croissancier que du paradigme<sup>5</sup> juridique de l'individu peuvent être identifiés, au même moment, dès le passage de l'an mil et que leurs essors respectifs coïncideront également aux alentours des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. 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 (3).

## 1. La science juridique et la transition

4. Antoine Bailleux pose l'hypothèse que, derrière les revendications des mouvements de transition, « se dévoile l'expression d'un principe de justice que l'on pourrait formuler (et que certains ont formulé) comme étant le droit de chacun à mener une vie digne d'être vécue, c'est-à-dire, le droit de mener une vie sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité »<sup>6</sup>. La notion de dignité qu'il retient n'est pas conçue de façon négative, comme un seuil, mais d'une façon plus positive comme un « horizon éthique et politique » renvoyant en quelque sorte à l'idée aristotélicienne de la vie bonne, celle qui rend justice aux potentialités de l'individu. En outre, la critique de

<sup>5</sup> Selon la définition sociologique de Thomas Kuhn, le paradigme est un « ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe scientifique donné » (Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Flammarion, 1982, p. 238).

<sup>6</sup> Cf. l'introduction à cet ouvrage mais aussi A. BAILLEUX, « Dissoudre l'événement ou exposer la crise ? Le système, le répertoire et les clés juridiques d'une prospérité sans croissance », *Droit et société*, 104 (2020), p. 105-122.

la transition ne se limite pas au seul être humain : c'est à « tout le vivant » qu'elle attribue un droit à mener une vie digne<sup>7</sup>.

Selon l'auteur, si tout être humain a un certain degré d'autonomie immédiate, il peut l'accroître en entrant en relation avec l'autre, ses potentialités étant, grâce à la spécialisation de chacun et à l'institution du marché, démultipliées par le travail de l'autre<sup>8</sup>. La croissance économique accroît donc « notre autonomie individuelle d'une manière redoutablement efficace » mais, selon les critiques de ce modèle croissant, « passé un certain point, cette amplification de l'autonomie par le biais du marché se retourne contre l'autonomie elle-même, et devient une menace pour cette dernière » : de vecteur d'émancipation, elle devient un facteur d'aliénation<sup>9</sup>. Une telle menace surgit à différents niveaux : celui de l'individu (l'impératif de croissance porte en lui le risque d'une hypertrophie du tandem « travail-consommation »), celui de la collectivité (tant l'autonomie « sociale » que « politique ») et celui des « entités non humaines » (les générations futures et, au sens large, l'environnement)<sup>10</sup>.

5. L'analyse est tout à fait convaincante mais témoigne encore de l'influence du paradigme juridique de l'individu, qui fait de ce dernier la source et la fin du droit. Ainsi, même lorsqu'Antoine Bailleur définit l'autonomie sociale à partir de la notion de « convivialité » d'Ivan Illich, dont il est pourtant crucial de comprendre qu'elle « se tisse sur fond de relations interpersonnelles », c'est toujours à l'individu qu'elle est ramenée, le groupe (et les relations qui le constituent) n'étant conçu que comme moyen de garantir l'autonomie de chacun. Selon les définitions respectivement d'Illich et d'Arnsperger qu'il cite, la société conviviale « donne à l'homme la possibilité d'exercer l'action la plus autonome et la plus créative » et la convivialité « représente un ensemble de “capabilités collectives” fournies par la

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*. À titre d'exemple, « l'utilisation spécifique de mon autonomie comme coiffeur, footballeur ou avocat, me donne, grâce au média de l'argent, la capacité d'étendre mon pouvoir sur mon environnement, (...) et, en une semaine, un jour (...) de “produire”, par l'intermédiaire des autres, la nourriture qu'il me faut pour un mois » (*Ibidem*).

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

société en vue de l'autonomisation des citoyens »<sup>11</sup>. Le tissu relationnel d'une personne, précise Arnsperger, « est destiné à s'étendre autant que nécessaire à son autonomisation »<sup>12</sup>.

Nous essaierons de montrer qu'une approche relationnelle du droit permet non seulement d'intégrer cette conception de l'autonomie individuelle comme bénéficiant des relations interpersonnelles mais également de défendre l'idée que ces relations présentent une valeur en soi, que le droit a – ou devrait avoir – pour vocation de protéger.

6. C'est lorsqu'il aborde la question de l'autonomie des entités non humaines qu'Antoine Bailleux à la fois confirme le côté réducteur de l'approche individuelle et laisse entrevoir la nécessité d'un point de vue élargi pour appréhender les revendications de la transition. Il suggère d'une part d'étendre le droit de mener une vie digne d'être vécue aux entités non humaines. Dans notre ordre juridique, cela peut en effet sembler être le meilleur moyen pour garantir leur protection mais on se trouve vite confronté aux limites qu'un discours en termes de droits (individuels) rencontre, surtout lorsqu'il s'applique aux générations futures ou à l'environnement. L'auteur en est du reste bien conscient lorsqu'il précise que « le registre des droits subjectifs » utilisé pour présenter les revendications des objecteurs de croissance « ne doit pas nous leurrer sur la nature de ces revendications, qui n'empruntent ni le langage, ni les formes habituelles de l'action militante », que l'enjeu pour ces mouvements n'est « pas tant de conquérir de nouveaux droits et d'en trouver les débiteurs que de proposer un nouveau “narratif”, nourri d'initiatives concrètes » pour enfin préférer l'expression dworkinienne de « droit moral » à celle de « droit subjectif » tout en avouant que cette terminologie de « *droit* à mener une vie digne d'être vécue » vise à « jeter des ponts vers l'univers langagier des juristes »<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> La notion de capabilité a été proposée par Amartya Sen et reprise par Martha Nussbaum. Elle renvoie à « des “libertés substantielles” : un ensemble de possibilités (le plus souvent interdépendantes) de choisir et d'agir » (M. NUSSBAUM, *Capabilités. Comment créer les conditions d'un monde plus juste ?*, trad. S. Chavel, Paris, Flammarion, 2012, p. 39).

<sup>12</sup> Voy. les réf. citées à la note infrapaginale n° 56 de l'introduction au présent volume. Même l'autonomie politique est analysée au prisme de l'individu : « Notons simplement que la dynamique décrite tout à l'heure à propos des individus est presque parfaitement transposable aux États » (*Ibidem*).

<sup>13</sup> *Ibidem*.

D'autre part, Antoine Bailleux évoque les travaux de Corine Pelluchon qui, selon lui, rendent justice aux revendications post-croissancielles, non seulement en ce qu'ils s'efforcent « de penser le dépassement de la “philosophie du sujet” héritée de la modernité », mais également en ce qu'ils font « peser sur l'homme une responsabilité particulière »<sup>14</sup>. L'extrait nous semble déterminant car, dépasser la philosophie du sujet, cela revient à ne pas se laisser enfermer dans le paradigme juridique de l'individu. Par ailleurs, le meilleur moyen d'articuler un droit (à mener une vie digne d'être vécue) et une responsabilité (consistant à veiller à la dignité des vies des autres entités, humaines ou non humaines) est de retourner à l'approche relationnelle qui a présidé à l'émergence du droit occidental. Mais pour cela, il nous faut effectuer un retour en arrière de plus de deux mille ans.

## 2. De la relation à l'individu

7. Le temps et, surtout, l'espace nous manquent 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 (2.1) au paradigme juridique de l'individu (2.2.)<sup>15</sup>.

### 2.1. De l'approche relationnelle classique<sup>16</sup>...

8. 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 *pater familias*. 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

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Le lecteur spécialiste nous pardonnera donc notre approximation et les quelques raccourcis imposés par l'exercice.

<sup>16</sup> Le terme « classique » est entendu par opposition à « moderne ».

et contribuait à l'harmonie préordonnée des choses. Seuls les êtres humains (dotés du *logos*) pouvaient saisir cet ordre naturel<sup>17</sup>.

9. 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>18</sup>. On se contentera d'évoquer la théorie des quatre causes d'Aristote, qui énonce, à côté des causes matérielle, efficiente et formelle, la cause finale, à savoir ce que vers quoi tout être tend, ce qu'il est en puissance et est appelé à devenir en acte. L'homme étant un animal politique, sa cause finale est d'être un citoyen vertueux, épris de justice<sup>19</sup>. Le *logos* sert à exprimer « le juste et l'injuste » 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>20</sup>.

10. 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>21</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

<sup>17</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, London, Penguin Books, 2014, p. 18-42.

<sup>18</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 62-64.

<sup>19</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual, op. cit.*, p. 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 (p. 24-25).

<sup>20</sup> ARISTOTE, *La politique*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1995, p. 29.

<sup>21</sup> Dans sa traduction, J. Tricot relève que le terme « ἀνίσος » (celui qui rompt l'égalité à son profit) complète celui de « πλεονέκτης » (celui qui prend plus que son dû) de sorte que le terme « ὁ ἴσος » englobe celui qui ne prend pas plus que son dû (voy. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983, p. 216). R. Bodéüs traduit « πλεονέκτης » par « cupide » (Paris, Flammarion, 2008, p. 36). 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). On l'a dit, la pensée grecque était, malgré la démocratie athénienne, fondamentalement inégalitaire.

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>22</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>23</sup>. Ainsi, quelqu'un qui serait deux fois plus méritant ne pourrait se voir accorder que deux fois plus, sous peine de violer la règle de proportionnalité.

**11.** Ce qui est déterminant pour notre propos, ce sont les termes utilisés par Aristote : la justice légale 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>24</sup>. Sophie Klimis note pour sa

<sup>22</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983, p. 218-219.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>24</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 69. Voy. dans le même sens l'introduction par D. Agacinski de la traduction par R. Bodéüs 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*, Livre V, trad. R. Bodéüs, op. cit., p. 24). On ne peut donc suivre E. JEULAND lorsqu'il écrit

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>25</sup>.

**12.** Sans entrer dans le débat subtil de la place de l'individu et du sujet dans la philosophie grecque<sup>26</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>27</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>28</sup>.

**13.** 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>29</sup>. Selon Michel Villey, le *jus* romain n'est pas le pouvoir d'un individu mais l'obligation elle-même, le *rappor*t existant entre le créancier et le débiteur<sup>30</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

---

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 (voy. ci-après, §41).

<sup>25</sup> S. KLIMIS, *L'énigme de l'humain et l'invention de la politique*, Louvain-La-Neuve, De Boeck, 2014, p. 255.

<sup>26</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*, sous la direction de C. DUMOULIÉ, Paris, Éditions Desjonquères, 2011, p. 21-38.

<sup>27</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, 1997, p. 45. Selon S. KLIMIS, « la représentation moderne qui pense la société à partir de l'individu isolé, censé ensuite s'associer avec d'autres, serait du point de vue d'Aristote une fiction théorique » (*L'énigme de l'humain et l'invention de la politique, op. cit.*, p. 255).

<sup>28</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.*, p. 66-68).

<sup>29</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. G. et J. Bouffartigue, Paris, Belin, 2008, p. 53-64.

<sup>30</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 246.

l'action est (...) au service de la mise en évidence de la relation interpersonnelle à partir de ses sujets d'une manière qui témoigne de la rationalité de l'interaction sociale (...) »<sup>31</sup>.

14. 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>32</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>33</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>34</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>35</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 *rappor*t équitable entre les justiciables »<sup>36</sup>.

15. 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'elle n'était pas au cœur

<sup>31</sup> A. RUELLE, « La parole antique en procès. Droit romain, théâtre grec, langue latine », in *Le droit malgré tout. Hommages à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 502 et 526.

<sup>32</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>33</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 » romains de l'époque (*Ibidem*, p. 569).

<sup>34</sup> *Digeste*, I.1.1, 1 et 10.

<sup>35</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 484.

<sup>36</sup> X. DIJON, « Esquisse historique des références philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, sous la direction de L.-L. CHRISTIANS *et al.*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 (nous soulignons).

de cet ordre juridique<sup>37</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>38</sup>.

16. 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 formalisme confié à une science rigoureuse et puissante<sup>39</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 ou 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>40</sup>. Le renversement complet qui s'ensuivra n'en est que plus saisissant.

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

### 2.2.1. La naissance de l'individu

17. 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>41</sup>. Ainsi, les stoïciens concevaient le droit naturel inhérent à

<sup>37</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>38</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident, op. cit.*, 2008, p. 437.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 404 et 405.

<sup>40</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*, Paris, Domat Montchrestien, 1949, p. 55).

<sup>41</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual, op. cit.*, p. 45-47.

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>42</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>43</sup>.

18. 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>44</sup>. Saint Augustin évoque ainsi une nouvelle source de justice, la justice « véritable », qui ne « se trouve que dans la foi du christ »<sup>45</sup>, et initie une doctrine de la verticalité descendante où les commandements viennent d'en haut et sont d'origine divine ou humaine<sup>46</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

<sup>42</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, *op. cit.*, p. 45-46.

<sup>43</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, p. 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 (*Ibidem*, p. 333-338).

<sup>44</sup> J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 102-104.

<sup>45</sup> AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. MM. Péronne, Ecalles, Vincent *et al.*, Paris, Éditions Louis Vivès, 1870, Livre XXI, chap. 16, p. 29.

<sup>46</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 72-74.

ce qui lui appartient ? »<sup>47</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, 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.

### 2.2.2. *L'individu, titulaire de droits*

**19.** 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>48</sup>. On s'en doute, une telle évolution implique des changements d'ordre socio-économique, politico-religieux et philosophico-juridique.

**20.** Sur le plan socio-économique, le renouveau de la vie urbaine est un des traits les plus remarquables des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</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, composées 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>49</sup>.

**21.** 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>50</sup>. Si l'autonomisation du monde terrestre justifie la position médiatrice

<sup>47</sup> AUGUSTIN, « La cité de Dieu », *op. cit.*, p. 31.

<sup>48</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, Entretiens avec Fr. Azouvi et S. Piron, Paris, Gallimard, 2005, p. 167-196.

<sup>49</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, p. 265-276.

<sup>50</sup> Il s'agissait, en substance, de déterminer qui, de l'Empereur ou du Pape, était en charge de l'investiture des évêques.

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>51</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 des États modernes<sup>52</sup>.

22. Enfin, les X<sup>e</sup> et XI<sup>e</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 saint Thomas. Au début du XII<sup>e</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>e</sup> siècle<sup>53</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>54</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>55</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>e</sup> siècle<sup>56</sup>,

<sup>51</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 167-196.

<sup>52</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 (*Ibidem*, p. 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 15<sup>e</sup> siècle, en même temps que le mot « État », compris comme la stipulation d'une autorité souveraine (*Ibidem*, p. 347).

<sup>53</sup> J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 114-121.

<sup>54</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 82-83.

<sup>55</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., p. 255-264.

<sup>56</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 240-247.

l'historien Brian Tierney démontre que la doctrine des droits individuels remonte aux travaux des canonistes des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</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 XII<sup>e</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>57</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>58</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>59</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>60</sup>.

**23.** 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>61</sup> et souligne que, dans la pensée médiévale, les

<sup>57</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, *op. cit.*, p. 8 et 42.

<sup>58</sup> Cité et traduit par B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, *op. cit.*, p. 68. Il évoque les textes de Henri de Gand, Godfrey de Fontaines, Pierre de Jean Olivi ou Johannes Monachus qui consacrent au XIII<sup>e</sup> siècle le droit de légitime défense et à l'auto-conservation (*Ibidem*, p. 69-79).

<sup>59</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>60</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, p. 243-244.

<sup>61</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, *op. cit.*, p. 77.

valeurs de la personne individuelle et de la communauté chrétienne étaient affirmées avec la même passion<sup>62</sup>.

24. La réflexion sur les droits individuels rentrera ensuite dans le débat public avec la controverse qui a enflammé le XIV<sup>e</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<sup>63</sup>. 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>e</sup> siècle<sup>64</sup>. 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>65</sup> et présentent le droit comme un ensemble constitué de lois conférant des droits subjectifs<sup>66</sup>.

### 2.2.3. *Le sujet de droit moderne*

25. Au XVII<sup>e</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

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 77 et 212. Il répète à plusieurs reprises que l'idée des droits naturels dans ses premières formulations n'était pas un « individualisme atomiste » ni une expression des impulsions égoïstes du capitalisme moderne (*Ibidem*, p. 235 et 347).

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 93-94 ; 121-122 ; 190.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>65</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*, sous la direction de A. DUFOUR, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 407-412.

<sup>66</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 330-364.

raison, ainsi que sur une conception mécanique de la nature<sup>67</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 de 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 de la sociabilité naturelle de l'homme les premiers principes de droit naturel puis l'ensemble des autres règles et droits individuels<sup>68</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>69</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>70</sup>. Dans notre terminologie, c'est bien l'approche relationnelle du droit qui est le principal dommage collatéral du paradigme juridique de l'individu<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 76.

<sup>68</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 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. P. Pradier-Fodéré, Paris, Éditions Guillaumin et Cie, 1867, p. 64-66).

<sup>69</sup> Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, De Boccard, 1984, p. 18.

<sup>70</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>71</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 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 »).

26. 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 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 contrat social. Tel que pensé par ses principaux protagonistes (Hobbes, Locke et Rousseau<sup>72</sup>), il ne s'inscrit pas dans une approche relationnelle du droit, à tout le moins au sens aristotélicien<sup>73</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>74</sup>.

27. 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 Leviathan<sup>75</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

<sup>72</sup> Selon L. SIEDENTOP, les racines du libéralisme étaient déjà établies par les arguments des philosophes et des canonistes des XIV-XV<sup>e</sup> siècles : la croyance dans l'égalité fondamentale de statut comme base du système juridique (qu'on retrouvera chez Hobbes), la défense de la liberté individuelle à travers l'affirmation de droits naturels (défendue par Locke) et, enfin, l'idée rousseauiste que seule une forme représentative de gouvernement est appropriée pour une société fondée sur l'égalité morale (*Inventing the Individual, op. cit.*, p. 332 et 373).

<sup>73</sup> Sur la dimension individualiste des théories du contrat social, voy. M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. I, Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 17-18 ; Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>74</sup> G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, p. 200 et 210-211.

<sup>75</sup> Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, p. 68-93.

social, afin de permettre à des institutions de protéger leurs vies, leurs libertés et leurs possessions<sup>76</sup>. Comme le relève Guillaume de Stexhe, la pensée du philosophe anglais, parfois présenté comme un des pères du libéralisme économique, 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>77</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 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>e</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>78</sup>.

Doit-on s'étonner que, la même année que la proclamation de la déclaration américaine, Adam Smith, à qui Antoine Bailleux et François Ost attribuent la paternité du modèle croissancier<sup>79</sup>, publie son célèbre *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of*

<sup>76</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980.

<sup>77</sup> G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 207.

<sup>78</sup> Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau & Cie, 1920, 3<sup>e</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>79</sup> A. BAILLEUX, F. OST, « Six hypothèses à l'épreuve du paradigme croissancier », *R.I.E.J.*, 77 (2016), p. 27. M. Waline estime qu'il incarne la notion d'individualisme économique, selon lequel chaque individu, laissé à lui-même, travaille le plus utilement possible à l'intérêt commun en cherchant son intérêt propre, d'où la nécessité de lui laisser la plus grande liberté économique (*L'individualisme et le droit, op. cit.*, p. 19).

*Nations* ? Quelques années 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 contrainte ou contrôle », 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>80</sup>. Pour celui qui, avec Bentham, est considéré comme le père de l'utilitarisme, 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>81</sup>, et ouvre la voie à des penseurs comme Friedrich Hayek<sup>82</sup>.

### 3. Les failles du paradigme juridique de l'individu

28. 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 (3.1), la promotion du droit et de l'institution étatiques (3.2) et les nouvelles théories relationnelles du droit (3.3).

#### 3.1. La critique de l'individualisme

29. 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>83</sup>. Durant le mouvement romantique du XIX<sup>e</sup> siècle, plusieurs écrivains ont par ailleurs rejeté les théories des droits naturels des lumières comme étant trop « atomistes », rationnelles, pour promouvoir les valeurs inhérentes à

<sup>80</sup> J.S. MILL, *De la liberté*, trad. L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990, p. 27.

<sup>81</sup> M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>82</sup> Cette suite de l'histoire est davantage connue et le lecteur nous pardonnera de ne pas nous y attarder.

<sup>83</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. II, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 125.

la vie en groupe des communautés historiques<sup>84</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>85</sup>.

**30.** Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les critiques françaises adressées à l'individualisme s'étaient multipliées<sup>86</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>87</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>88</sup>.

**31.** Les critiques adressées à l'individualisme n'ont pas tari durant le siècle dernier. Nous n'en évoquerons que deux. 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 décontenancement 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>e</sup> siècle, d'un individu abstrait pour considérer l'individu concret, en société<sup>89</sup>. Guillaume de Stexhe dénonce pour sa part les limites du pari, depuis Hobbes, « de voir s'édifier du lien et du droit à la faveur du jeu des purs intérêts individuels » et la « fragilité, voire l'inconsistance d'une solidarité et

<sup>84</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>85</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.*, p. 129-131.

<sup>86</sup> Pour un résumé de celles-ci, voy. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 5-7.

<sup>87</sup> P. LAFITTE, *Le paradoxe de l'égalité*, Paris, Hachette, 1887, p. 147-148.

<sup>88</sup> *Ibidem*, 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 » (*Ibidem*, p. 168).

<sup>89</sup> M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 399-420.

même d'une coexistence qui ne reposent que sur la foi dans le surcroît de bénéfice privé que peut procurer le lien social »<sup>90</sup>.

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

32. 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>91</sup>, de sorte qu'il existe un principe de droit naturel « qui autorise 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>92</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>93</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>94</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>95</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

<sup>90</sup> G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 209.

<sup>91</sup> E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 116.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 198-199.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 277-278.

<sup>94</sup> A. PHILONENKO, « Introduction », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. I, Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 32-35.

<sup>95</sup> M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. I, Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 29.

ou de Rousseau avant d'être celui de Fichte, tous n'échappant à l'anarchisme que pour échouer dans la tyrannie »<sup>96</sup>.

**33.** 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. Le juriste espagnol Joaquin Ferrer Arellano relève que, avec des auteurs comme Hegel ou Marx, le XIX<sup>e</sup> siècle « marque le passage de l'individualisme libéral » à une époque qui « commence à se concentrer sur des notions comme celles d'organisme, de société et d'autorité, d'ordre et de droit objectif, aux lieux de celles d'individu libéral, de droit subjectif et de pacte social, propres au jusnaturalisme (...) moderne »<sup>97</sup>. On trouve ainsi chez Hegel l'idée d'un individu réduit au rang de moyen, qui n'existe que par et pour l'État<sup>98</sup>.

**34.** 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>99</sup>. Enfin, la théorie institutionnaliste, associée en France aux travaux de Maurice Hauriou,

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>97</sup> J. FERRER ARELLANO, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963, cité et traduit par E. Jeuland, *Théorie relationiste du droit*, *op. cit.*, p. 410. L'évocation de la notion d'organisme renvoie notamment à l'École historique précitée.

<sup>98</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 fâchisme en Allemagne (*Ibidem*, p. 56).

<sup>99</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, p. 203-204. Il n'en idéalisait pas l'État pour autant, au contraire, au point qu'il « nie la personnalité de l'État » et ne conçoit pas « l'existence d'une règle distincte, par son fondement et par son objet, de celle qui s'applique aux rapports entre simples particuliers » (*Ibidem*, p. 685 et 713).

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>100</sup>.

### 3.3. Les approches relationnelles du droit

35. À l'issue de ce détour historique, un consensus semble émerger quant au fait que le droit est composé avant tout des règles de droit objectif et des 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<sup>101</sup> ou fort différentes de la conception aristotélicienne (3.3.1). Plus récemment, on assiste à un véritable essor des théories relationnelles contemporaines (3.3.2).

#### 3.3.1. Les approches modernes

36. Selon Emmanuel Jeuland, il existe dans chaque tradition juridique une approche relationnaliste du droit<sup>102</sup>. En France, il 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

<sup>100</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 262. En Italie, Santi Romano assimile institution et ordre juridique (sur ce point, voy. E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 30-31 (1995), p. 384) et, plus récemment, Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER ont proposé leur théorie institutionnelle du droit (*An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, New York, Springer, 1986).

<sup>101</sup> Ainsi, dans sa thèse de doctorat, Henri MOTULSKY affirmait que les « bases mêmes » de la méthode de réalisation du droit sont la « règle de droit » et le « droit subjectif » mais il écrivait plus loin que, « à la base du fait juridique, ne se trouve pas l'idée de pouvoir, mais, beaucoup plus simplement, le “rapport entre hommes”, de sorte que si l'on cherche à définir l'élément initial de l'organisation juridique, on ne peut désigner comme tel que le “rapport de Droit” » (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Recueil Sirey, 1948, p. 4 et 28). Il cite notamment Fr. GÉNY qui écrivait en effet que le concept de « sujet de droit » se situe « dans une notion plus large, et plus vague, qui apparaît l'élément primordial de toute organisation juridique, la notion de “rapport de droit” » (*Science et Technique en droit positif*, Paris, Recueil Sirey, 1913, t. III, p. 219).

<sup>102</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 32. Il précise plus loin que « (1) a plupart des pays d'Europe ont connu une tradition fondant le droit sur la relation juridique » (*Ibidem*, p. 383).

socle de son traité des lois dans un ordre rationnel »<sup>103</sup>, ou chez un auteur comme Eugène Lerminier<sup>104</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>105</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>106</sup>.

Selon le professeur Jeuland, le point de départ de la pensée allemande, notamment kantienne, est davantage individualiste et normativiste<sup>107</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>108</sup>, et qu'il « ne voit le droit qu'en fonction et qu'à

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 393.

<sup>104</sup> E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Éditions Alexandre Mesnier, 1829, p. 3-4 : « Mais ici-bas l'homme n'est pas solitaire ; il a des semblables. Intelligent, il rencontre sur son passage des êtres intelligents ; libre, des hommes libres. Or, il conçoit qu'il a le devoir de les respecter et le droit d'en être respecté lui-même ; et ce rapport de l'homme avec l'homme constitue le droit. (...) Le droit est donc l'harmonie et la science des rapports obligatoires des hommes entre eux (...) ». 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., Éditions Marcel Rivière, 1930, I, p. 421). Commentant ce texte, P. ANSART écrit que la conception proudhonienne est « relationnelle » : « En De la Justice, il cherche à caractériser, non le droit de l'individu, mais, selon ses termes, le droit des "Personnes" interprété comme relationnel. Au principe des relations entre les personnes, il pose ce qu'il tient pour la version légitime des droits de l'homme : la réciprocité du respect. Dans ce raisonnement (...), ce n'est pas l'individu qui est donné comme principe fondamental, mais la relation de justice entre les individus, relation qui se conçoit comme une réciprocité dans l'égalité » (« La critique de la relation public/privé par les philosophes anarchistes », in *Public/privé*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 82).

<sup>105</sup> E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 430.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 407 et 425 et s.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>108</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>109</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.

37. 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>110</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>111</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>112</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

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>110</sup> E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, op. cit., p. 150.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 150 et 151.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 265 (nous soulignons).

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>113</sup>.

### 3.3.2. *Les approches contemporaines*

**38.** Ces dernières années, les approches relationnelles du droit semblent avoir pris un nouveau souffle, notamment avec les travaux de Jennifer Nedelsky, d'Alexander Somek et d'Emmanuel Jeuland<sup>114</sup>. Nous les évoquerons très brièvement, sans pouvoir faire justice à la richesse et aux nuances de leurs argumentations respectives.

**39.** Si elle a entamé ses travaux sur la notion d'autonomie relationnelle en 1989<sup>115</sup>, c'est en 2011 que la philosophe du droit

<sup>113</sup> J.G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, trad. A. Renaut, Paris, Presses universitaires de France, 1984, p. 23-25. Son raisonnement est le suivant : « Je me pose comme raisonnable, c'est-à-dire comme libre. Il y a en moi, lors de cette opération, la représentation de la liberté. Je pose, dans la même activité indivise, en même temps d'autres êtres libres. Je trace donc par mon imagination une sphère pour la liberté que plusieurs êtres se partagent. Je ne m'attribue pas à moi-même toute la liberté que j'ai posée, parce que je dois nécessairement poser aussi d'autres êtres libres et leur attribuer une part de cette liberté. Je m'auto-limite dans mon appropriation de la liberté, du fait que je laisse aussi subsister de la liberté pour d'autres ». Le concept de droit est « technico-pratique » car si on veut penser une telle communauté, il faut le faire par ce concept qui « a été déduit, en même temps que son objet, comme condition de la conscience de soi » (*Ibidem*, p. 23 et 27).

<sup>114</sup> Ce dernier fait le point sur les théories relationnelles contemporaines, et cite des auteurs espagnols (comme Joaquin Ferrer Arellano) et américains comme Lon Fuller, même si celui-ci, estime-t-il, se révèle, « en fin de compte, normativiste » (E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 419) ou Gidon Gottlieb, chez qui il identifie la première occurrence du terme « relationnisme » (*Ibidem*, p. 36), dans un article de 1983 (A. G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal Theory for a Relational Society », *University of Chicago Law Review*, 50 (1983), p. 567). On pourrait également évoquer les travaux de Ian MacNeil sur la théorie relationnelle du contrat (voy. le dossier qui y a été consacré en 2016 dans le vol. 76 de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*). La citation en exergue de la présente contribution, quelque peu détournée, est un commentaire de ces travaux.

<sup>115</sup> Voy. J. NEDELSKY, « Reconciving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », *Yale Journal of Law and Feminism*, 1 (1989/7), p. 9 : « Yet liberalism has been the source of our language of freedom and self-determination. The values we cherish have come to us embedded in a theory that denies the reality we know: the centrality of relationships in constituting the self ».

canadienne Jennifer Nedelsky publie son ouvrage principal sur la question qui nous occupe : *Law's Relations : A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*<sup>116</sup>. Dans le cadre d'un séminaire qui lui a été récemment consacré, elle a eu l'occasion de résumer sa pensée. À la conception libérale prévalente du soi comme entité autonome et rationnelle, titulaire de droits individuels, elle oppose la conception d'un soi relationnel qui doit influencer notre conception du droit objectif et des droits individuels. Selon elle, le soi « est relationnel parce que les êtres humains deviennent ce qu'ils sont – leurs identités, leurs aptitudes et leurs désirs – à travers les relations dans lesquelles ils sont impliqués », étant entendu que ces relations peuvent améliorer mais aussi détériorer l'autonomie des individus<sup>117</sup>. L'autonomie « ne peut donc pas être comprise comme une simple indépendance vis-à-vis des autres personnes » mais est « une aptitude rendue possible par des relations constructives »<sup>118</sup>.

Sa thèse est que la question des droits individuels (mais aussi du droit de façon générale) gagne à être analysée en termes de la structuration des relations qu'ils opèrent, relations qui à leur tour promeuvent ou diminuent des valeurs fondamentales telles que la sécurité, la liberté, l'autonomie et l'égalité : « En bref, un soi relationnel requiert des conceptions relationnelles des valeurs qui à leur tour requièrent des formes appropriées de droit objectif (*law*) et de droits individuels (*rights*) construits autour de ces conceptions »<sup>119</sup>. Une perspective relationnelle permet en outre d'offrir une meilleure protection des valeurs qui sont au cœur des droits individuels, en proposant « un meilleur cadre pour identifier ce qui est vraiment en jeu dans les cas difficiles » et ce, en favorisant l'interprétation susceptible de « promouvoir les valeurs sous-jacentes qui sont susceptibles de se concurrencer »<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> J. NEDELSKY, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

<sup>117</sup> J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, sous la coordination de J.-Fr. BRAUNSTEIN, E. JEULAND, Paris, IRJS, 2018, p. 5-6. Elle précise cependant que, si les relations sont bien constitutives du soi, elles ne le déterminent pas, sous peine de nier le concept même d'autonomie (*Ibidem*, p. 12).

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 6. Nous nous sommes permis ici de modifier la traduction du texte proposée par E. Jeuland.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 5 ; 14-15 ; 17-18 et 25. Elle définit les droits individuels comme des « moyens rhétoriques et institutionnels pour mettre en œuvre des valeurs fondamentales

Deux points doivent encore être mentionnés. D'une part, l'accent mis sur la dimension relationnelle ne revient pas à faire prévaloir d'office la dimension collective sur la dimension individuelle : « dire que les relations sont fondamentales à tout être humain, ne revient pas à dire que les pouvoirs collectifs (du gouvernement ou de la communauté) qui forment ces relations devraient l'emporter sur les valeurs individuelles »<sup>121</sup>. D'autre part, J. Nedelsky souligne à juste titre que l'approche relationnelle permet une meilleure reconnaissance de l'incertitude inhérente au droit et aux systèmes juridiques et peut aider à rendre les décisions juridiques plus ouvertes, honnêtes et accessibles démocratiquement<sup>122</sup>.

**40.** C'est une autre conception que propose Alexander Somek, théoricien du droit d'origine autrichienne. En 2017, il publie *The Legal Relation*, qualifié par Dennis Patterson comme étant un « des livres les plus intrigants de la théorie juridique de ces dernières années »<sup>123</sup>. À une époque où, selon l'auteur, il est devenu gênant d'être jusnaturaliste et où le positivisme juridique n'a pu survivre qu'en perdant toute pertinence pour la science juridique, il se demande comment une telle science peut dire ce qu'est le droit sans suggérer, comme l'a fait le positivisme juridique, qu'il s'agit d'une entité objective qui peut être soumise à une description neutre sur le plan axiologique. Sa réponse est que le droit, plutôt qu'un ensemble de normes, est avant tout une relation entre des personnes, qui permet de pallier l'échec de la recherche d'une morale universelle<sup>124</sup>.

---

telles que la sécurité, la liberté, l'autonomie et l'égalité » (*Ibidem*, p. 17). Son approche relationnelle présente donc un caractère descriptif mais également normatif, ce qu'elle revendique (*Ibidem*, p. 13).

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 24. Dans le même sens, nous avons défendu ailleurs le caractère relatif du principe de sécurité juridique, qui doit être fondé sur la confiance plutôt que sur la certitude, et la nécessité d'une transparence du raisonnement juridictionnel à cet égard (J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis, 2014, spéc. p. 604 et s.).

<sup>123</sup> D. PATTERSON, « After legal positivism », jotwell, 2018, en ligne, <https://juris.jotwell.com/after-legal-positivism/>. En exergue de l'ouvrage, un professeur de droit de la New York University le compare au *Concept of Law* de Hart ou au *Law's Empire* de Dworkin dans son ambition, son originalité et sa sophistication.

<sup>124</sup> A. SOMEK, *The Legal Relation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 7 et 20.

À défaut de pouvoir donner une justification de nos actions qui soit universellement acceptable, on doit se contenter d'une simple explicabilité de celles-ci du point de vue des autres. La relation juridique, qui nous dépersonnalise en faisant de nous des instances d'époux, d'employé ou de parent, nous permet d'universaliser la particularité en se soumettant aux explications des autres<sup>125</sup>. En se concédant mutuellement notre particularité, on construit une relation dans laquelle nous sommes considérés comme des personnes ayant différents droits de faire des choix. L'attention de la justification se déplace donc de l'évaluation de la pertinence globale de l'action vers la vérification des conditions d'exercice légitime d'un droit. Avec la relation juridique, on entre dans le domaine de la légalité, dans lequel notre positionnement par rapport aux demandes, choix et normes n'est qu'externe : nul besoin de les adopter, il faut uniquement s'adapter à leur existence. Peu importe que j'approuve ou non le choix d'Arnold d'acquérir une Porsche, le fait qu'il s'agisse de son choix, et qu'il peut s'appuyer sur un droit, suffit à ce que je le respecte, sans avoir à partager ni même à comprendre ses raisons. Il n'en va pas différemment de notre relation avec les autorités politiques et des « sources générales » du droit (législation, coutume) qui peuvent se présenter comme étant valides sans avoir à justifier de leur caractère obligatoire<sup>126</sup>. Dans une perspective plus individualiste que l'approche relationnelle de Jennifer Nedelsky (dont il n'évoque pas les travaux), Alexander Somek conclut également à l'interdépendance des libertés et de l'épanouissement personnel<sup>127</sup>.

**41.** Enfin, dans un ouvrage paru un an plus tôt, le professeur de droit Emmanuel Jeuland propose de dégager une « théorie relationniste du droit » à partir des auteurs de la « French Theory » (Derrida, Lacan, Foucault et Deleuze) afin de penser certaines évolutions juridiques

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 7 et 183. L'équivalent de la réciprocité inhérente à l'universalisation morale est, dans le domaine juridique, le principe de l'égalité (*Ibidem*, p. 18 et 184).

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 8-13. Il écrit : « legal validity is composed of practical knowledge of which its own claim to validity is suspended and substituted with the demand to yield to what it says » (*Ibidem*, p. 12). Il admet adopter la définition kantienne de la légalité comme étant une conformité au droit qui ne postule pas d'implication morale.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 185 : « The freedom of this type (...) exists fully only in relations of mutual dependence if the action of one contributes reciprocally to the realization of the freedom of others (...) Such a view of freedom is not individualistic. It makes one view one's own life as part of a larger role to which this life is taken to belong. It makes the self-realization of one person dependent on the self-realization of others ».

contemporaines, en mettant l'accent sur la relation juridique plutôt que sur la norme. Aux courants normativiste et institutionnel, il préfère celui qui part de la relation entre des personnes, qui serait plutôt « jus-naturaliste/relationiste » car « il apparaît composé de liens reposant sur des principes universels préexistants au groupe et aux individus »<sup>128</sup>. En effet, l'approche normativiste « ne permet guère de rendre compte de la coformation des normes par les acteurs, notamment par l'opération de l'interprétation » et l'approche institutionnelle est seconde par rapport à l'approche relationnelle, qu'elle vient compléter<sup>129</sup>.

Il propose pour sa part une vision juridique qui « repose sur le concept fondamental de rapport de droit qui est une distance symbolique entre les personnes permettant de rendre durables et fiables les rapports humains »<sup>130</sup>. Il définit le droit « comme étant le processus de construction symbolique des rapports humains » et suggère que ce « serait même l'essence du droit que de symboliser les rapports humains »<sup>131</sup>, ce qui suppose l'intervention d'un tiers<sup>132</sup>. Selon lui, tout rapport de droit est symbolique. Or, poursuit-il, « les liens sociaux pour être durables sont toujours, me semble-t-il, des liens juridiques. Tous les liens humains seraient donc des liens juridico-symboliques »<sup>133</sup>. Il en conclut que ce qui est premier en droit, ce n'est pas la norme,

<sup>128</sup> E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, op. cit., p. 32. Dans l'ouvrage qu'il consacre au droit naturel, X. DIJON se demande s'il ne convient pas de lire le droit « avant tout dans la relation donnée, dans le rapport humain que le droit régit ? » et si on peut « se passer de la présence d'autrui dans la définition du droit ? » (*Droit naturel. Tome 1. Les questions du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 22 et 63).

<sup>129</sup> E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, op. cit., p. 407.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 222 et 377.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 218-219. Il écrit également : « Le rapport juridique naît avec l'arrivée d'un tiers dans la première relation, car celle-ci se trouve stabilisée, par la survenue de ce tiers, entre une fusion destructrice (...) et une distance trop grande suscitant un sentiment d'abandon (...) » (*Ibidem*, p. 237). Dans un article ultérieur, il regrette que, dans son ouvrage, A. Somek ne relève nulle part « la nécessité d'un tiers de référence pour maintenir les parties à équidistance ni la possibilité d'un quatrième participant qui soit en position technique ou de public » (« L'approche relationiste dans les pays de droit civil », in *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, op. cit., p. 39).

<sup>133</sup> E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, op. cit., p. 226-227. Il écrit encore que « tout rapport humain est juridique » (*Ibidem*, p. 186) ou « instauré d'une manière juridico-symbolique » (*Ibidem*, p. 280).

le juge ou l'institution mais « la relation juridico-symbolique conçue comme une juste distance dans une boucle temporelle, c'est-à-dire un dispositif qui permet à la fois de se projeter dans le futur et de revenir dans le passé » et que l'ordre juridique est « composé d'un ensemble structuré de rapports de droits qui tirent leur juridicité du montage symbolique qui les constitue sous l'égide d'un tiers au sein d'un système de liens »<sup>134</sup>.

#### 4. La transition au prisme de la relation

42. Après ce long périple, il est enfin possible de revenir sur les revendications de la transition et sur le droit de chacun à mener une vie digne d'être vécue, compris comme le droit de mener une vie sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité. L'approche relationnelle du droit nous paraît offrir une perspective intéressante, sinon indispensable, pour penser le droit en général et les revendications de la transition, en particulier<sup>135</sup>.

43. Une telle approche propose un regard différent sur le droit, qui n'est plus envisagé uniquement à partir de l'individu, de la norme ou de l'institution juridique mais à partir de la relation interpersonnelle. D'une certaine façon, adopter une telle perspective devrait aller de soi : d'une part, le droit n'a de sens qu'en présence d'une relation entre deux ou plusieurs personnes<sup>136</sup>, ce qui ne signifie pas pour autant que, comme le suggère Emmanuel Jeuland, tout rapport humain

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 226-227 et 411.

<sup>135</sup> E. Jeuland relève que, en France, le débat sur les biens communs « n'est pas connecté à l'approche relationnelle » et se demande s'il ne serait pas opportun d'analyser « la propriété et les biens communs comme des relations juridiques ». Dans le même souffle, il exprime cependant son désaccord avec J. NEDELSKY « lorsqu'elle présente les relations juridiques entre les personnes comme équivalentes à celle que l'on aurait avec la terre, les animaux et les végétaux », alors que, selon lui, une « relation juridique est symbolique et implique deux personnes » (« L'approche relationniste dans les pays de droit civil », *op. cit.*, p. 35). Deux ans plus tôt, il écrivait déjà que c'est « en assurant par le droit de justes distances entre les personnes – impliquant la possibilité d'engager leur responsabilité – que l'on peut veiller (...) au respect de la nature » (*Théorie relationniste du droit, op. cit.*, p. 23).

<sup>136</sup> Voy. M. WALINE, *L'individualisme et le droit, op. cit.*, p. 316 : « Le Droit est toujours social parce qu'il est inconcevable hors d'un milieu constitué par un groupe social ».

serait juridique<sup>137</sup>. D'autre part, les êtres humains sont, au moins partiellement, constitués par les relations qu'ils nouent de sorte que le mythe moderne de l'indépendance des individus doit céder la place à la réalité de leur interdépendance<sup>138</sup>. Le défi climatique nous impose par ailleurs d'élargir le point de vue à la question de l'interdépendance des humains à l'égard de leur environnement et des générations futures<sup>139</sup>. En réalité, le droit étant par essence étroitement associé aux affaires humaines, on peut se demander comment le discours juridique moderne dominant a réussi à faire l'impasse sur cette dimension constitutive de son objet<sup>140</sup>. Il nous paraît donc clair que, comme nous y invite Jennifer Nedelsky, le droit gagne à être analysé en termes de la structuration des relations qu'il opère.

**44.** L'approche relationnelle nous invite en outre à repenser la fonction du droit sous l'angle de la façon dont il se positionne par rapport aux relations, selon qu'elles sont destructrices ou porteuses pour l'être humain.

<sup>137</sup> Tout rapport social ou humain n'est pas durable et, si son caractère durable sera souvent renforcé par le passage au droit, ce dernier ne constitue pas une condition *sine qua non* de cette durabilité. E. JEULAND admet du reste que l'amitié est l'exception qui confirme la règle (*Théorie relationniste du droit, op. cit.*, p. 344). Ce n'est toutefois pas la seule exception, comme en témoigne le fait que de nombreuses relations affectives durables se vivent en dehors de tout cadre juridique. Si un rapport humain durable est en principe symbolique car langagier, il n'est pas nécessairement juridique même s'il n'est guère surprenant que, précisément pour assurer cette durabilité (et ses effets par rapport aux tiers), le droit ait eu tendance à offrir protection à ceux qu'il jugeait légitimes. On préférera dès lors, sur ce point, l'analyse de François Ost qui privilégie l'idée de la secondarité du droit : « le lien social n'est jamais naturellement ou originellement juridique ; il le devient, éventuellement, dans un second temps lorsque se développe un besoin de sécurité, de publicité, ou de durabilité » (*À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 43).

<sup>138</sup> Ce qu'Antoine Bailieux semble viser par le concept de vulnérabilité.

<sup>139</sup> Dans le même sens, voy. J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », *op. cit.*, p. 8 : « comme nous le comprenons de plus en plus, tous ces niveaux de relations sont affectés – et ont été affectés – par des changements plus larges tels que le réchauffement climatique (par exemple des changements météorologiques importants conduisant à des migrations, des ruptures familiales et à des conflits autour des ressources naturelles) ».

<sup>140</sup> E. JEULAND relève finement que le rapport de droit est le « cœur, mais aussi le point aveugle, mal défini » de la théorie du droit (*Théorie relationniste du droit, op. cit.*, p. 380). On vise bien le discours juridique dès lors qu'il ne fait aucun doute, selon nous, que la pratique n'a jamais eu d'autre choix que de tenir compte de la dimension relationnelle du droit.

45. Le droit a d'abord vocation à faire échec à la relation toxique, celle qui porte atteinte à l'autonomie des individus<sup>141</sup>. La conception moderne de la théorie de la relation nous ramène naturellement à Kant (et Fichte), pour qui le concept de droit s'impose pour concevoir la coexistence d'individus libres, de façon à ce que la liberté de l'un n'empiète pas sur celle de l'autre. C'est également Kant qui a posé l'impératif catégorique selon lequel il convient de traiter l'humanité qui est en chacun comme une fin et non un moyen. Une telle conception est, comme le relève François Ost, fondée sur un « concept d'humanité générique » qui « s'élabore par abstraction des différences »<sup>142</sup>. Ce concept d'une humanité partagée peut, on l'a vu, être retracé jusqu'aux stoïciens, même s'il a sans doute fallu la force du message chrétien pour lui donner l'importance qui en fera, près de 2000 ans plus tard, l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que « (t)ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

Lorsque cette égalité est menacée, le droit veille en principe, comme l'écrit Emmanuel Jeuland, à assurer une distance symbolique entre les personnes par le biais du recours au tiers (la norme ou le juge). Dans le même ordre d'idées, François Ost, qui ne revendique pas une approche relationnelle, fait du droit le tiers garant de la juste distance au sein de la relation : « Voilà la propriété émergente, la logique contrefactuelle, (...) auxquels le droit prête ses fonctionnalités quand il se met à l'écoute de l'humain. Le chiffre trois (ou l'institution du tiers) est comme la garantie que jamais le 1 ne se referme sur lui-même, ou que le 2 jamais n'absorbe le 1 ; le trois est la garantie que l'écart reste opérant, que la différence travaille, que la parole circule, que du nouveau (de l'événement, du projet, de l'histoire, du sens...) soit encore à l'œuvre »<sup>143</sup>. En ce qu'elle postule une juste distance

<sup>141</sup> Voy. les exemples cités dans l'introduction par Antoine BAILLEUX de normes qui protègent notre autonomie « immédiate ». Il a cependant l'intuition que notre ordre juridique protège davantage le modèle croissancier que le modèle « convivial », qui assure cette protection.

<sup>142</sup> FR. OST, *À quoi sert le droit ?*, op. cit., p. 287. Dans son introduction, A. BAILLEUX rappelle que Kant avait déjà fait le lien entre dignité et autonomie.

<sup>143</sup> FR. OST, *À quoi sert le droit ?*, op. cit., p. 255-256. Et de conclure que le droit sert, en renvoyant à une scène tierce, à opérer un « léger écart », un « imperceptible décentrement », mais « un monde symbolique », susceptible de « modifier profondément la nature du lien social » et qui « rend possible la référence à une "commune mesure" – celle qui convient à des êtres humains "dignes" de respect » (*Ibidem*, p. 41,

entre les personnes, la conception relationnelle impose dans le même souffle l'obligation de respecter la position de l'autre, ce qui permet de penser le concept de responsabilité de façon plus affinée que dans le paradigme juridique de l'individu<sup>144</sup>.

Par le subtil écart que le droit opère en déplaçant la relation sur une scène tierce, il se met en position d'empêcher, à tout le moins de limiter le risque, que celle-ci n'écrase une partie (souvent la plus vulnérable). Cela ne suffit pas, cependant. Loin du mythe hobbesien de l'égalité factuelle entre les humains, la réalité sociale révèle en effet des asymétries que le modèle croissancier, non seulement n'a pas éliminées mais tend à aggraver<sup>145</sup>. L'approche relationnelle rejoint et appuie les revendications de la transition qui attendent du droit qu'il joue un rôle plus actif dans la protection particulière des personnes ou entités vulnérables<sup>146</sup>, en rétablissant, en quelque sorte, en droit une égalité qui n'existe pas en fait.

**46.** Les propos qui précèdent restent axés autour du principe d'égalité et de l'autonomie individuelle. On se souviendra de l'analyse de Paul Lafitte, qui associait égalité et individualisme : des « citoyens égaux en aptitudes, égaux en droits, en face d'un État tout-puissant, et rien entre eux »<sup>147</sup>. De façon moins classique, l'approche relationnelle

---

349 et 359). E. JEULAND suggère que la dignité « est peut-être aussi un concept procédural, relationnel et symbolique : un traitement est dégradant quand il ne construit pas de relation symbolique (...) » (*Théorie relationniste du droit, op. cit.*, p. 478).

<sup>144</sup> Dans le même sens, Alexander Somek insiste sur la nécessaire réciprocité qui traverse le droit et se traduit, en termes juridiques, par le principe d'égalité. Voy. ci-avant, note 127.

<sup>145</sup> Voy. l'introduction à cet ouvrage par A. BAILLEUX : « En présentant l'autre comme un moyen en vue de la satisfaction de mes désirs ou de mes besoins, et en me donnant sur lui le pouvoir que confère l'argent (pour le client) ou la capacité (pour le marchand), le marché institue l'artifice d'une relation entre sujets souverains toujours-déjà autonomes. Ce faisant, il détruit les conditions d'une autonomie collective, et réduit à la figure d'une pure dépendance, assimilée à celle du parasite, ceux qui sont laissés aux marges du tandem production-consommation ».

<sup>146</sup> Résumant la thèse de Martha Nussbaum, Sophie KLIMIS évoque l'exigence centrale de justice que toutes les situations asymétriques soient prises en considération « dans le cadre d'une conception élargie de la coopération sociale » attentive aux phénomènes de vulnérabilité (*Penser, délibérer, juger. Pour une philosophe de la justice en acte(s)*, Louvain-La-Neuve, De Boeck, 2018, p. 212). À titre d'exemple, on relèvera qu'il aura fallu 17 ans à la Belgique pour signer la convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (en situation de vulnérabilité).

<sup>147</sup> Voy. ci-avant §30.

du droit met pourtant en évidence, outre l'interdépendance précitée, l'effet bénéfique de la relation sur l'autonomie individuelle. L'accroissement de celle-ci par le rapport à autrui n'est pas uniquement fonction du travail de l'autre grâce à l'institution du marché (modèle croissanciel)<sup>148</sup> mais bénéficie également de la (simple) interaction humaine<sup>149</sup>. Sur le plan juridique, Alexander Somek démontre comment l'action de l'un contribue à la réalisation de la liberté des autres et François Ost rappelle que « l'être humain n'accède à l'autonomie qu'au travers de l'hétéronomie de la loi (...) »<sup>150</sup>.

À nouveau, l'approche relationnelle invite, tout comme les mouvements de transition, le droit à promouvoir les relations qui promeuvent l'autonomie plutôt que celles qui la diminuent<sup>151</sup>. À l'inverse, comme le relève Jennifer Nedelsky, une théorie du droit qui repose sur une « conception faussée de l'autonomie comme indépendance » n'est pas de nature à faciliter et encourager les relations qui nourrissent l'autonomie<sup>152</sup>.

47. La théorie de la relation nous paraît enfin présenter un intérêt pour les discours de la transition à un autre égard. Il n'est plus question d'envisager la relation seulement en tant qu'elle est susceptible d'augmenter ou de diminuer l'autonomie individuelle mais en tant qu'elle présente une valeur en soi. On ne s'étonnera pas qu'on revienne ici à Aristote qui ne pouvait concevoir l'individu en dehors de la cité. Pour lui, on l'a vu, si la justice universelle est « une vertu complète, non pas cependant au sens absolu, mais dans nos rapports avec autrui », c'est 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 qu'elle « accomplit ce qui est avantageux à un autre,

<sup>148</sup> Cf. l'introduction d'A. BAILLEUX.

<sup>149</sup> On se rapproche ici de la notion de convivialité d'Illich. On peut toutefois se demander si l'apport de la relation à l'autonomie individuelle ne devrait pas être présenté de façon plus positive que sous l'angle de la vulnérabilité (incontestable par ailleurs) de tout être humain.

<sup>150</sup> FR. OST, *À quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>151</sup> Les exemples sont nombreux, du congé de paternité équivalent au congé de maternité aux formules qui permettent à des personnes âgées de continuer à vivre de façon autonome. Voy. également N. BERNARD, « L'habitat groupé pour personnes en précarité sociale : et si on arrêta de pénaliser la solidarité ? », *Les Échos du logement*, 3 (2007), p. 1 et s.

<sup>152</sup> J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », *op. cit.*, p. 6.

soit à un chef, soit à un membre de la communauté » qu'elle est « la plus parfaite des vertus »<sup>153</sup>. C'est donc le rapport à l'autre et, plus largement le lien social (naturellement politique pour Aristote) qui est ici valorisé.

48. Écrivant en 1949, dans un contexte qu'il ne faut pas préciser, M. Waline insistait sur le fait que « pour la théorie chrétienne, donc pour la civilisation occidentale, l'individu est la seule fin du Droit » et mettait en garde contre le triomphe d'une conception assignant comme cause finale aux institutions juridiques l'intérêt d'une entité (comme une communauté raciale), ce qui signifierait « la disparition des idées politiques et morales qu'une tradition plusieurs fois séculaire fait tenir pour fondamentales en France, comme dans tous les pays imprégnés de la morale chrétienne »<sup>154</sup>.

Il est toutefois parfaitement possible d'assigner au droit une « cause finale » comme l'intérêt d'une « entité » (que ce soit le lien social, l'environnement ou les générations futures) sans pour autant abandonner par ailleurs sa vocation à protéger les individus<sup>155</sup>. La notion de relation nous paraît ainsi offrir une catégorie intermédiaire qui permet de ne pas devoir choisir entre le tout (l'État, la communauté) et la partie (l'individu) mais de les penser dans une relation dialectique. L'accent mis sur la dimension relationnelle ne revient pas, comme le relève Jennifer Nedelsky, à faire prévaloir d'office la dimension collective sur la dimension individuelle<sup>156</sup>. Ce changement de perspective nous ramène plutôt à deux des finalités intrinsèques que François Ost assigne à un droit voué à la promotion de la démocratie, de la justice et de la constitution de l'humain, à savoir définir un équilibre social général à vocation opératoire (1), susceptible d'être remis en cause, au moins dans une certaine mesure, dans le cadre de procédures déterminées (2)<sup>157</sup>. Si c'est au législateur (et à l'exécutif)

<sup>153</sup> Voy. ci-avant, §10.

<sup>154</sup> M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 317 et 415.

<sup>155</sup> Le lecteur aura, on l'espère, compris qu'il n'est pas question ici de revenir sur l'apport majeur du paradigme juridique de l'individu, à savoir les droits fondamentaux.

<sup>156</sup> Pour Emmanuel JEULAND : « Il ne faut ni partir de l'individu dans une approche ultralibérale destructrice des rapports, ni partir de l'institution qui peut être autodesstructrice, collectiviste et étouffante pour l'individu » (*Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 284).

<sup>157</sup> Fr. OST, *À quoi sert le droit ?*, op. cit., p. 338.

qu'il incombe en premier lieu d'assurer cet équilibre social général<sup>158</sup>, qui est sujet à changement, le juge a également pour mission de veiller à un tel équilibre<sup>159</sup>.

49. Dans cette optique, il s'impose de remobiliser la conception classique de la relation en droit, telle qu'elle a été développée par Aristote. 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 retrouve ici la nécessité de penser le droit en contexte<sup>160</sup>, en situation<sup>161</sup> ou par cas<sup>162</sup>. On le voit, la solution n'est dès lors pas préexistante,

<sup>158</sup> François Ost relève que le droit intègre simultanément un très grand nombre de normes sociales entre lesquelles il doit opérer différents types d'arbitrages nécessaires à leur coexistence fonctionnelle : « Ce n'est pas tout, en effet, d'adopter tel quota maximum d'émission d'un gaz industriel polluant, encore faut-il calibrer cette norme de façon telle qu'elle ne provoque pas la faillite de telle ou telle entreprise concernée » (*Ibidem*, p. 228).

<sup>159</sup> Sur le plan particulier, mais pas uniquement compte tenu de la finalité longue de l'acte de juger qui tend, comme l'écrit Paul RICOEUR, à « contribuer à la paix sociale, c'est-à-dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel si souvent évoqué par Ch. Perelman » (*Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 185-190).

<sup>160</sup> Voy. le numéro de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* consacré à ce thème (vol. 70 de juin 2013).

<sup>161</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 22-24.

<sup>162</sup> Voy. le numéro de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* consacré à ce thème (vol. 73 de décembre 2014). E. JEULAND semble aller dans ce sens lorsqu'il évoque un « mouvement de fond qui traduit un changement de paradigme scientifique, religieux et philosophique de longue haleine, faisant basculer un cosmos statique où tout est, en quelque sorte, écrit par un Dieu extérieur et omnipotent et calculé par les instruments de la science, à un cosmos relationnel, procédural et symbolique où tout est davantage indéterminé et imprévisible » (*Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 478).

toute faite, mais elle se construit dans le respect du principe de proportionnalité. Tel est le cas du législateur ou de l'exécutif, à l'heure d'opérer des choix, mais également du juge confronté à un litige. Au début du siècle dernier, déjà, le réaliste américain Benjamin Cardozo, qui fut également juge à la Cour suprême, nous invitait à concevoir le droit comme définissant une relation entre des points qui sont, le plus souvent, en mouvement (dimension spatiale ou matérielle)<sup>163</sup>.

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<sup>164</sup>.

**50.** L'approche relationnelle classique du droit est donc également de nature à accompagner les revendications de la transition en ce qu'elle permet, en allant bien au-delà de ce qu'Aristote avait en tête, de penser la justice distributive comme une relation des êtres humains à l'égard de leur environnement et des générations futures. Ce n'est donc plus uniquement l'autonomie individuelle, les droits de chacun ou la distance entre les personnes que le droit peut venir garantir, mais la relation elle-même.

## Conclusion

**51.** « Et quoi d'autres poursuivons nous, aujourd'hui encore, si ce n'est la réconciliation de l'idée de justice sociale, héritage de la philosophie classique, avec notre hantise moderne de la dignité de chaque personne ? »<sup>165</sup>. C'est en ces termes que Michel Villey, qui nous a inspiré cette contribution, concluait un article consacré aux fondateurs de l'école du droit naturel moderne. Et si, précisément,

---

<sup>163</sup> B. N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Westport, Greenwood Press, 1930, p. 4. À quelques années d'intervalle, Emmanuel LÉVY dénonçait, de l'autre côté de l'Atlantique, notre incapacité à penser les droits pour ce qu'ils sont en réalité, à savoir des relations : « Ce qui serait évident si les droits avaient l'existence, s'ils étaient des absolus. Mais ils sont des relations » (*Les fondements du droit*, Paris, Alcan, 1933, p. 95).

<sup>164</sup> Ce qui ne signifie pas que toute différence soit nécessairement pertinente pour l'appréhension par le droit d'une situation.

<sup>165</sup> M. VILLEY, « Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVIIe siècle », *A.P.D.*, 1961, p. 104.

l'approche relationnelle du droit invitait, dans l'esprit de la pensée médiévale, à penser cette réconciliation ?

Il n'est pas anodin de constater la coïncidence de cheminement du paradigme juridique de l'individu et du modèle croissancier. Notre thèse est donc que si on souhaite privilégier un projet alternatif, comme nous y invitent les mouvements de la transition, il s'impose de sortir du paradigme juridique de l'individu et d'intégrer dans notre conception du droit sa dimension relationnelle, qui a trop souvent été perdue de vue. En ce sens, nous proposons, comme Antoine Bailleux, « de ménager une place, dans l'univers juridique, pour l'expression d'un récit concurrent à l'idéologie dominante »<sup>166</sup>.

Forts des enseignements des approches relationnelles du droit et saisis par les revendications de la transition, il nous reste à s'imprégner de ces sages paroles issues de la *Rhétorique à Herrenius* : « La justice est l'équité qui attribue à chacun son droit, pour la dignité de chacun »<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> A. BAILLEUX, « Dissoudre l'événement ou exposer la crise ? (...) », *op. cit.*, p. 116.

<sup>167</sup> Voy. ci-avant, note 32.