

Qu'est-ce que le droit chez Hegel ?

Préambule

Du début des années 1960 jusqu'au milieu des années 1990, la philosophie politique et la philosophie du droit ont été marquées par la recherche d'une modernité juridique puisant ses ressources non chez Hegel, mais chez Kant. En effet, les réflexions sur la liberté et la justice étaient alors orientées à partir de la question de savoir en quoi consistaient les droits des individus ; individus alors entendus comme sujets de droit, susceptibles de pouvoir légalement acquérir et échanger (tel était et reste encore l'argument juridique et économique des promoteurs de la démocratie libérale), mais entendus en même temps comme personnes morales, susceptibles de partager avec toutes les autres personnes les mêmes principes éthiques qui gouvernent leurs choix propres.

John Rawls¹, comme Jürgen Habermas², se sont l'un comme l'autre tout particulièrement inspirés de Kant pour élaborer leurs conceptions de la société juste. Chez Rawls, la question de la justice se trouvait ainsi fondamentalement dépendante de l'aptitude des individus à s'accorder, hors contexte de la vie sociale et de l'histoire, sur les principes d'une société à venir. De fait, les postures normative et déontologique ordinairement prêtées à Kant, semblaient ici parfaitement assumées. Rawls offrait ainsi à la fin du siècle dernier un argumentaire théorique en faveur des droits de l'individu dont le néolibéralisme, à l'exception notable de Hayek, a pu se servir à l'encontre de l'utilitarisme³. Quant à Habermas, ce dernier s'était plu à déclarer son intérêt pour l'idée kantienne d'*autolégislation*, telle qu'il avait pu la découvrir en lisant sa *Doctrine du droit*. A l'instar de ce qui se passe d'un point de vue moral, les individus se voient en effet juridiquement invités ici à un travail d'unification de leurs intérêts propres dans la volonté universelle du peuple. Habermas a été séduit par cette gageure kantienne : produire démocratiquement l'unité d'un vouloir universel (condition de la souveraineté populaire), tout en garantissant l'autonomie individuelle. Il ne restait plus à Habermas qu'à étudier les conditions propres à convertir ce qui chez Kant restait de l'ordre d'une *intersubjectivité formelle* (l'universalité de l'humanité morale) en une *intersubjectivité discursive*, qui commandait qu'on s'intéressât au langage et à la communication, pensés comme conditions d'une discussion réussie.

Toutefois la perspective kantienne, ainsi choisie pour les avantages que présentaient aux yeux des penseurs modernes sa métaphysique des mœurs, est apparue assez rapidement incompatibles avec les exigences de la fin du siècle dernier et de l'aube de notre siècle. Comment faire, en effet, pour que, non plus la justice ou le Bien, mais une vie juste ou une vie libre, puisse devenir ma vie (étant donné qu'elle ne l'est pas) ? Notons au passage que l'orientation nouvelle de ce questionnement se trouve utilement

¹ Voir RAWLS J., *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997.

² Voir HABERMAS J., *L'Espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad.. Marc de Launay, Paris, Payot, 1997.

³ Voir à ce propos la façon dont Robert Nozick a pu envisager une société construite comme un « canevas d'utopies » où chaque individu était libre d'élire son choix de vie sociale, de le partager avec d'autres, et d'en changer à son gré (NOZICK R., *Anarchie, État et utopie*, chap. X, trad.. E. d'Auzac de Lamartine, Paris, PUF, 1988.

résumé par Judith Butler, au moment où elle propose de reformuler de façon interrogative le constat d'Adorno « qu'on ne peut mener une vie bonne dans une vie mauvaise » ; posant ainsi la question : « Comment peut-on mener une vie bonne dans une vie mauvaise ? »⁴. Force est ainsi de constater que nous ne pouvons aujourd'hui ignorer un appel à dépasser une approche de la justice bornée aux conditions contractuelles d'un accord des volontés particulières (exemplairement servie par la conception procédurale de la justice chez Rawls) comme aux conditions performatives d'une éthique de la discussion, pensée à partir de situations communicationnelles schématiques (repérables chez Habermas). De là naquit le besoin, après ce moment kantien, de revenir à Hegel. Ce besoin s'exprime aujourd'hui comme une attente, ressentie par les individus historicisés et socialisés que nous sommes, de voir conciliées une réflexion sur les normes (que devons nous faire ?) et une réflexion sur nos vies ordinaires, plutôt que de nous satisfaire d'une pensée excentrée par rapport à nos vies. Ce retour à Hegel, et tout particulièrement à sa philosophie du droit, se remarque principalement dans trois tendances de la philosophie contemporaine : chez les philosophes dits « communautariens », chez les philosophes dits « néo-wittgensteiniens », enfin, chez les penseurs de la philosophie sociale.

Chez les « Communautariens » tout d'abord, nous rencontrons en effet une tentative de penser une sécularisation des choix individuels, de façon à ce que ces derniers se redécouvrent inscrits dans des processus (naturel, historique, social), qui les précèdent et les enveloppent. Charles Taylor formule ainsi cette tentative : « Comment allier la plus grande autonomie morale à la plénitude de la communion avec le vaste courant vital qui circule en nous et hors de nous ? »⁵. Taylor établit alors explicitement un lien entre la philosophie du droit qui était celle de Hegel à la fin du XIX^{ème} siècle et cette aporie de la pensée contemporaine, en montrant que Hegel en son temps avait à résoudre un problème de même nature : il rappelle en effet que ce dernier s'était évertué à concilier la volonté d'« intériorisation » portée par Les Lumières, au mouvement inverse d'« expression », porté par le *Sturm und Drang*.

Chez les « néo-wittgensteiniens » d'autre part, l'intérêt pour la philosophie hégélienne se trouve éveillé par une volonté de comprendre comment peuvent s'articuler raison théorique et raison pratique, pour rendre compte de façon cohérente de nos raisons d'agir. Telle est la motivation de Vincent Descombes lorsque, réfléchissant au statut doublement normatif et performatif de la notion hégélienne d'« esprit objectif », il en vient finalement à enquêter sur la manière dont les institutions, qui sont à la fois des éléments du monde et des éléments idéaux, agissent⁶.

Au sein de la philosophie sociale enfin, nous pouvons lire une volonté déclarée de procéder à une « réactualisation de la philosophie hégélienne du droit. » Axel Honneth écrit ainsi : « Nous serions (...) bien inspirés de reprendre à notre compte, mais à nouveaux frais, l'intention qui fut celle de Hegel d'élaborer une théorie de la justice à partir des préconditions structurelles de nos sociétés. »⁷ Honneth veut montrer ici que les solutions que le droit ou la morale proposent pour résorber les différentes pathologies de la société moderne sont vaines, dès lors qu'elles se refusent à prendre en compte des situations vécues par des individus qui souffrent. C'est pourquoi la liberté juridique et morale ne sont que des formes possibles de liberté, à l'inverse du sens social

⁴ BUTLER Judith, *Qu'est-ce qu'une vie bonne ?*, p. 56, trad. M. Rueff, Paris, Payot, 2014.

⁵ TAYLOR Charles, *Hegel et la société moderne*, p. 9, trad. P. R. Desrosiers, Paris, Cerf, 1998.

⁶ DESCOMBES Vincent, *Les institutions du sens*, pp. 267-308, Paris, Minuit, 1996.

⁷ HONNETH Axel, *Le droit de la liberté*, p. 18, trad. F. Joly et P. Rusch, Paris, Gallimard, 2015.

de la liberté que Honneth reconnaît dans les concepts hégéliens d'« éthicité » et de « vie éthique », seuls propres, selon Honneth, à autoriser une liberté effective.

Je voudrais donc m'appuyer sur ce renouveau que connaît aujourd'hui la philosophie hégélienne du droit, de façon à en tenter une présentation telle qu'elle apparait à son niveau le plus achevé : telle que Hegel la professait dans son cours à l'université de Berlin, cours dont il a publié un « compendium » en 1820. Mon propos consistera ici à essayer de rendre manifeste ce qui, dans le texte des *Principes de la philosophie du droit* de 1820⁸, a pu interpeler les modernes, au point de les décider aujourd'hui de procéder à une « réactualisation de la philosophie hégélienne du droit ».

Pour ce faire, je me demanderai d'abord en quoi consiste l'originalité de la conception que Hegel se fait du droit. Je me proposerai ensuite d'étudier les révolutions conceptuelles que cette nouvelle conception du droit implique. Enfin, je souhaiterais expliquer pourquoi la modernité de la philosophie hégélienne du droit tient, à mon sens, à l'aspect tout à fait atypique de l'institutionnalisme que Hegel nous expose en 1820.

1. En quoi consiste l'originalité de la conception que Hegel se faisait du droit en 1820 ?

Le caractère inédit de la conception que Hegel propose du droit en 1820 transparaît dans la définition même que ce dernier élabore de la notion. Hegel écrit en effet : « Qu'un être-là en général soit l'être-là de la *volonté libre*, tel est le *droit*. – il est de ce fait, de manière générale, la liberté en tant qu'idée. » (*PPD*, §29, p. 174). En effet, alors que nous nous faisons ordinairement une conception très réduite et substantialiste du droit, Hegel nous propose ici une conception élargie et processuelle.

Conception élargie du droit tout d'abord, si l'on considère notre tendance habituelle à concevoir seulement sous cette notion son aspect strictement juridique, elle-même étroitement dépendante du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*). Cette conception traditionnelle du droit était d'ailleurs celle là même qu'assumait Emmanuel Kant en 1795. Après avoir distingué au sein des lois morales, les lois éthiques, « principes de détermination des actions », et les lois juridiques qui ne sont censées concerner « que des actions purement extérieures »⁹, ce dernier en venait en effet à définir le droit comme la restriction de l'arbitre, de telle sorte qu'il puisse coexister avec l'arbitre de quiconque selon une loi universelle, affirmant ainsi que « le droit et la faculté de contraindre signifient donc une seule et même chose. »¹⁰ Kant rejoignait ainsi les partisans d'une tradition juridique déjà très prégnante chez Locke ou chez Jean Jacques Rousseau, selon laquelle le droit marque le terme du *jus in omnia*, pour ne s'affirmer sur ce terrain strictement juridique que comme droit de contraindre ; Fichte, d'ailleurs, confirmera, à la suite de Kant, cette conception du droit que nous assumons encore aujourd'hui ordinairement.

⁸ HEGEL G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. Jean-François Kervégan, Paris, PUF, 2013 (noté *PPD*).

⁹ KANT E., *Métaphysique des mœurs* I, Introduction II, p. 163, trad. A. Renaut, Paris, Flammarion, 1994.

¹⁰ KANT E., *Métaphysique des mœurs* II, Doctrine du droit, Introduction, p. 19, trad. A. Renaut, Flammarion, 1994.

Or, à la différence de ce que nous venons d'observer, Hegel décidera de conserver cette approche strictement contraignante du droit non pas à tout le droit, mais à la seule dimension du « droit strict » ou « droit abstrait » (dimension juridique du droit). Il étend ainsi le droit à tout ce qui relève de l'*effectuation*, dans la société et dans l'histoire (dans la vie), d'un droit qui n'existe d'abord qu'en tant qu'idée contenue dans la volonté libre. C'est pourquoi l'idée de liberté, encore très abstraite, autrement dit incomplète, au niveau du *droit juridique* et du *droit moral*, s'étend enfin, et de façon inédite, à des sphères de la vie sociale : à la famille, au domaine économique du travail et des échanges (la « société civile »), à l'État, et enfin à l'histoire, entendue comme droit ou tribunal du monde.

Si l'originalité du droit hégélien consiste donc bien dans une conception élargie du droit, elle consiste aussi dans **une conception processuelle** de celui-ci. Le droit juridique en effet, ne se contente pas de s'étendre au droit moral, à l'*éthicité* (*Sittlichkeit*), et enfin à l'histoire. Hegel pense le droit comme un processus d'effectuation de l'idée de liberté, à partir de ses figures les plus abstraites (incomplètes donc) jusqu'à ses figures les plus concrètes. On part ainsi du « droit strict », « abstrait » parce qu'il ne désigne qu'une capacité formelle : celle d'acquérir et d'échanger pour la « personnalité juridique », jusqu'à l'État, défini comme « l'effectivité de l'idée éthique » (*PPD*, §257), reconnu comme le lieu où l'idée de liberté finit par être tout ce qu'elle doit être. En même temps, il faut ici comprendre le progrès de l'idée de liberté comme un gain toujours plus avancé de rationalité que la liberté acquiert en se sécularisant et en s'universalisant. On comprend ainsi que la *vie éthique* du bourgeois, qui peut effectivement acquérir et échanger soit plus accomplie, moins abstraite, que celle de la « personnalité juridique », qui ne dispose que de la capacité formelle, virtuelle, à effectuer cela. Mais on comprend aussi, de la même façon, la raison qui fait que la conscience du citoyen soit plus achevée que celle du bourgeois, qui ne veut pas le lien social qu'il contribue malgré lui à tisser (Adam Smith soulignera que c'est ici le fait d'une « main invisible » interprétée par Hegel comme une ordonnance des activités économiques dont les individus demeurent inconscients).

Remarque : Cette progression de l'idée de liberté doit, à mon sens, nous dissuader une bonne fois pour toutes de traduire *Sittlichkeit* par « moralité objective », car à faire cela, on oublie précisément cette progression. C'est pourquoi je suggère d'adopter définitivement la traduction de *Sittlichkeit* par *éthicité*, comme le fait Jean François Kervégan.

Cette progression du droit commande alors une démultiplication du droit. Hegel note alors que « chaque degré du développement de l'idée de liberté a son droit en propre, parce qu'il est l'être-là de la liberté dans une de ses déterminations propres. » (*PPD*, §30, pp. 175-176). On peut ici distinguer deux étapes principales dans le texte de 1820.

Tout d'abord, le droit de la « personnalité juridique », simple capacité virtuelle d'acquérir et d'échanger, progresse au niveau supérieur du droit de la « personne morale », forme de liberté selon laquelle l'individu se rend capable d'accorder une valeur universelle à ses intérêts, ainsi que d'effectuer sa volonté libre dans l'action morale (Voir *PPD*, §113).

Puis, Hegel nous propose de passer des dimensions abstraites du droit à ses dimensions les plus concrètes : « L'éthicité est l'idée de la liberté en tant que Bien

vivant. » (*PPD*, §142, p. 315). Tout commence ici avec les membres de la famille, qui exercent leur liberté en prenant soin, par amour, de satisfaire les besoins de tous les autres membres auxquels ils sont liés dans cette communauté. Hegel s'intéresse ensuite à la vie du bourgeois, qui rend désormais effectif ce qui n'était qu'une possibilité pour la personnalité juridique, et qui universalise le Bien de la famille au sein de ce qu'il appelle l'« État externe », ou « État du besoin », au sein duquel les individus ne tissent entre eux qu'un lien « d'interdépendance aveugle. » (*PPD*, §183). Après cela, Le droit progresse jusqu'au droit du citoyen, qui prend effectivement conscience du lien social que le bourgeois ne tisse que de façon inconsciente. C'est pourquoi Hegel définit l'État comme « l'effectivité de l'idée éthique (*Ibid.*, §257) et « le *rationnel* en-soi et pour-soi. » (*Ibid.*, §258). Ce à quoi il faut enfin ajouter le droit du philosophe, droit d'irriguer la vie de l'esprit, qu'il faut entendre en deux sens. En un premier sens, il s'agit de considérer la vocation de ce dernier à éclairer le sens des figures passées de l'histoire. Hegel emprunte ainsi à Schiller l'expression suivante : « L'histoire du monde est le tribunal du monde. » (*Ibid.*, §§340-341). En un second sens, Hegel souligne que le philosophe encourage le processus infini de la culture à passer à autre chose en « coupant les ponts » avec les figures passées et entendues de l'histoire, et à faire ainsi que l'esprit théorique se fasse esprit pratique.

On peut donc désormais dresser un bilan de l'intérêt que présente cette conception élargie et processuelle du droit, selon les quatre points suivants :

1. Le droit hégélien ne signifie pas la privation ou la contention d'une liberté supposée déjà substantiellement détenue, acquise par les individus que nous sommes. Il signifie au contraire un processus d'effectuation de l'idée de liberté.
2. Le droit hégélien n'est pas l'affaire de l'individu. Il est affaire d'intersubjectivité. Il est en effet lié à la façon dont les individus en société répondent aux attentes normatives des autres, et attendent des autres la même satisfaction de leurs propres attentes normatives, issues du besoin ou de l'intérêt. En ce sens, il est sans doute utile de relire le §7 des *principes de la philosophie du droit*, dans lequel Hegel note que l'amour et l'amitié sont à considérer comme des structures essentielles du droit, se développant sous la forme de la confiance et de l'estime au niveau de la société civile, et sous la forme du patriotisme au niveau de l'État. Hegel écrit ainsi : « Ici, on n'est plus au-dedans de soi de manière unilatérale, on se restreint au contraire volontiers en ce qui regarde quelque chose d'autre, mais dans cette restriction on se sait comme [étant] soi-même. » (*Ibid.*). Le droit se traduit donc affectivement comme le sentiment d'« être, dans cet autre, auprès de soi-même » (*Beisich-selbst-Sein im Anderen, Ibid.*).
3. Hegel se refuse à entendre dans la notion de droit, simplement ce qui se trouve institutionnellement posé dans la société et dans l'histoire (l'ensemble des codes, des lois, des institutions coutumières, etc.). Le droit doit aussi admettre en son sein les conditions de sa propre révision, contestation, progrès. C'est pourquoi la moralité fait partie

intégrante du droit chez Hegel. Ce dernier affirme en ce sens son accord franc avec Kant contre les partisans des *Contre-Lumières* (Herder) et de l'historicisme juridique (Savigny).

4. Le droit, selon la conception élargie que nous propose Hegel, ne peut se réduire à ce que pourrait en produire une raison législatrice (juridique ou morale). Le droit s'étend à des modalités de l'existence sociale au sein desquelles la rationalité du droit se vit comme « une seconde nature » (sens de l'éthicité). C'est ce qu'indique explicitement Hegel au §4 des *Principes* en affirmant que le terrain du droit est « le monde de l'esprit produit à partir de l'esprit lui-même, en tant que seconde nature. » (PPD, §151).

II. Quelles sont alors les révolutions conceptuelles que cette nouvelle conception du droit implique ?

Les notions de « droit naturel et de « droit positif » sont revisitées.

Il est incontestable que Hegel s'est opposé aux thèses du jusnaturalisme, comme le suggère l'adjonction novatrice, dans le titre de sa publication de 1820, d'un second titre à ses « *Leçons sur le droit naturel et science de l'État* », cours donné à Heidelberg au semestre d'hiver 1817-1818. De sorte que le « compendium » du cours dispensé par Hegel à Berlin à partir de 1820 comporte ce double titre : « *Droit naturel et science de l'État* », et « *Principes de la philosophie du droit* ». Néanmoins, la contestation du droit naturel ne saurait ici être radicale et définitive ; il est tout aussi remarquable en effet, de ce point de vue, que l'ancienne appellation est maintenue et non supprimée en 1820. Hegel pense en effet que la notion de « droit naturel » peut être utile si elle est bien comprise. Ce qui implique les éléments suivants :

Premièrement, il faut refuser d'opposer droit naturel et droit positif. « Le droit naturel ou le droit philosophique, écrit en effet Hegel, est différent du droit positif [...] mais ce serait une grande méprise que de renverser ceci [en prétendant] qu'ils seraient opposés et en conflit ; celui là est plutôt, vis à vis de celui-ci, dans le rapport des Institutiones aux Pandectes. » (PPD, §3). Ainsi, le droit naturel n'est pas l'autre du droit positif ; il désigne bien au contraire la dynamique rationnelle qui est présente en lui et qui produit le progrès du droit dans l'histoire et dans la société. Ce qui nourrit le conflit entre droit naturel et droit positif s'explique au contraire, aux yeux de Hegel, par une conception absolutiste et exclusive du droit naturel, ainsi que, de l'autre côté, du droit positif, qu'il faut condamner.

C'est pourquoi, c'est le second point, Hegel renvoie dos à dos ceux qui absolutisent le droit naturel et ceux qui absolutisent le droit positif, en leur conférant une valeur immédiate.

Contre les absolutistes du droit naturel d'abord, Hegel souhaite rappeler ce que ne peut en aucune façon être le droit :

- Le droit ne consiste pas à déduire ce qui est de droit à partir de principes métaphysiques. Hegel se différencie sur cet aspect de Leibniz et des leibniziens (Voir PPD, §3 p.150).

- Le droit ne saurait d'autre part être aperçu intuitivement par la conscience. Hegel critique ici Kant, ainsi que les partisans du « droit naturel de la raison », et dénonce l'hypocrisie d'une conscience morale qui feint de vouloir l'universel (Voir *PPD*, 140, *Remarque*).
- Le droit ne saurait pas plus être immédiatement perçu par le cœur : c'est là la conception « triviale » de Fries, auquel Hegel reproche dans la préface des *Principes* de confondre les principes du droit avec la « bouillie du cœur ».
- Enfin, le droit ne saurait, selon Hegel, se présenter comme une offrande naturelle, innée, de la liberté. La critique s'adresse ici au jusnaturalisme, à Grotius, Pufendorf, Burlamaqui, Hobbes, etc., mais aussi et surtout, de façon beaucoup plus inattendue, à Jean-Jacques Rousseau, auquel Hegel reproche d'être un jusnaturaliste qui s'ignore comme tel ou qui feint de s'ignorer comme tel (Voir *PPD*, §29, *Remarque*, p. 175). Dans la *Raison dans l'histoire*, Hegel écrit en effet : « La liberté, en tant qu'idéalité de l'immédiat et du naturel, n'est pas quelque chose d'immédiat et de naturel, il faut bien plutôt qu'elle soit acquise et conquise, et ce par la médiation de la coercition du savoir et du vouloir. » (trad. Papaioannou, p. 142).

De l'autre côté, Hegel établit une critique symétrique contre les absolutistes du droit positif, qui confondent le droit comme droit historique exclusif : ce qui est juste se réduit ici à ce que l'histoire reconnaît comme susceptible de garantir l'ordre social en un lieu et en un moment donné. Il s'agit ici d'une conception régionaliste du droit (qui s'oppose évidemment à l'universalisme prôné par *Les Lumières*), tel que Hegel pouvait la reconnaître dans les positions défendues par l'*École historique du droit* (Savigny), posture précisément défendue par Gustav Hugo, auquel Hegel s'oppose de façon virulente en 1820 (Voir *PPD*, §3 *Remarque*, p. 148, *sq.*). Contre les partisans absolutistes de ce positivisme juridique, Hegel brandit l'argument du défaut de normativité, et donc de rationalité : le fait, contingent, dicte en effet ici le droit !

La dénonciation de ces deux défauts consistant à séparer et à absolutiser d'un côté le droit naturel, de l'autre, le droit positif, conduit par conséquent Hegel à proposer une révision du concept de droit naturel. « Le terme de *droit naturel*, écrit ce dernier, mérite d'être abandonné et d'être remplacé par l'appellation de « doctrine philosophique du droit » ou bien, comme il sera montré par ailleurs, de doctrine de l'esprit objectif. » (*Leçons sur le droit naturel et la science de l'État*, cours de Heidelberg de 1817-1818, Vrin p. 48). Hegel veut ici insister sur l'idée que penser le droit implique nécessairement le fait d'être averti que le monde que l'esprit trouve là devant lui est aussi bien produit par lui-même, et qu'il peut donc tout aussi bien continuer à le transformer. Tel est l'argument de ce que Hegel appelle l'« esprit objectif », et qu'il définit en ce sens au § 386 de sa *Philosophie de l'esprit*¹¹. Ainsi, à la rigueur, la philosophie hégélienne du droit pourrait être qualifiée de jusnaturaliste à la condition expresse de considérer la nature comme déjà produite par l'esprit, autrement dit comme nature toujours déjà seconde. Alors à cette condition, le droit peut bien être défini comme « le monde de l'esprit produit à partir de l'esprit lui-même, en tant que seconde nature. » (*PPD*, §4). Dans la philosophie du droit de Hegel, le naturel recouvre ainsi deux sens.

¹¹ HEGEL, « *Philosophie de l'esprit* » in *Encyclopédie des sciences philosophiques*, vol. III, trad. B Bourgeois, Vrin.

Primo, il signifie ce qui autorise les individus socialisés et historicisés que nous sommes (membres d'une famille, bourgeois, citoyens) à vivre le droit sans y penser, sur le mode d'une « seconde nature ». Hegel propose d'illustrer de la façon suivante ce premier sens du naturel : « Si quelqu'un marche en sécurité la nuit, il ne lui vient pas à l'esprit qu'il pourrait en aller autrement, car cette habitude de la sécurité est devenue une autre nature, et on ne réfléchit précisément pas au fait que ceci est seulement l'effet d'institutions particulières. » (PPD, Additif au §268, p.178).

Deuxio, le naturel désigne, en un second sens donc, le processus fluide, vital, selon lequel le droit progresse rationnellement au cœur de la société et de l'histoire. Hegel en fait ainsi la manière du progrès du droit : « Cette dialectique n'est alors pas l'ouvrage *externe* d'une pensée subjective, elle est au contraire l'*âme propre* du contenu, âme qui fait éclore de manière organique ses branches et ses fruits (...). » (PPD, §31, *Remarque*, p.177). Le naturel ainsi compris, c'est-à-dire logiquement compris, sert alors les intérêts de la science du droit : « Examiner quelque chose rationnellement, précise Hegel, ne veut pas dire ajouter de l'extérieur une raison à même l'objet et le façonner par là, l'objet est au contraire rationnel pour lui-même ; c'est ici l'esprit dans sa liberté, le sommet le plus élevé de la raison consciente de soi, qui *se donne une effectivité et se produit en tant que monde existant* ; la science a seulement pour tâche de porter à la conscience *ce travail propre de la raison de la Chose*. » (Ibid.).

Deuxième révolution conceptuelle : la distinction inédite entre Moralität (moralité) et Sittlichkeit (éthïcité).

Ces deux notions étaient strictement synonymes chez Kant et désignaient le principe législatif d'une volonté conforme à la loi morale. Hegel conserve le sens que Kant accordait à la moralité, mais entend en un sens différent l'éthïcité : « L'éthïcité est l'idée de la liberté en tant que Bien vivant. » (PPD, §142). Ce qui dénote un réalisme hégélien.

Le concept de Sittlichkeit (éthïcité) se voit d'autre part distingué de la Sittliches Leben (vie éthique), dont il apparaît comme le précédent normatif.

Dans la *phénoménologie de l'esprit*¹², Hegel écrit en effet : « La coutume éthique constitue la substance de tous les individus singuliers, substance dont chacun de ceux-ci sait la réalité effective et l'être-là comme sa volonté et son acte. » Ce qui nous apprend que mener une vie éthique signifie trois choses chez Hegel :

1. Vivre avec confiance les institutions qui organisent notre vie sociale, selon des sentiments que Hegel repère dans une « disposition d'esprit éthique » comme dans une « disposition d'esprit politique » (PPD, §§ 267-268).
2. Dès lors que la confiance n'est plus possible, ce qui se passe lorsque les individus s'aperçoivent que la réalité effective diffère de leurs attentes normatives (c'est le cas des injustices), il s'agit alors d'être capable de contester et de relever cela. De sorte que, c'est un point souvent oublié, la moralité demeure toujours vive au cœur même de la vie éthique, qui ne saurait se satisfaire de bien fonctionner, mais qui doit encore toujours chercher à fonctionner avec justice et liberté.

¹² HEGEL, *Phénoménologie de l'esprit*, p. 580, trad. B. Bourgeois, Paris, Vrin, 2006.

3. Mener une vie éthique suppose enfin une *disposition éthique* à vouloir que la liberté s'incarne dans nos vies, une fois les injustices dénoncées, mais selon une double attention au monde et aux autres ; ce qui doit nous protéger des conséquences extrémistes dans l'injustice et la violence de la formule « *Fiat justitia pereat mundus* » (« Que la justice soit, le monde dût-il en périr »). De ce point de vue, mes pages de Hegel consacrées à l'accusation du fanatisme politique et du fanatisme religieux (*PPD*, §270, *Remarque*, pages 444-445), ou encore au terrorisme, défini comme « furie du disparaître » (*Phénoménologie de l'esprit*, pages 501-502), méritent d'être lues. Le droit hégélien est toujours droit du monde et droit des autres.

Hegel instruit ensuite une autre distinction inédite entre la société civile (Die bürgerliche Gesellschaft) et l'État (Der Staat).

Le droit de la société civile est ainsi purement économique : il s'agit de satisfaire les intérêts égoïstes et les besoins des individus, qui sont ici définis comme « bourgeois ». Au §183 des *Principes*, Hegel parle de la société civile comme d'un « État externe », car il n'a que l'apparence extérieure de l'État. Le lien qui relie universellement les individus n'est ici que le moyen terme qui a toujours en effet pour origine le désir égoïste, et pour fin la satisfaction de ce même désir. Seul l'État peut s'affirmer comme « le rationnel en-soi et pour-soi. » (*Ibid.*, §258, p. 417). Ce qui signifie que les coopérations inconsciemment tissées (voir la notion de « main invisible » chez Smith) par les acteurs économiques du marché dans la société civile, apparaissent désormais conscientes et voulues comme telles par les citoyens. L'État hégélien apparaît ainsi comme l'aboutissement d'une éthique du Bien commun et de la coopération.

Si la société civile n'est pas l'État, qui constitue par rapport à elle un degré supérieur d'effectuation de l'idée de liberté, il n'en demeure pas moins cependant que cette forme de société présente aux yeux de Hegel des avantages et un intérêt incontestables. Le premier de ses intérêts réside dans le fait que seule la société civile existe, car l'État hégélien lui, n'existe pas. La société civile, « État externe », est donc le seul État réel. Le dernier intérêt, et non des moindres, est que la société civile signifie la forme de communauté propre à garantir par excellence la liberté subjective. Contrairement à ce que vivaient les citoyens dans la « Belle totalité grecque », la forme de l'État moderne, forme que Hegel a étudiée auprès des penseurs de l'économie politique (Smith, Ricardo, Say) requiert que la liberté et la justice ne soit pas simplement le droit de la communauté, de la « substance éthique ou politique », mais que liberté et justice soient nécessairement en même temps le droit des individus, susceptibles de les éprouver comme un Bien vivant.

Ainsi la philosophie du droit hégélienne recherche en permanence un équilibre entre un besoin d'État (Voir par exemple la *Constitution de l'Allemagne in Écrits politiques*), et un souci de ne pas, au nom de ce besoin, faire de concession sur la liberté individuelle ; ce que garantit la société civile. Cette recherche d'équilibre n'est pas sans intérêt au regard de nos propres hésitations aujourd'hui : d'une part en effet, les dérégulations revendiquées par l'expansion capitaliste du marché, nous semblent effrayantes ; mais d'autre part, nous ne voudrions à aucun prix voir ressurgir les totalitarismes politiques monstrueux du XX^{ème} siècle.

Notons enfin, pour clore le chapitre des révolutions conceptuelles opérées par le droit hégélien, que la notion de liberté elle-même, dans le processus d'effectuation

que nous en propose le droit hégélien, devient quelque chose de toujours essentiellement risqué socialement.

La liberté, en effet, peut déboucher sur une réussite aussi bien que sur une catastrophe sociale, et pas simplement morale ou juridique. Cela permet de mettre en évidence une double caractéristique de la philosophie hégélienne du droit : *normative* en ce qu'elle nous invite à réfléchir sur la viabilité d'une vie libre et juste ; mais *réaliste* en ce qu'elle ne nous épargne pas de réfléchir au monde dans tous ses états, et anticipe de la sorte ce que Honneth appelle aujourd'hui les « pathologies de la liberté ».

Ainsi, dans la famille d'abord, la liberté peut être vécue comme telle lorsque tous les membres de la famille répondent par amour aux besoins des autres. Mais cette liberté devient aliénée à partir du moment où l'amour n'est plus là pour satisfaire les besoins. Dans un tel cas, les membres de la famille risquent fort de vivre une situation comparable à la « situation d'esclavage où se trouvaient les enfants romains » qui n'étaient pas éduqués par amour (Voir *PPD*, § 175, p. 339).

Dans la société civile, de la même façon, la liberté se trouve réussie lorsque, grâce à la culture que les individus développent par leurs travaux (Voir *PPD*, §197), ils développent pour eux-mêmes, un sentiment de fierté et appellent l'estime des autres, autres susceptibles, réciproquement, de la fierté et de la même estime. En revanche, la liberté se trouve désastreusement ratée lorsqu'on observe la rationalisation moderne des conditions sociales de l'organisation du travail : Anticipant l'analyse de Marx, Hegel souligne ici déjà l'abrutissement et l'abstraction du machinisme et du travail à la chaîne, conditions propres à l'engendrement de la misère.

Enfin le caractère ambivalent de la liberté se retrouve bien sûr au niveau de l'État. La liberté est ici réussie lorsque le citoyen prend conscience du Bien universel qu'il contribue à produire ; lorsque les institutions apparaissent comme des garanties objectives de cela. Mais la déception éclate en même temps lorsqu'il s'agit de réaliser que l'État hégélien, « le rationnel en-soi et pour-soi », n'existe pas, et que les caractéristiques de l'État hégélien ne sont pas de notre monde.

En tant qu' « institution de la liberté », le droit hégélien nous propose de réfléchir sur ce qui devrait être, juridiquement, moralement, et surtout, socialement, à partir de ce qui est, mais en même temps ne nous promet donc rien. Il nous invite seulement à guetter dans l'observation de ce qui est et de ce qui a été, des transformations possibles, voire probables, mais non nécessaires.

III. Un institutionnalisme moderne.

Le droit hégélien repose de fait sur un institutionnalisme. Autrement dit, Hegel pense que l'ordre social doit trouver son fondement dans des institutions plutôt que dans des normes (à la différence du normativisme présent chez Kant ou chez Kelsen) ou dans des décisions (comme chez Hobbes). Cette posture, si on s'arrête à ce pur constat, ne laisserait pas de poser problème au regard de la modernité. Le fait est que c'est bien là ce qui motivait Nietzsche à reconnaître en l'État hégélien « le plus froid des monstres froids » (*Ainsi parlait Zarathoustra*), que c'est encore là ce qui a inspiré la critique foucauldienne du pouvoir et des institutions politiques, ou encore ce qui a poussé Axel Honneth dans *les Pathologies de la liberté*, à dénoncer une « surinstitutionnalisation » ou une « emphase de l'institution » au cœur de la philosophie du droit hégélienne.

On pourrait d'ailleurs s'amuser à retracer les linéaments, à partir de Hegel, de ce qu'il est désormais convenu d'appeler un « désenchantement de l'État » et de

l'institution politique. Commençons ce parcours en 1820, au moment où Hegel définit les institutions comme « puissance du rationnel dans la nécessité. » (PPD, §263). Continuons avec Ranke, qui définit la puissance institutionnelle, qu'il distingue au passage d'une violence, comme le pouvoir, avant tout, de lier tous les membres de l'État dans une sorte d'« énergie morale ». Poursuivons avec Droysen, qui propose de distinguer clairement la puissance (*Macht*), de la violence (*Gewalt*), et qui affirme que plus l'État est puissant et moins il est violent. Avec Treitschke enfin, on atteint un point de rupture avec le sens hégélien de la puissance institutionnelle, encore présent chez Ranke et chez Droysen. On trouve en effet chez ce dernier une confusion de la puissance et de la violence, qui nous prépare à entendre et à ne plus retenir que la fameuse formule wébérienne qui veut que l'État dispose du « monopole de la violence légitime. »¹³ L'apothéose historique de cette évolution culmine sans doute avec Carl Schmitt qui, croyant reconnaître dans « l'État hégélien (...) l'ordre concret des ordres, l'institution des institutions » (*Les trois types de la pensée juridique*, p. 98, PUF), décida de mettre en œuvre ce programme institutionnel, à ses yeux prometteur pour l'Allemagne de 1930, en rédigeant la Constitution du III^{ème} Reich. L'État, compris comme socle institutionnel toujours déjà miné, semble t-il, par une tendance à l'exercice d'un pouvoir arbitraire, d'une violence et d'une disposition coercitive de ses pouvoirs exécutif et législatif, invite donc à la plus grande défiance.

Le fait est cependant que les choses sont aujourd'hui en train d'évoluer. Les exigences de dérégulation tous azimuts, exigées par l'expansion capitaliste des échanges économiques conduisent en effet aujourd'hui à des situations de précarisation, de paupérisation, et d'aliénation de nos vies sociales, désormais intolérables. De sorte que les individus se retournent vers les institutions. Soit, parfois, de façon dangereuse, dans l'attente seulement de l'ordre et delà sécurité. Soit, de façon beaucoup plus satisfaisante, pour y rechercher et y exiger l'installation positive, dans la société et dans l'histoire, d'un projet politique.

Or c'est dans ce dernier cas de figure que la réflexion hégélienne peut être utile à la réflexion contemporaine. Elle peut l'être en deux sens : au sens où elle se présente d'abord sous la forme d'un « institutionnalisme faible » ; en un second sens enfin, où l'institution garantit la fluidité de la « vie éthique ».

L'expression d'« institutionnalisme faible » est une expression employée par Jean-François Kervégan dans sa présentation des deux premières éditions de sa traduction des *Principes de la philosophie du droit*, pour répondre à Dieter Henrich qui reconnaissait le droit hégélien comme une soumission de la volonté individuelle à la substance éthique et à la substance politique, parlant ainsi d'« institutionnalisme fort ». Affirmer que le droit hégélien procède d'un « institutionnalisme faible » est ici une façon de rappeler que l'institution chez Hegel est une condition de la liberté individuelle et non pas sa privation ou sa soumission. Ce dernier montrait ainsi que les institutions de la famille, de la société civile, de l'État, sont ce par quoi et dans quoi les individus « ont leur conscience de soi essentielle » (PPD, §264, p. 436).

Hegel soulève pourtant une difficulté qui se trouve au centre de nos préoccupations contemporaines. Comment, en effet, les institutions pourraient-elles flatter le droit des individus, les motiver à exercer leur liberté (jusqu'à dénoncer l'institution elle-même), alors que Hegel souligne en même temps que c'est précisément « grâce aux institutions que l'élément éthique a un *contenu stable*, qui est pour soi nécessaire et qui est situé au-dessus de l'opinion et du bon vouloir subjectifs » (PPD,

¹³ Sur cette question, voir Catherine Colliot-Thélène, « les origines de la théorie du *Machstaat* » in *Philosophie* n°20, automne 1988.

§144, p. 316) ? Comment, en effet, l'institution peut-elle garantir le droit des individus à faire œuvre de ce qu'ils veulent, alors même que, dans le même temps, l'institution est ce qui semble ramener l'individu au droit de la « substance éthique » ou de la « substance politique » ?

D'où, après l'aspect de l'« institutionnalisme faible », le second aspect de l'institutionnalisme hégélien, sur lequel je terminerai, et qui me paraît constituer l'un des aspects les plus fructueux de sa philosophie du droit : l'idée que l'institution garantit la fluidité de la vie éthique, autrement dit assure la dynamique vitale de la vie sociale. La fluidité de la vie éthique tient à trois fonctions essentielles de l'institution, qui s'articulent dialectiquement, qui s'articulent donc sans se supprimer :

1. Les institutions sont d'abord une réalité symbolique (la loi, l'école, les contrats économiques, les institutions de la famille, etc.) que nous trouvons là et qui définissent pour nous un cadre et un ordre de la vie sociale (elles relèvent en ce sens de ce que le sociologue appelle des « faits normatifs »).
2. Cette substance éthique que représentent, en ce premier sens, les institutions, leur ancrage ou insertion dans l'histoire et la société, n'est pas du tout conçue par Hegel pour nous inviter à un conservatisme ; attitude qu'il récuse d'ailleurs chez les partisans de l'historicisme juridique. Il s'agit tout au contraire de permettre les conditions d'une critique morale de ces institutions : « Et si, en effet, ce que je suis en train de vivre, en y réfléchissant, n'était pas juste... ? » Cependant, le fait est que je ne peux formuler une telle critique morale, et ne peux par la suite renverser les injustices, que dans la mesure où celles-ci se trouvent au préalable institutionnellement déposées. Cette absence de position institutionnelle explique aujourd'hui qu'il soit si difficile de renverser les injustices perpétrées par *Daech* ou par le capitalisme des échanges. L'institution hégélienne est donc un fait normatif qui autorise en même temps sa propre révision normative.
3. L'institution moralement révisée appelle enfin l'inscription dans la société et dans l'histoire, de ce Bien que la volonté subjective a négativement contribué à faire surgir. L'ennemi de l'institution de la liberté est bien en effet une volonté libre qui ne cesse, à l'instar du fanatisme et du terrorisme, de supprimer sans jamais pouvoir construire.

Une vie éthique fluide est ainsi nécessairement rythmée par des moments (qu'il faut souhaiter fréquents) de confiance en la vie que nous menons, de périodes où nous nous sentons interpellés, choqués, et qui appellent notre vigilance critique, non pour détruire la vie, mais pour la transformer. Cette transformation, pensée comme amélioration, n'est cependant pas pensée seulement comme amélioration strictement juridique ou morale, mais comme amélioration sociale.

C'est ce que nous apprend, à mon sens, le droit hégélien.