

On peut d'abord partir d'une **définition très générale du mot de « droit »** : le droit c'est la latitude de liberté que vous laisse la loi à l'intérieur d'une société gouvernée par un Etat ; le droit limite nos libertés afin qu'elles ne se détruisent pas l'une l'autre (sous-entendu : la liberté sans limite mène au chaos ; homme = non naturellement sociable, etc.). Fonction : ordre social. Nécessité sociale.

Le droit à travers la loi permet (cf. « avoir le droit » : être autorisé, mais par la loi qui suppose l'existence d'un Etat), interdit, oblige, bref, dirige des comportements (c'est ce qu'on appelle une « **norme**¹»). Son outil : la loi (possibilité de vous sanctionner, cf. institution de la **justice**, chargée de « rendre le droit », d'appliquer la loi). Recours à la violence légitime, pour reprendre une expression de M. Weber à propos de l'Etat.

Donc, si certes on « peut » désobéir à la loi de l'Etat au sens où nous en avons la capacité, cela paraît être **contradictoire de dire qu'on peut avoir le droit d'y désobéir** : on a l'obligation d'obéir aux lois, c'est une question même de définition ! –A moins que : peut-être y a-t-il un autre sens du mot « loi » ? Les lois sont-elles seulement les lois instituées par un Etat ? Et une loi instituée par l'Etat, pour être légale, est-elle toujours légitime ?

Position de la problématique à partir de la réponse du sens commun à notre question :

N'y a-t-il pas des cas, soit actuels soit historiques, dans lesquels cela paraît avoir un sens de parler de désobéissance à la loi, sans qu'on soit pour autant considéré comme un délinquant ? Cf. droit de révolte (d'ailleurs, on parle d'un droit des peuples à la résistance contre l'oppression, de désobéissance civique, parce qu'une loi nous paraît injuste)

Très souvent, à quoi se réfère-t-on pour justifier cette réponse ? Quand on prétend désobéir en droit à certaines lois, c'est qu'on prétend alors recourir à quelque chose de supérieur : la conscience morale, la conscience religieuse. Renvoi à un sentiment de justice ; **justice, ici, pas ce qui est dû selon la loi instituée, mais selon une espèce de sentiment.**

Problème : celle-ci paraît être subjective, de l'ordre du sentiment (variable selon les individus ou selon les cultures) D'où **la problématique du cours** : si on dit qu'on a le droit de juger du bien-fondé des lois (positives) par la conscience morale, alors ne risque-t-on pas de détruire le droit –qui a été institué justement pour que nul ne se fasse justice soi-même- et donc aussi la société ? cf. subjectivité d'un sentiment, variable selon les individus : chacun va alors pouvoir agir à sa guise alors que justement, assez intuitivement, on sait que le droit est là pour limiter nos libertés afin qu'on puisse cohabiter de façon (à peu près) harmonieuse

D'où les deux grandes questions directrices de notre cours :

- est-ce légitime (et si ça a un sens) de vouloir référer **le droit à la morale ?**
- et surtout, **est-ce que la conscience morale peut acquérir un sens objectif ?**

Si oui, et seulement si oui, alors on pourra répondre qu'il existe un droit à la désobéissance (on l'appellera alors « civique »), voire même, pourquoi pas, un devoir de désobéissance (« citoyens, soulevez-vous ! descendez dans la rue ! »).

¹ Etymologie : gnomon, outil matériel (règle, équerre) servant à tracer des lignes droites ou des angles droits ; s'applique aux conduites humaines : règle = outil mental servant à bien penser (cf. normes logiques) ou bien agir ; ligne de conduite à suivre : ce que nous pouvons faire, ne pas faire, devons faire ; se conduire d'une manière droite ; permettent la cohésion de la société (on ne fera pas n'importe quoi) : mettent de l'ordre dans le désordre

I- Les droits de la conscience morale : droit naturel versus droit positif

Nous devons d'abord nous arrêter sur la question de savoir pourquoi la notion de conscience morale paraît de prime abord justifier la désobéissance aux lois ; nous supposons qu'elle n'est pas subjective, mais elle porte alors, justement, un autre nom... qui comme par hasard, va être un des sens dans lesquels on peut prendre le mot de « loi » ou de « droit »

A- Aristote, Rhétorique, I, 13, la distinction entre deux sortes de lois (le droit positif et le droit naturel)

Aristote, Rhétorique, I, 13.

(...) la définition du juste et de l'injuste se rapporte à deux sortes de lois (...). Je veux parler de la loi particulière et de la loi commune. La **loi particulière** est celle que chaque collection d'hommes détermine par rapport à ses membres, et ces sortes de lois se déterminent en : loi non écrite et loi écrite. La **loi commune** est celle qui existe conformément à la nature. En effet il y a un juste et un injuste, communs de par la nature, et que tout le monde reconnaît par une espèce de divination, lors même qu'il n'y a aucune communication, ni convention mutuelle. C'est ainsi que l'on voit l'Antigone de Sophocle déclarer qu'il est juste d'ensevelir Polynice, dont l'inhumation a été interdite, alléguant que cette inhumation est juste, comme étant conforme à la nature. "*Ce devoir ne date pas d'aujourd'hui ni d'hier, mais il est en vigueur de toute éternité, et personne ne sait d'où il vient*". Pareillement Empédocle, dans les vers suivants, s'explique sur ce point qu'il ne faut pas tuer l'être animé; car ce meurtre ne peut être juste pour certains et injuste pour d'autres : "*mais cette loi générale s'étend par tout le vaste éther et aussi par la terre immense.*"

Loi particulière	Loi commune
Particulière à un Etat ou une société donnée	Commune à tous les hommes (présente en tout homme, et s'applique à tout homme)
Créée par l'homme, posée par une volonté humaine (artifice, convention)	Créées par personne (droit non issu d'une volonté, non conventionnel)
Changeante dans le temps et l'espace (MUABLE) rapports entre hommes dans une société donnée et à tel moment de son histoire	Universelle
Arbitraire : fondée sur les besoins d'une société particulière, et d'une société en générale	Fondée sur la morale, sur le sentiment de justice ; critère de jugement de 1) (cf. légal et légitime)

Sens moral et sens juridique de la loi.

B- De quelle nature s'agit-il ? Qu'est-ce que ça peut bien vouloir dire, que des règles de droit sont fondées sur la nature, et d'autres, sur la volonté ?

1) Qu'est-ce que ça donne si nature désigne règne naturel ?

On utilise parfois cette expression dans ce sens, il faut donc s'y arrêter ; attention, on ne dit pas alors « droit naturel » mais plutôt « droit de nature ».

S'agit-il d'un droit qu'on aurait de par notre **nature d'être vivant** ? alors, droit naturel = droit d'exercer sa puissance, de tout faire pour se réaliser, pour se conserver en vie, de satisfaire ses instincts les plus primitifs ; loi naturelle chez Spinoza : manière dont les êtres doivent réaliser leur nature, leur fonction, leur fin ; le vivant = se mouvoir et se reproduire selon son espèce : faire tout ce qui est en son pouvoir pour se réaliser dans son être, se conserver ; affirmation puissance/ force = affirmation de l'individu dans sa singularité ; droit de nature ici synonyme de liberté spontanée, liberté du désir de vie, jouissance, puissance

Problème : si nature = règne naturel alors ça contredit l'idée même de droit car le droit sert justement, de façon assez intuitive, à limiter l'expression de la force brute (ainsi, pas de droit dans la nature : le droit naturel qu'ont les grands poissons de manger les petits n'est pas un droit, mais une force) ; la nature au sens de force naturelle non réglementée ne peut pas servir de **norme**, ie, nous prescrire des manières d'agir (fait ne fait pas droit) ;

Problème : on ne doit jamais fonder le droit sur le fait	
Ce qui est, ce qui existe (nature)	Ce qui doit être, exister (valeur)
<ul style="list-style-type: none"> - l'histoire (ce qui est fait par des agents), - les mœurs 	

- circonstances, intérêts, force (cf. propriétaire de fait/ de droit)	
un fait s'explique, se constate	un droit se justifie
ce qui se fait, ce qui est « normal »	une norme s'oppose toujours au fait (cependant, cercle vicieux : ce qui est normal au sens de ce qui se fait n'est pas normatif mais dans une société la norme dit ce qui est normal)

2) il s'agit plutôt de la nature de l'homme / nature humaine

Cf. Grotius, *Du droit de la guerre et de la paix* : ce sont les lois qui dérivent de la constitution humaine et des rapports des hommes entre eux, indépendamment de toute législation.

Droit naturel = ensemble de règles de conduite tirées de la nature de l'homme;

On trouve ces lois, non par une simple divination ou évidence, mais plutôt par l'exercice de notre raison : droit rationnel, ie, que trouve notre raison seule, quand elle réfléchit sur la nature humaine ;

Mais de nouveau, attention ! il ne s'agit pas de la constitution biologique de l'homme ! (droit de se nourrir, de tout faire pour se conserver en vie, etc.) ; mais plutôt homme ou humanité en tant que valeur : la nature humaine définit des droits et des devoirs : qu'est-ce qui fait la dignité de l'homme ? – ce sans quoi une vie d'homme digne de ce nom est impossible ; ce sans quoi une vie d'homme est impossible = par exemple, accès à la culture, à l'éducation, au travail, etc. (**réponse à question : « qu'est-ce qu'une vie humaine digne de ce nom ? »**)

« **droit subjectif** » = droit que vous avez, qui vous est dû, à partir du moment où vous avez un certain statut juridique ; ici : un homme (définition : « pouvoir, prérogative, attachée à une personne ou un individu, en vertu de quoi il peut légitimement avoir ou faire certaines choses, user ou ne pas user de quelque chose – pas en vertu d'une loi positive mais en tant qu'il est un homme- Par exemple, en tant qu'homme, tout individu a le droit que nul n'entrave la libre manifestation de son activité propre, ie, de son humanité, entendue comme dignité –vie, liberté, mais aussi, culture, travail-)

Mais peut-on vraiment donner un sens rigoureux à cette notion, un sens « objectif », qui permette alors de justifier l'opinion commune ?

**II- On n'a pas le droit de désobéir aux lois positives, c'est une véritable contradiction dans les termes !
Ou : il ne faut pas fonder le droit sur la morale !**

On est obligé d'obéir aux lois, au sens où c'est un devoir fondamental de l'homme en société. Pourquoi ? Parce que le droit est une nécessité sociale : il garantit la cohésion sociale, la paix, la sécurité.

A- Hobbes et l'origine idéale (= fondement) du droit

Introduction : les philosophies du contrat social au 17ème siècle et l'hypothèse de l'état de nature

Pourquoi dire ici « origine idéale du droit » ? Pour bien comprendre ce point, il convient de situer Hobbes en son temps, et de préciser qu'il est l'initiateur, en philo politique, de ce qu'on appelle les philosophies du contrat social.

- **contexte historique :**

Guerre civile en Angleterre, Hobbes se réfugie en France et écrit son Léviathan en réponse à ce qui se passe ; pourquoi guerre civile ? Parce que la noblesse, poussée par Cromwell, se révolte contre l'arbitraire divin (d'abord Charles I, puis Charles II)

- **le « contrat social » :**

Hobbes et donc l'un des premiers philosophes à construire le concept de l'Etat de droit, de la République, bref, qui va répondre à la question de savoir qu'est-ce qu'un Etat légitime ? est-il légitime ou non d'obéir à la puissance souveraine de l'Etat ? Ce qu'il s'agit de faire, c'est de montrer que l'Etat et l'obéissance à l'Etat n'est fondée ni sur la nature ni sur Dieu ; la seule manière de fonder l'obéissance aux lois est de dire que la société, l'Etat, sont des créations humaines, et le fruit de conventions, de contrats, passés entre les individus qui la composent (contrat = accord volontaire et unanime entre des partis, à propos de quelque chose, qui crée des devoirs et des droits). Ici, contrat qui crée la société et les lois tout court (c'est une décision volontaire et unanime de tous qui est à l'origine de l'obéissance à la loi)

On commence à voir pourquoi on parle d'origine idéale du droit : il ne s'agira pas d'une origine réelle, a) au sens où ça aurait existé réellement (origine fictive) ;

b) mais surtout au sens où ce qu'il s'agit de trouver c'est un fondement du droit (fondement : raison ou légitimité)

- **Pour répondre à cette question, on recourt à l'hypothèse d'un état de nature** (hypothèse de pensée) :

Quelles relations auraient lieu entre les hommes sans les lois ? Est-ce qu'ils vivraient heureux et libres sans lois ? Si l'état civil améliore ces conditions, la vie dans un état civil sera justifiée.

Hobbes, Léviathan (1651)

La cause finale, le but, le dessein, que poursuivent les hommes, eux qui **par nature aiment** la liberté et l'empire exercé sur autrui, lorsqu'ils se sont imposés des restrictions au sein desquelles on les voit vivre dans les **Républiques**, c'est le souci de pourvoir à leur propre préservation et de vivre plus heureusement par ce moyen : autrement dit, de s'arracher à ce misérable **état de guerre** qui est, comme je l'ai montré, la conséquence des **passions naturelles** des hommes, quand il n'existe pas de pouvoir visible pour les tenir en respect, et de les lier, par la crainte des châtiments, tant à l'exécution de leurs conventions qu'à l'observation des **lois de nature**.

La seule façon d'ériger un tel **pouvoir commun**, apte à défendre les gens de l'attaque des étrangers, et des torts qu'ils pourraient se faire les uns aux autres, et ainsi à les protéger de telle sorte que par leur industrie et par les productions de la terre, ils puissent se nourrir et vivre satisfaits, c'est de confier tout leur **pouvoir** et toute leur **force** à un seul homme, ou à une seule assemblée, qui puisse réduire toutes leurs **volontés**, par la **règle de la majorité**, en une seule volonté. Cela revient à dire : désigner un homme, ou une assemblée, pour assumer leur **personnalité**; et que chacun s'avoue et se reconnaisse comme l'auteur de tout ce qu'aura fait ou fait faire, quant aux choses qui concernent la paix et la sécurité commune, celui qui a ainsi assumé leur personnalité, que chacun par conséquent soumette sa volonté et son jugement à la volonté et au jugement de cet homme ou de cette assemblée. Cela va plus loin que le **consensus, ou concorde** : il s'agit d'une **unité réelle** de tous en une seule et même personne, unité réalisée par une convention de chacun avec chacun passée de telle sorte que c'est comme si chacun disait à chacun : j'autorise cet homme ou cette assemblée, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et que tu autorises toutes ses actions de la même manière. Cela fait, la multitude ainsi unie en une seule personne est appelée une **République**, en latin Civitas. Telle est la génération de ce grand **Léviathan**, ou plutôt, pour en parler avec plus de révérence, de ce dieu mortel, auquel nous devons, sous le Dieu immortel, notre paix et notre protection".

Premier par. : genèse de l'Etat, du droit ; mais il ne s'agit pas vraiment de savoir comment il s'est formé (1^{er} par.) mais s'il est légitime (second par.).

1^{er} § : pourquoi (à cause de quoi et en vue de quoi ?) l'Etat ? Pourquoi l'homme vit-il sous un gouvernement commun ?

On s'étonne, dès le début du texte, du fait que les hommes vivent sous un gouvernement commun, qui, par les lois, limite leurs libertés : ça ne devrait pas être.

Pourquoi ?

D'abord, parce que l'Etat étant entendu dans tout le texte comme une puissance souveraine terrifiante qui vous inspire de la crainte.

Mais surtout parce que c'est contraire à leur nature. Nature = amour liberté, entendue comme liberté absolue, satisfaire tous ses désirs. Tout être vivant, même l'être humain, vise l'agréable et le profitable. Et ne s'intéresse pas aux autres, n'est pas naturellement sociable.

Pourquoi alors en est-on venu là ? Est-ce volontairement ou par soumission ?

1) l'état de nature = un état de guerre de tous contre tous (à cause de quoi l'Etat ?)

Homme état de nature = un loup pour l'homme = état de guerre permanente (liberté totale, droits illimités donc pas de liberté ni aucun droit, au bout du compte !). Ce sera donc la violence des passions, du désir, qui sera à l'origine de l'Etat.

Définition de l'homme à l'état de nature

passions + raison		Droit naturel de faire tout ce qu'il veut (liberté illimitée, « droit de nature ») ; pouvoir et désir égaux en tout homme (à la limite même le plus faible peut devenir le plus fort)
Passions fondamentales (pulsions, instincts, tendances innées et spontanées)	Raison = capacité de prévoir et d'anticiper, calcul des moyens pour parvenir à une fin (comment rester en vie ?)	- cf. droit de faire tout ce qu'on veut, de posséder tout ce qu'on veut, de conserver notre vie (et de juger de ce qui est bien pour se maintenir en vie) ; chacun est juge de ce qui est bien ou mal, juste ou injuste (« pour lui » !)
Désir de gloire, de reconnaissance = vouloir être le plus fort Convoitise : vouloir s'approprier le bien d'autrui Ces deux passions poussent les hommes à vouloir s'entretuer Mais passion qui a le plus d'effet sur les hommes : peur de la mort violente (vouloir à tout prix se conserver en vie)	D'où vient-elle ? De la nature (ou de Dieu ? faille !) ; cf. sens, ici, de la « loi naturelle » : loi de la raison ! Déf loi de nature : précepte, règle, découverte par la raison par laquelle il est interdit à un homme de faire ce qui détruit sa vie	- mêmes désirs (on veut les mêmes choses, et surtout, d'ailleurs, les choses que veut autrui) - mêmes forces
On verra que c'est cette dernière passion, ainsi que la raison, qui vont contrebalancer les effets négatifs des autres passions.		- d'où droits illimités par déf négatifs : égal pouvoir de tuer ; liberté est aussi risque de mourir à chaque instant

Résumé du tableau :

- l'homme est défini par des passions fondamentales (vouloir tout faire pour se maintenir en vie = aboutit à peur de la mort violente, désir de reconnaissance, convoitise, etc.) et par la raison ; la raison sert à le maintenir en vie, elle est donc suspendue à la loi naturelle fondamentale ; chacun a tous les droits, et surtout, est juge des moyens utiles à se conserver en vie
- problème : égalité fondamentale de tous les hommes ; tous ont les mêmes droits (liberté illimitée, droit de se gouverner soi-même, etc.), les mêmes désirs, et au bout du compte le même pouvoir ; cause de conflits interminables entre les hommes et surtout, liberté dans l'insécurité : vous risquez à tout instant de mourir si quelqu'un juge que c'est utile pour la conservation de sa vie (ou même s'il en a envie tout court !)

2) la première sortie de l'état de nature

- **solution : apportée par la raison** : la raison prescrit de mettre fin à l'état de guerre ; elle calcule comment obtenir un état conforme à la vraie conservation, où chacun puisse librement accomplir son activité)

- « qui veut se maintenir en vie, veut la paix » ; il faut donc limiter le droit naturel que nous avons puisqu'il est la cause de tous nos maux et qu'au bout du compte, nous n'avons plus aucun droit
- mais comment faire ?
- **passer des contrats entre nous ? promesses ?** (« je te promets de ne rien faire qui aille contre ta liberté et contre ton droit », « j'abandonne ma liberté totale à condition que tu le fasses aussi ») = jamais certaine ! (j'ai toujours le pouvoir/droit de juger de ce qui est bien pour me maintenir en vie...) Le problème de cette solution est que le premier qui promet risque de se faire avoir ! une promesse ou un contrat sans force n'est que parole !

3) la seconde sortie de l'état de nature : le pacte social

- la raison n'étant pas suffisante, recours à une passion fondamentale : la peur de la mort violente : si je n'ai pas peur d'être sanctionné, je ne me sentirai pas tenu de respecter ma promesse (pacte = fondé sur intérêt et crainte !);
- l'institution d'une puissance commune et terrifiante est donc nécessaire

- la meilleure solution est donc d'abandonner tous ses pouvoirs à un tiers extérieur à nous (ie : qui a tous les droits alors que nous n'en avons plus aucun) = Etat ;
- chacun se désaisit de sa puissance pour la transformer en droit du souverain (nouvelle puissance, véritable création) ... qui lui n'est tenu par aucune loi (ne fait pas partie du pacte); il est principe de tout droit, puisqu'avec lui naît justement le juste, l'injuste, la liberté ; seul juge du bien et l'institue (n'existe pas avant)
- **pourquoi est-il hors contrat ?**
 - sinon, ne nous ferait pas peur ;
 - s'il passait des conventions avec vous, qui le surveillerait et le respecterait pour qu'il les respecte ? (cf. fait qu'une convention n'est rien sans la force ! –il faudrait donc au-dessus de lui une autre puissance commune et terrifiante...

Problème n°1 : s'il est hors contrat et détenteur de tous les droits naturels qu'on avait à l'état de nature, il est encore à l'état de nature ; alors, échange sécurité contre liberté ? pacte de soumission ?

Problème n° 2 : pas droit à la désobéissance : dans l'état civil, nous devons obéir à l'Etat, c'est lui qui décide du droit, et des peines à infliger si nous ne le respectons pas. Nous n'avons pas le droit de désobéir car ce serait revenir à l'état de nature (où nous avons tous, individuellement, le droit de décider de ce qui est bien pour nous) Alors, de nouveau, faut-il dire que nous avons échangé notre liberté contre notre sécurité, notre confort petit-bourgeois ?

Deuxième paragraphe : la légitimité de l'Etat (fondement) : la théorie de la représentation

Comment crée-t-on notre représentant commun ? S'assujettit-on ou non ?

Non, ce n'est pas si simple, et c'est ce que nous indique tout le vocabulaire de la représentation de ce texte: pourquoi ce pouvoir pourtant absolu est-il « légitime » ?

a) **le souverain, mandataire et acteur** : Parce qu'il représente notre plus grand intérêt/ désir, qui justifie qu'on lui ait abandonné tous nos droits : préserver notre vie. C'est notre mandataire. Etat = acteur = autorisé à agir et parler en notre nom ; plus encore, une personne : « *est une personne celui dont les mots ou les actions sont considérés comme lui appartenant, soit comme représentant les paroles ou actions d'un autre homme, ou de toute autre chose à laquelle on les attribue, que ce soit en vérité ou en fiction* ». Personne = représente = est autorisée à = acteur ; nous = auteurs... (personne = unité d'une multitude ; personne morale = se porter garant de ; représenter, personnifier, cf. persona, déguisement ou masque)

Il nous force donc à respecter ce qui est bien pour nous, et il nous permet d'avoir de vrais droits, de vraies libertés. Quand nous obéissons à l'Etat c'est donc à nous-mêmes, à ce que nous voulons vraiment, que nous obéissons. (Ce que j'ai perdu, je le retrouve dans l'Etat, mais en mieux)

Donc, origine = peur de mort violente, passions (nécessité, pis-aller) ; mais il y a bien un fondement = raison, autorisation libre donc légitime

b) mais encore, **le souverain fait d'une multitude d'individus désunis, une unité, une seule et même personne, qui veut la même chose** ; il est l'âme de ce grand Leviathan qu'est l'Etat, et vous en êtes le corps (Etat = pas souverain seul mais vous + souverain ! vous seuls même au bout du compte mais vous avez besoin d'un principe d'unification qui est le pouvoir commun terrifiant et fort)

Conclusion IIA et réponse explicite à notre question de cours : vous ne pouvez donc par définition désobéir aux lois (cf. par. 18) car :

- vous vous plaindriez de ce dont vous êtes l'auteur (Cf. par. 5 : les sujets étant les auteurs des actes du souverain, on punirait un autre pour des actions qu'ils ont eux-mêmes commises)
- retour à multitude, anarchie, donc, peur de mort violente

B- Le positivisme juridique : ce que suppose cette thèse, c'est que par définition, ce qui est légal est légitime. Il ne peut jamais y avoir de raisons de ne pas obéir aux lois PAR DEFINITION (positivisme juridique)

1) « c'est l'autorité et non la vérité (la moralité) qui fait la loi »

La loi est juste parce qu'elle vient de l'autorité souveraine. Ce n'est pas parce qu'une chose est reconnue juste qu'elle est ordonnée, mais ce qui est juste l'est parce qu'ordonné, parce que ça vient de celui qui a l'autorité de faire des lois (sous-entendu : pas d'autre moyen d'assurer la paix). La loi est juste par définition : le juste n'est pas transcendant au domaine de la légalité. Le juste EST ce qui est instauré par la loi.

Cf. Hobbes, *De Cive*, XII, 1 : « les règles du juste et de l'injuste, de l'honnête et du deshonnête, sont des lois civiles, et par conséquent, on doit tenir pour bien ce que le législateur ordonne et pour mal ce qu'il défend »

Cf. loi et conseil : on obéit à un conseil en prenant en compte la valeur de ce qui est conseillé, alors qu'on obéit aux lois parce qu'ainsi le veut la volonté de celui qui commande. C'est la seule raison suffisante de l'obéissance. (Ne réfléchissez pas surtout, quand vous obéissez à la loi ! c'est hors sujet ! quand on vous donne un conseil, oui !)

Conséquences :

- ce qui n'est pas défendu par la loi (au sens où ce serait écrit quelque part, avec des sanctions) n'est pas un délit, n'est pas « injuste »
- ce qui est autorisé par la loi n'est jamais un délit, « injuste » : exemple : tuer par nécessité (légitime défense, guerre...). Comme c'est autorisé et/ ou ordonné par la loi, alors, c'est juste
- là où la loi n'a pas encore prévu ou édicté les délits (cf. avancées techniques), il n'y a pas de délit –cf. déclaration de 1789, article 5 : « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché (et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas) ». Cf. actuellement, téléchargement de musique sur internet ; exemple : aux Etats-Unis, un réseau de détectives privés a réussi à intercepter un pédophile en se faisant passer pour une pré-ado, et en donnant rendez-vous à cet homme ; or, on n'a pas pu l'arrêter... pourquoi ? car absence de loi contre le détournement de mineurs sur internet ! Un délit n'est pas reconnu tel tant qu'un projet de loi n'est pas adopté.

2) distinction droit et morale

On pourra répondre que c'est immoral, mais le positivisme juridique répondra que là n'est pas le problème. Il ne faut pas référer le droit à la morale. Le positivisme juridique prend à la lettre la distinction droit et morale.

Droit	Morale
Exemple : « si tu veux la paix, ou ne pas être puni, il ne faut pas tuer ton prochain » (raison : cela nuit au bon ordre social) ; c'est dans mon intérêt	Exemple : « il ne faut pas tuer ton prochain » (raison : l'homme est une valeur absolue)
Permis, interdit (licite, illicite)	Bien, mal
Sanctions pénales (prescriptions dont la transgression est suivie d'effets prévus par la loi)	Remords, punition divine (aucune contrainte n'est légitime)
Relative et intéressée, utile (but : assurer l'ordre social)	Absolue (bien en soi)
Extériorité	Intériorité

Bref : si on obéit aux lois positives, c'est par intérêt, pour ne pas aller en prison, que l'on trouve que ces lois sont justes ou non, morales ou non ; par contre, si on obéit à une loi pour un motif moral, aucun motif d'intérêt ne prévaut : c'est parce qu'alors on trouve en notre for intérieur que cette loi est juste, est moralement bonne, que la valeur qu'elle prescrit est une valeur absolue.

Conclusion I : L'homme étant naturellement non sociable et étant enclin à ne pas respecter l'autre, ni les règles morales, il a fallu instaurer le droit, qui se distingue de la morale par la peur de la sanction, par la menace, la force (cf. idée de sanction matérielle comprise dans l'idée de loi positive). On ne respecte pas le droit par devoir, ie, parce qu'on en reconnaît le bien-fondé, mais par intérêt ou contrainte (peur de la sanction, peur de mourir). Le droit ayant pour fonction d'assurer la paix et la sécurité d'une société, on ne peut donc jamais dire que l'on a le droit de désobéir aux lois : on recourrait alors à la morale pour juger du droit, ce qui, nous l'avons vu, est hors sujet.

III- Réunification du droit et de la morale**A- Le droit, une valeur morale !**

Si finalité ultime du droit est la justice et la liberté, un droit qui ne serait pas moral peut-il encore mériter le nom de « droit » ? Ne serait-ce pas tout simplement un rapport de forces ?

On va donc montrer ici que la distinction droit et morale est trop tranchée, car elle revient à oublier que la finalité du droit, de la loi, c'est d'énoncer ce qu'il convient de respecter pour que s'établissent entre les hommes des relations justes, et pour qu'ils puissent exercer leurs libertés. Il semble qu'on ne puisse pas accepter de donner le nom de « loi » à n'importe quel énoncé, par exemple, à un énoncé qui vous dit de ne pas respecter la liberté de l'autre, ou qui traite un homme comme un vulgaire moyen, etc. On retrouve ici les critères de la morale kantienne au sein même du domaine du droit ! Cf. notions de justice et de liberté : se trouvent bien, finalement, au centre du droit comme de la morale.

Recourir à la morale pour juger de la légitimité des lois n'est donc peut-être pas si hors sujet que ce que suppose Hobbes, et c'est même peut-être un devoir.

Le légalisme ou le positivisme juridique ne paraît pas être tenable, car il permet de justifier l'inacceptable et ne rend pas compte de la différence entre tyrannie et Etat de droit. Cf. juristes nazis : ont cherché dans le légalisme des appuis à leur thèse détruisant l'idée de dignité humaine ; à Nuremberg, on a accusé les fonctionnaires nazis de s'être conformés à la loi (nazie) justement parce qu'elle contredit cette dignité humaine, fondement minimal d'une loi et d'un véritable Etat. Cf. notion de « crime contre l'humanité », qui rend positive une loi seulement morale au premier abord...

On peut donc objecter à Hobbes que distinguer à outrance la morale et le droit c'est au bout du compte faire reposer le droit sur la force (et, on l'a vu, sur la contrainte), et ne rien comprendre à la notion de droit (cf. d'ailleurs distinction fait et droit : on ne fonde pas un droit sur ce qui est mais sur ce qui doit être).

B- Rousseau, CS, I, 3 : force ne fait pas droit, et on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes

C'est ce que montre Rousseau dans son célèbre texte issu du CS, I, 3 : il montre que la force et la contrainte ne peuvent jamais fonder le droit ; or, c'est ce que suppose la thèse selon laquelle morale et droit sont fondamentalement opposés. Rousseau va ici montrer que l'on ne peut être forcé d'obéir aux lois, qu'elles soient juridiques et/ ou morales, sans discuter de leur bien-fondé. Sinon, on ne peut parler de devoir, de droit, d'obéissance, mais de loi naturelle...

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social* (1762), livre I, chap. III, Force ne fait pas droit :

"Si c'est la force qui fonde le droit, alors toute force qui en surpasse une autre établit un nouveau droit qui annule et remplace le précédent. Il suffit que le vainqueur d'hier devienne le vaincu d'aujourd'hui pour que bascule avec lui tout le système des droits et des devoirs. Confondre la force et le droit, c'est confondre la contrainte physique et l'obligation morale. La force contraignante supprime ma liberté (elle ne me laisse aucun choix), tandis que l'obligation morale suppose ma liberté (elle prescrit des actions que je suis toujours libre d'accomplir ou non).

Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir. De là le droit du plus fort; droit pris ironiquement en apparence, et réellement établi en principe. Mais ne nous expliquera-t-on jamais ce mot ? La force est une puissance physique; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-t-elle être un devoir ?

Obéissez aux puissances. Si cela veut dire : Cédez à la force, le précepte est bon, mais superflu; je réponds qu'il ne sera jamais violé. (...) Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois, non seulement il faut par force donner sa bourse; mais, quand je pourrais la soustraire, suis-je en conscience obligé de la donner ? Car, enfin, le pistolet qu'il tient est une puissance.

Convenons donc que force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. Ainsi ma question primitive revient toujours."

Question 1 : Pourquoi donc selon Rousseau, la notion de "droit du plus fort" est-elle condamnable ? et surtout incohérente ?

- Incohérente : c'est un droit ineffectif, qui s'auto-détruit (cf. début), et qui donc, ne sert à rien
- Condamnable : détruit la liberté de l'homme (alors que soi-disant le droit est fait pour assurer la liberté !) ; et la morale (cf. question suivante)

Question 2 : Qu'est-ce que le devoir ? Quelle différence feriez-vous entre contrainte et obligation ?

- Le devoir : se sentir obligé envers quelqu'un/ quelque chose = obligation d'obéir. (« Debere » : être obligé d'obéir).
 - L'obligation : Cf. latin « obligatio », « lien juridique ». Terme utilisé en droit et en morale. Le sens en droit, s'approche de la contrainte (lien par lequel vous êtes astreint à faire ou ne pas faire quelque chose).
- Pourtant, là seulement où vous n'êtes pas contraint, où il n'y a pas nécessité, il y a du sens à utiliser le mot de « devoir ». L'obligation et le devoir supposent donc la liberté de l'homme. Cf. distinction « ce qui est » et « ce qui doit être ».

Peut-on donc parler d'un devoir non moral, comme le supposerait la philosophie positiviste de Hobbes ? Ce serait un ordre, quelque chose de contraignant ; on se contredit donc, car on ne voit pas alors pourquoi utiliser le mot de « devoir » ! Il est superflu !

Bilan : donc, le devoir étant une notion morale, supposant la liberté de l'homme, on ne peut par définition dire qu'on est « contraint », forcé, d'obéir aux lois. Il s'agirait sinon d'une simple contrainte, ou bien d'un simple effet de la force... et on ne pourrait même pas employer le mot de « droit ». On peut donc tout à fait dire qu'on a le droit de désobéir aux lois quand elles sont injustes, quand elles ne nous obligent pas en conscience ! (Le droit doit donc suivre la morale !)..

C- Peut-on obéir aux lois et être libre ? Ou : à quelles lois devons-nous obéir pour être libre ? Rousseau, *Du contrat Social*.

Conséquence de la critique rousseauiste : il faut que l'obéissance soit compatible avec la liberté Peut-on obéir aux lois tout en restant libre ? Nouveau modèle du contrat social ou de l'origine du droit.

Pour Rousseau, il faut trouver les fondements d'une autorité telle qu'elle rende les individus aussi libres dans l'état social que dans l'état de nature. Comment, si elle existait, aurait-elle été constituée ? Réponse : seul un contrat libre passé entre les hommes permet de fonder le droit positif ; même point de départ que chez Hobbes : chaque individu renonce à l'indépendance et à tous ses droits naturels, et se soumet totalement au souverain. Mais soumission = degré suprême de la liberté, car soumis à volonté générale qui par définition ne peut opprimer (ce n'est pas à un souverain extérieur à soi qu'on abandonne tous ses droits, mais à tous, donc, au bout du compte, à soi-même ... mais soi-même comme citoyen et non plus comme individu (différence entre les deux : la capacité de prendre en compte un bien général et non plus particulier)