



Jean-Philippe Delsol

L'INJUSTICE FISCALE

OU L'ABUS DE BIEN COMMUN

DECLÉE DE BROUWER

L'injustice fiscale

Tous droits de traduction,
d'adaptation et de reproduction
réservés pour tous pays.

© 2016, **Groupe Artège**
Éditions Desclée de Brouwer
10, rue Mercœur - 75011 Paris
9, espace Méditerranée - 66000 Perpignan

www.editionsddb.fr

ISBN : 978-2-220-07826-7

Jean-Philippe DELSOL

**L'injustice fiscale
ou l'abus de bien
commun**

DESCLÉE DE BROUWER

Du même auteur :

- Le Péril idéologique*, Nouvelles Éditions latines, 1982
Projet pour la France (en collaboration), Livre Essor, 1983
Diminuer l'impôt par une nouvelle fiscalité, Economica, 1986
Au risque de la liberté, François-Xavier de Guibert, 2007
Avancer vers l'état de droit (en collaboration),
Cheminements, 2008
À quoi servent les Riches, JC Lattès, 2012
Pourquoi je vais quitter la France, Tatamis, 2013
Anti-Piketty (en collaboration), Libréchange, 2015

INTRODUCTION

La civilisation occidentale est sans doute le fruit d'une rare alchimie. Née dans le creuset de Jérusalem, d'Athènes et de Rome, elle a prospéré dans la séparation du politique et du religieux et dans son long apprentissage du respect des personnes dont le droit a été un outil nécessaire et essentiel. Car cette civilisation tant décriée aujourd'hui s'est développée dans un mouvement de tension permanente vers la justice, une justice tâtonnante et sans cesse bafouée, et sans cesse recherchée, incertaine comme toute chose humaine. Le droit a été le moyen de cette évolution, le cadre d'une libération intellectuelle, morale et économique de l'humanité et le ressort de ses progrès. Il a été l'outil et la mesure du rapport entre les pouvoirs, civils ou militaires, et les habitants de la Cité, il a contribué à trouver des équilibres partout différents et toujours instables entre la liberté et la sécurité, entre l'autonomie et la subordination, entre l'épanouissement des personnes et la puissance de la collectivité qui les protège. Mais le droit, qui fut la source du progrès en libérant les forces individuelles tout en évitant l'anarchie destructrice, a progressivement dégénéré en même temps que le pouvoir, comme il en a toujours eu la tentation, se le réappropriait, se l'arrogait pour ses propres fins sous prétexte d'en faire l'instrument de tous. Le droit a été réduit à son expression légale, à la volonté souveraine plutôt qu'à l'expression des rapports naturels des hommes et à la recherche de leur harmonie qui en étaient la substance même et en avaient fait le temple d'une humanité

en quête de sa libération. La prétention humaine a cru que la Loi pouvait créer le droit *ex nihilo*, construire l'humanité sans nécessairement en respecter les origines, la nature et la liberté, sans plonger ses racines dans l'histoire et dans la trame humaine dont le droit jusque-là essayait de dire le juste rapport.

De ce mouvement de l'histoire des hommes, la fiscalité a été le symptôme en même temps que le support en ce sens que l'impôt a toujours été l'arme et le fruit du pouvoir. Mais tandis que la civilisation tendait à rationaliser l'exercice du pouvoir et à le tempérer, à permettre au droit d'encadrer la force de tous les conquérants, petits et grands et toujours innombrables, assoiffés de puissance, de richesse et de gloire inépuisables et dont les besoins pesaient toujours plus sur les populations mises à contribution, les États ont trouvé de nouveaux moyens de s'imposer aux citoyens, de les contraindre, de les asservir. L'impôt tout à la fois les dépouille du fruit de leur labeur et les met dans la dépendance du Grand Collecteur qui leur propose de les nourrir et de les amuser. Ainsi la collectivité publique prend le pas sur la liberté des individus, les soumet doucement à ses règles et ses limites. L'état de droit qui se caractérisait par l'idée que tout ce qui n'était pas défendu était permis se transforme peu à peu en un état de soumission anodin et néanmoins sévère dans lequel la collectivité publique, notamment par l'arme fatale de la fiscalité, s'impose aux individus, les assujettit à ses choix pour consommer, se nourrir, voyager, habiter, parler et peut-être demain penser. C'est évidemment une banalité de stigmatiser ce nouveau Léviathan, cette anodine et amère tyrannie insaisissable et volontaire que La Boétie et Tocqueville, avec tant d'autres, nous annonçaient et qu'il est sans doute de la nature de l'homme de combattre toujours. Mais il paraît important d'essayer de comprendre et d'expliquer comment et pourquoi

le pouvoir ressemble sans cesse à une hydre renaissante qui veut prendre toute la place, comment et pourquoi il n'a de cesse de grossir jusqu'à s'épuiser dans une impotente et coûteuse obésité.

Le bien commun est sans doute à cet égard le fil conducteur de l'énigme du pouvoir. Il est au fondement de sa légitimité lorsque celui-ci est animé par sa juste recherche et de sa déviance lorsqu'il en fait un usage immodéré et pervers. Mais qu'est-ce que le bien commun ? Chacun le revendique, sous le nom parfois d'intérêt général ou d'intérêt public, pour défendre sa politique. Le bien commun est l'ensemble des règles permettant de vivre ensemble, permettant aussi et surtout à chaque homme de vivre selon ses fins ; mais selon les époques et les régimes, il désigne le cadre restreint des prérogatives régaliennes ou s'étend aux domaines immenses de l'État-providence. Celui-ci a progressivement envahi bien des champs d'activité antérieurement laissés à la liberté des individus. Cette montée en puissance de l'État est sans doute notamment le fruit d'une confusion du juste et du bien et plus encore du bien et du bien commun, et d'une transfusion inadaptée de la règle d'or du christianisme de la morale choisie par les individus à la règle sociale imposée par la cité. Là où la loi traditionnelle de la société était de ne pas faire à autrui ce que l'on ne voulait pas qu'il vous fasse, le Christ demande à ses disciples de faire aux autres ce qu'ils voudraient qu'on leur fasse. Ce négatif qui devient positif traduit la différence entre la loi et la charité. Mais la sphère publique s'empare peu à peu de ce nouveau terrain d'intervention pour étendre son pouvoir. Et le débat rebondit aujourd'hui tout en se focalisant depuis Rousseau et ses épigones sur le rapport entre les individus dans une obnubilation égalitaire.

Dans ce parcours intrusif où l'individu perd progressivement les libertés qu'il avait acquises de longue lutte, la

fiscalité apparaît comme l'outil omniprésent des forces centripètes, le bras armé de la communauté à l'encontre des personnalités. L'impôt a toujours été le moyen obligé du pouvoir et de la collectivité pour assurer le bien commun. Mais ils en ont de plus en plus abusé au nom de concepts de plus en plus larges dénaturant le bien commun en intérêt général ou intérêt public qui leur a permis d'intégrer tout et n'importe quoi dans la sphère de leur intervention sans mesurer suffisamment que l'extension de leur activité dépensière se faisait nécessairement avec l'argent des autres, celui des contribuables dont ils empiétaient ainsi sur la capacité d'initiative et la liberté. Ainsi la justice fiscale se trouve entièrement dépendante de la vision du bien commun du collecteur de l'impôt. Juste ou injuste par rapport à quoi, à qui, à quelles références? Les grilles de lecture sont nombreuses et sujettes à controverses. Au-delà de quel seuil la taxe devient-elle confiscatoire? L'impôt doit-il être prélevé seulement pour assurer les dépenses régaliennes de la sécurité intérieure et extérieure, de la justice et de la représentation dans le monde, ou doit-il aussi assurer le pain et les jeux des classes défavorisées? Faut-il prendre aux uns pour donner aux autres, pour généraliser un État-providence ou pour lui donner des moyens a minima? Bien entendu le débat est éternel, il est celui qui anime la politique et la philosophie depuis l'Antiquité, il répond à la question principale du choix entre justice commutative et justice distributive.

La justice fiscale ne saurait être étrangère à la justice. La justice fiscale paraît être par nature entre les mains des politiques. Mais pour être le fruit d'un débat politique, la justice fiscale existe malgré tout. La fiscalité doit être juste malgré la politique! Le législateur l'oublie, mais à tort. Il devrait s'en souvenir plus souvent pour respecter l'équité. Les taux, les seuils d'exonération ou d'imposition, les niches, les abattements, les plafonds... ne se bricolent pas sans remettre

en cause des situations personnelles et donc sans modifier des rapports sociaux, établir ou détruire des situations légitimes. D'un côté la fiscalité ne relève que de la logistique, elle est un pourvoyeur de fonds au service de la politique et accessoirement de la justice qui sont définies autrement et ailleurs. Elle n'est à ce titre qu'un moyen sans raison qui lui soit propre. Mais d'un autre côté, en venant inéluctablement modifier la situation des personnes, en amputant leur revenu ou leur capital, elle s'inscrit dans un rapport de justice ou d'injustice. Tout à la fois, elle peut rebattre les cartes des relations économiques et sociales entre les personnes et en tant que telle apparaître comme source d'iniquité au travers de prélèvements excessifs, confiscatoires... ou au contraire dans la distribution de privilèges indus et un favoritisme au profit de quelques-uns et au détriment de tous les autres ainsi que sont toutes les niches fiscales. La fiscalité est de plus en plus utilisée comme un outil de justice, pour redessiner les catégories sociales, pour ordonner autrement les écarts de revenus et de patrimoine. Il se pose bien alors la question de savoir ce qui est juste, quand la fiscalité tient de la justice et quand elle participe de l'injustice, quand elle s'apparente encore à l'art du pillage, individuel ou collectif, comme elle en relevait avant que le droit ne vienne imposer le respect des individus, et quand elle participe utilement au bien commun.

Une justice fiscale est possible sans doute, ou du moins il est sûrement possible de réduire l'injustice fiscale en recherchant la finalité même de la justice fiscale qui n'est pas indépendante de la justice en général. La fiscalité ne peut s'approcher du juste que comme le droit lui-même; elle est une catégorie du droit et ne saurait vivre en autarcie. Malgré l'autonomie prêtée trop souvent et parfois arbitrairement au droit fiscal, et précisément parce qu'il s'agit de droit, il ne saurait échapper au questionnement permanent du droit à la poursuite du juste.

Et parce qu'il n'y a d'impôts que pour subvenir aux charges de la puissance publique et de la collectivité, la justice fiscale est intrinsèquement mêlée à la dépense publique et à la question de son bien-fondé. Nécessairement, il faut arriver à déterminer quel est ce bien commun censé justifier et la dépense publique et l'impôt. L'histoire et le droit, la philosophie et l'économie s'en mêlent et s'emmêlent pour comprendre la justice et les injustices fiscales qui forment la trame de la vie des hommes à travers le temps. En essayant de comprendre comment le droit a civilisé le monde et comment le monde s'est égaré en le dénaturant, comment le service du bien commun a permis le progrès de l'humanité et comment son abus en atteint aujourd'hui les ressorts et l'essence même de notre civilisation, nous saurons peut-être favoriser la quête des hommes éternellement inassouvis de justice.

CHAPITRE I

LA NAISSANCE DE LA SOUVERAINETÉ FISCALE

La fiscalité a accompagné le lent mouvement de construction des États dont la souveraineté fiscale est devenue l'un des attributs majeurs, indispensable. En même temps qu'elle se développait, la fiscalité se soumettait à des règles, à un droit protecteur des contribuables et qui traçait les obligations et les contours du pouvoir. La théologie, le droit et la philosophie contribuaient dans le même temps à légitimer l'autorité souveraine par son service du bien commun et à en fixer par là même les limites protectrices des libertés individuelles. Mais par une sournoiserie habituelle de l'histoire, le droit lui-même a ensuite été utilisé pour étendre, presque jusqu'à l'infini parfois, la sphère d'un bien commun de plus en plus improbable.

Du pillage à l'impôt

L'impôt est sans doute présent dès l'origine des sociétés sous des formes diverses. Il en est même probablement un élément constituant par sa contribution au pouvoir social tout à la fois par les moyens qu'il donne à celui-ci pour s'exercer et, peut-être plus encore, par la distinction qu'il accorde, l'autorité qu'il suppose en fait et en droit à celui qui l'impose et l'autorité dont, en même temps, il le revêt. Le rapport hiérarchique qui s'établit rapidement dans toute communauté et

qui la structure requiert une répartition des tâches qui conduit celui qui commande à demander, ou exiger, des services de ceux qui profitent de son autorité ou qu'il a soumis : ce sont les premières corvées probablement payées ainsi en nature dès l'Âge des cavernes, les premiers butins dont la part la plus importante revient toujours au chef. Et il y avait la guerre avec les peuples ou communautés voisins, et le vaincu, s'il n'était pas entièrement massacré, était alors sûrement conduit à verser un tribut pour prix de sa défaite. Ainsi s'établirent les premiers impôts dont le principe est resté le même sous d'autres formes, parce que la nature de l'homme social demeure une constante de toute organisation politique. Longtemps l'impôt n'a été que la part prélevée par les plus forts sur les plus faibles. Il était payé au conquérant en échange de la paix, il était dû au seigneur en contrepartie de sa protection. Il était remis en labeur ou en nature plus souvent qu'en argent. Le tribut fut le profit du pillage ou le butin prélevé de manière plus ou moins organisée. Il était aussi la contribution donnée par le peuple conquérant lui-même pour former l'armée.

Avant l'impôt, censé être remis dans le respect d'un droit établi, il y eut donc le pillage prélevé par la force brute, pris sur l'ennemi ou plus simplement sur la population. La saisie du troupeau des autres était le prix involontaire payé par la victime à celui qui l'avait vaincu et le terrorisait. Les tribus nomades vivaient d'abord de leurs bêtes. Mais lorsqu'il fallait pallier les épizooties ou autres réductions du cheptel, elles allaient piller le voisin comme seul moyen de survivre ou de périr. Et c'est pourquoi les nomades étaient généralement des guerriers, ceux des déserts d'Arabie qui ont permis la conquête musulmane autant que ceux venant du plus profond des steppes asiatiques qui ont déferlé tour à tour jusqu'en Europe, Huns, Avars, Bulgares, Hongrois, Turcs seldjoukides, Mongols...

Mais les armées plus organisées pratiquaient autrement le pillage. Et le butin était le prix de leur victoire. Jusqu'aux temps modernes, elles vivaient le plus souvent « sur l'habitant ». Les généraux de Napoléon enrichis sur l'ennemi ne sont que les lointains descendants de toutes les armées du monde. Les peuples conquis ensuite sont mis à contribution. Dans la salle d'audience de Persépolis, sous les souverains achéménides, est dessinée la frise des tributaires où « chaque peuple, figuré par un personnage, s'avance en portant son tribut: les Nubiens portent des défenses d'éléphant, les Arabes des robes... » Ils sont vingt-neuf peuples représentés sur le tombeau de Darius I^{er}. Tour à tour les peuples étaient vainqueurs ou vaincus. Ceux-ci payaient tribut à ceux-là. En 659, les Arabes furent contraints de demander la paix à Byzance et durent s'engager à lui payer un tribut annuel dont ils n'auront bien entendu de cesse de se libérer, entretenant ainsi des guerres sans fin. La vassalité est toujours dure à supporter parce qu'elle se traduit toujours par un hommage à rendre et un prix à payer.

Certains furent mieux organisés, institutionnalisèrent le partage du butin comme un moyen de motiver les troupes. Dès la mort de Mahomet en 632, son successeur Abu Bakr, qui avait été élu calife, s'assura de la maîtrise des territoires et populations proches du Bahreïn, de l'Oman, de l'Hadramaout, du Yémen. Mais rapidement l'Islam trouva l'occasion d'étendre ses frontières. Une tribu du Bahreïn, celle du Bakr, demanda son aide au calife pour aller piller la Perse. Celui-ci lui envoya son meilleur général et ils prirent la ville de Hira dont ils ramenèrent un très gros butin. La guerre sainte rapportait et c'était un encouragement pour la continuer. Elle fut organisée, la part de butin revenant à chacun, de haut en bas de la hiérarchie, étant très précisément déterminée. Quand de nouveaux peuples fraîchement convertis à l'islam manifestèrent leur volonté de conquête, le monde musulman

sut les employer pour s'enrichir et étendre plus encore les terres d'Islam tout en les rémunérant selon le même principe. Il en fut ainsi par exemple des Turcs seldjoukides. Ceux-ci atteignirent l'Iran au XI^e siècle, et après avoir été islamisés, ils manifestèrent leur volonté de poursuivre la guerre en Asie Mineure. Le Calife abbasside sut les utiliser.

« Ce fut le moyen de s'enrichir en faisant du butin et, pour le sultan, de payer la solde de ses soldats ; ce fut aussi pour ce dernier l'occasion, en les envoyant ailleurs, de débarrasser les terres musulmanes des tribus turques qui y déferlaient de plus en plus nombreuses... La guerre sainte ne fut évoquée qu'afin de prouver que, nouveaux convertis, ils l'étaient bien puisqu'ils obéissaient à l'une des importantes prescriptions de l'islam, qu'ils étaient soucieux de propager leur foi, de lutter contre les infidèles, bref, de se montrer ce qu'ils auraient dû être et n'étaient pas : de bons musulmans¹. »

Le service militaire

Mais l'impôt fut aussi payé par les peuples conquérants eux-mêmes. Tandis qu'à Sparte, la société tout entière était militaire, les armées étaient souvent composées d'hommes libres qui donnaient leur service militaire comme une forme d'impôt en nature personnel. L'armée reflétait l'organisation de la société. Chez les Perses :

« elle est le fruit de levées ordonnées auprès des propriétaires. La flotte est constituée par l'État mais les peuples tributaires du littoral, comme les Grecs et les Phéniciens, fournissent

1. Jean-Paul Roux, *Un choc de religions*, Fayard, 2007, p. 131.

les rameurs. L'État offre de même la nourriture mais pas, semble-t-il, l'équipement². »

Cette armée a aussi des mercenaires, notamment des Grecs. En face, les armées macédoniennes étaient équipées par leurs hommes eux-mêmes selon leur niveau de fortune, mais Alexandre donnait à ses soldats une solde conséquente, évaluée à 4 à 15 fois le salaire des ouvriers grecs les mieux payés. Néanmoins la soif du butin n'a pas été pour rien dans la motivation de ses quelque 40 000 soldats à aller combattre jusqu'au cœur de l'Asie.

Rome a développé son territoire sur un principe comparable. L'armée enrôlait ses citoyens et devait vaincre et conquérir pour lotir ses vétérans et rapporter à la ville éternelle le fruit de ses pillages. L'ost médiéval fonctionnera sur ce modèle de contribution humaine, chaque vassal devant des jours de guerre à son Seigneur, armé, équipé et accompagné, pour défendre ou agrandir le pays.

Le fisc souverain

Mais déjà, l'impôt en argent semble avoir été dès la République romaine une alternative au service des armes. Le financement de l'armée reposait lui-même sur la population en offrant à celle-ci, comme cela semble avoir été le cas au début de l'histoire romaine, de servir en tant que soldat ou de payer l'équipement d'un soldat en déposant son argent dans un panier, le *fiscus* en latin.

Selon d'autres sources, le *fiscus* aurait été à l'origine le nom du Trésor particulier de l'empereur Auguste par opposition à l'*aerarium* qui était le nom du Trésor public géré sous

2. Thierry CAMOUS, *Orients-Occidents*, PUF, 2007, p. 21-22.

l'autorité du Sénat. Plus tard, à la fin du III^e siècle, Dioclétien a fusionné le *fiscus* et l'*aerarium* en en confiant la gestion à un responsable unique que Constantin institutionnalisa sous le nom de *Comes sacrarum largitionum*, qui peut être considéré comme le premier ministre des finances de l'histoire³. Pourtant ensuite, et notamment sous les Carolingiens, le fisc désignait plutôt la propriété privée du roi même si la *Glossa ordinaria*, recueil d'usage commun à cette époque dans les établissements d'enseignement, considérait déjà le fisc comme faisant partie du trésor public. Le sens s'affirme au XIII^e siècle. Le juriste Bracton distingue le patrimoine privé du roi, qu'il peut aliéner, des éléments du domaine royal servant à l'exercice de la fonction et inaliénables : ces derniers font partie du domaine des *res fiscali*, des choses fiscales, c'est la chose publique.

« Une chose quasi sacrée est une chose fiscale, écrit-il, qui ne peut être donnée ou vendue ou transférée à une autre personne par le Prince ou le roi, et ce sont ces choses qui font de la Couronne ce qu'elle est, et elles ont trait au bien commun, comme la paix et la justice⁴. »

Ainsi apparaît un fisc immortel. Le jurisconsulte italien Balde (1324/1400) note que : « Quant à son essence, le fisc est une chose éternelle et permanente..., car le fisc ne meurt jamais⁵. » À cette époque, se réalise une sorte de sanctification du pouvoir royal ou impérial au travers du fisc. À dire vrai, la chose n'est pas entièrement nouvelle car le droit romain traitait déjà à égalité les objets appartenant aux temples et ceux relevant du *sacrum dominum* de l'empereur comme le rappelle le Code de Justinien. Les Romains mettaient sur le même

3. Jean-Marc DANIEL, *8 Leçons d'histoire économiques*, Odile Jacob, 2012, pp. 44/45.

4. Ernst KANTOROWICZ, *Œuvre*, Gallimard, 2009, p. 781.

5. Ibidem, p. 787.

plan la propriété des dieux et celle de l'État, toutes deux hors d'atteinte du commun des mortels. Les juristes parlaient déjà, note Ernst Kantorowicz, du *sacratissimus fiscus* ou *fiscus sanctissimus*⁶ et cette acception, glissant des dieux païens au Dieu du catholicisme reconnu désormais par l'empereur Constantin, a évidemment facilité ensuite l'idée d'un *Christus-Fiscus* pour évoquer le trésor de l'Église ou disons son patrimoine propre dont le pape lui-même ne pouvait disposer puisqu'il appartenait à l'Église pour son fonctionnement éternel. Le fisc ou trésor devenait ainsi inaliénable et presque consubstantiel au pouvoir.

La notion de *Christus-fiscus* est évidemment une image, un nom de code presque, mais son usage et l'assimilation aux mêmes droits du fisc temporel de l'État marquent un changement de mentalité et de comportement de l'État lui-même.

«La formule *Christus-fiscus*, observe Ernst Kantorowicz, apparaît donc comme une formule résumant brièvement une évolution longue et compliquée à l'issue de laquelle quelque chose, indéniablement et apparemment “non sacré” au sens chrétien – et à tous les autres sens –, c'est-à-dire le fisc, a été transformé en quelque chose de “quasi sacré”. Finalement le fisc devint donc une fin en lui-même. Il fut considéré comme le signe distinctif de la souveraineté et, par un renversement complet de l'ordre originel, on pouvait dire que “le fisc représente l'État et le Prince”... On peut se demander si c'est un effet de la logique ou de l'ironie de l'histoire que le solennel culte romain des dieux et des fonctions publiques se soit ainsi trouvé à la racine de la déification et de l'idolâtrie des mécanismes étatiques⁷. »

6. Ibidem, p. 787.

7. Ibidem, p. 790.

Au Moyen Âge encore, comme à l'époque romaine, l'impôt a essentiellement pour vocation le financement de la guerre. C'est pourquoi en sont exonérés ceux, les nobles, qui donnent leur propre personne au combat. Les autres dépenses publiques doivent être payées par les revenus du domaine royal. Mais la population ne supporte guère l'impôt, même pour financer la guerre, du moins pas longtemps, car subsiste l'idée que la guerre doit se payer sur l'exploitation, voire la razzia, du pays conquis. Aussi, quand la guerre accumule les défaites, le roi n'a d'autres solutions que de l'interrompre ou d'emprunter, mais l'emprunt coûte cher et encore faut-il trouver des prêteurs. Jean sans Terre a laissé le souvenir de la Grande Charte par laquelle tout aurait commencé en matière de démocratie et fiscalité. Il est le frère de Richard Cœur de Lion, le fils d'Henri II de Plantagenêt et d'Aliénor d'Aquitaine, roi d'Angleterre de 1199 à 1216. Dans sa guerre contre Philippe Auguste, il a sans cesse besoin d'argent. Il commence en 1203 par taxer paroisses et comtés pour construire une flotte, mais il enchaîne les défaites et finit par perdre la Normandie. Quand il veut de nouveaux subsides, il se heurte à l'opposition de ses barons avec lesquels il est contraint de négocier et de signer, le 15 juin 1215, la Magna Carta par laquelle il garantit qu'il ne prélèvera plus d'impôts sans le consentement préalable des représentants de ceux qui le supporteront⁸ en même temps d'ailleurs qu'il institue la liberté du commerce et de la circulation des produits et des marchands. Henri III, le fils de Jean sans Terre sera d'ailleurs obligé à son tour de promulguer à nouveau la Grande

8. Articles 15 et 16 de la *Magna Carta*: « Dorénavant, nous n'autoriserons personne à lever une aide de ses hommes libres, à moins que ce ne soit pour le paiement de sa rançon, pour faire chevalier son fils aîné, ou pour marier une seule fois sa fille aînée. Seule une aide raisonnable pourra être exigée à ces occasions. 16. Aucun homme ne sera obligé de fournir plus de services qu'il n'en doit pour un fief de chevalier ou pour toute autre libre tenure. »

Charte, et sur ses 56 années de règne il ne sera autorisé à lever l'impôt que douze années. En même temps le pouvoir royal devra accepter de présenter les besoins financiers annuels de sa « bourse », soit en vieux français des fonctionnaires anglais de l'époque, sa « bougette » devenue « budget ». Le nécessaire consentement à l'impôt est né et celui de budget avec lui.

L'impôt est toujours une charge pour celui qui le paye et qui renâcle habituellement à le faire. Presque toujours, l'impôt est considéré comme excessif, mais lorsqu'il est vécu par ceux qui le supportent comme insupportable, plus qu'excessif, tyrannique, spoliateur, alors la révolte peut se lever. Et pour l'éviter les souverains ont très tôt compris qu'il était de leur propre intérêt d'essayer d'obtenir, autant que faire se pouvait, le consentement à l'impôt.

Six cents ans avant Jean sans Terre en Angleterre, le roi Clotaire II énonce dans l'article 8 de son édit de 615 que si un cens nouveau est imposé de manière impie, il devra être, sur réclamation et après enquête, réformé. Et Charles le Chauve déclare deux siècles plus tard, dans l'édit de Pistes (864) que « le consentement du peuple confirmé par le roi fait la loi⁹ ». Quand Philippe Auguste eut besoin d'argent pour mener croisade, il réunit d'abord un concile d'évêques et de barons et obtint leur accord avant de lever la dîme saladine, correspondant au dixième des revenus de tous ceux qui ne portaient pas la croix, pendant le temps de l'expédition. Philippe le Bel rechercha à son tour, en 1294, l'accord du clergé avant de lever un décime sur les revenus de l'Église. Il réunit ensuite et pour la première fois les corps constitués, la noblesse, le clergé et les villes, dans la nef de Notre-Dame le 13 avril 1302 pour requérir le consentement à de nouveaux impôts. Philippe VI, le premier des Valois, institutionnalisa cette procédure en

9. *Histoire de l'impôt* par André NEURRISSE, PUF, coll. Que sais-je?, 1978.

réunissant l'Assemblée des Trois États, dénommée désormais les états généraux, et en prenant à son égard, pour lui et ses successeurs, l'engagement de ne lever « aucun denier extraordinaire sur le peuple sans l'octroi et gré des trois états¹⁰ ». Certes, ces engagements ne valent que pour ceux qui les reçoivent. Philippe VI créa bientôt, sans autorisation aucune, le monopole du sel, la gabelle, au seul bénéfice du roi. Mais le processus était en marche. Un peu plus tard, en 1338, il obtint des trois ordres leur accord pour établir une nouvelle taxe sur les ventes des marchandises et des boissons dans les villes.

En même temps que la doctrine sacralise le fisc, et par là l'État lui-même, elle institutionnalise un pouvoir distinct de la personne du roi ou de l'empereur, elle le pose comme une entité à part entière, une personne morale à côté de celle de l'Église. Cette dépersonnalisation du pouvoir institue le pouvoir moderne et permet sans doute un partage du pouvoir, notamment fiscal, initié par la Grande Charte et poursuivi en France par la convocation des premiers états généraux par Philippe le Bel en 1302. Il y a donc un paradoxe apparent qu'au moment même où le pouvoir se renforce il se voit obligé de le partager, un peu. En réalité, c'est la logique même du pouvoir qui est à l'œuvre selon laquelle plus il a besoin des contributions fiscales de ses sujets ou citoyens, plus il a besoin d'arriver à les convaincre de cette nécessité et de rechercher leur consentement pour éviter la fronde. Mais ce moment de l'histoire est aussi celui au cours duquel l'État réunit les fondements sur lesquels il pourra asseoir ensuite un pouvoir exorbitant.

10. Idem, p. 63.

De la sacralisation du fisc à l'impôt providence

Le souverain s'autorise désormais à lever l'impôt de manière habituelle. Il doit consulter certes, mais les besoins du Royaume justifient les prélèvements et pas seulement la guerre. Le domaine royal ou impérial n'est plus la seule source légitime des dépenses publiques. L'impôt est admis comme l'outil du pouvoir. L'impôt est le symbole de la souveraineté. Les Anglais auront gagné une partie de l'Inde lorsque l'empereur Moghol donnera, en 1765, à Robert Clive, envoyé de la Couronne, le droit de percevoir l'impôt au Bengale, en Bihar et en Orissa. Et à l'inverse, l'Iran considérera qu'elle a perdu sa souveraineté, et se révoltera pour la retrouver, lorsqu'il apparaîtra que la société pétrolière créée en 1905, l'Anglo-Iranian Oil Company (devenue British Petroleum en 1954), reversera aux Persans des royalties de moitié inférieures à l'impôt sur les bénéfices payé par elle au Trésor britannique.

Tant que le pouvoir se sent lié par le droit naturel, le risque qu'il abuse de cette manne existe, mais il est encadré par le droit précisément. Tous les dérapages seront permis lorsque le pouvoir ne se contentera plus d'avoir sanctifié l'impôt mais s'arrogera le pouvoir exclusif de dire le droit, de produire les rapports de droit.

La fiscalité reste au cœur du pouvoir. Son exemption favorise l'adhésion comme ce fut le cas pour la République romaine dont les citoyens ne connaissaient guère l'impôt que le tribut des peuples soumis remplaçait. Depuis 167 avant J.-C., les citoyens romains ne payaient plus le *tributum*, l'impôt direct. Puis avec Auguste, les hommes libres d'Italie deviennent tous citoyens romains et sont exonérés de l'impôt foncier. Le seul impôt reste l'engagement militaire, mais il peut être rémunérateur. L'Islam autrement et pareillement a obtenu la conversion et la soumission de ceux auxquels il demandait

de participer à leur tour à la conquête en leur promettant de bénéficier de son vaste réseau de partage du butin. Les impôts levés par la papauté ont aidé Luther à mener la rébellion contre l'autorité du Saint-Siège et paradoxalement la soumission aux princes prêchée par Luther a entraîné l'adhésion de nombreux seigneurs allemands. Et l'impôt fut aussi le déclencheur des révoltes. La Horde d'Or de Gengis Khan qui à partir du début du XIII^e siècle envahit la Russie, s'y maintient en exigeant ainsi des princes locaux qu'ils se soumettent et le rejet de cette soumission passera par le refus de payer l'impôt à l'initiative du grand-duc de Moscou, Dimitri Donskoï, en 1371, marquant le début d'une guerre que les Russes emporteront. C'est l'impôt sur le thé qui mit le feu aux poudres des États-Unis contre l'Angleterre.

L'excès d'impôt tue la souveraineté qu'il consacre. L'Empire romain a dû requérir ses citoyens de payer de plus en plus d'impôt jusqu'à les empêcher de changer de domicile ou de métier pour qu'ils ne se dérobent pas à leurs devoirs de contribuables, jusqu'à la chute de cet empire qui ne tenait plus que par la contrainte. L'Europe médiévale aurait voulu que les ressources du Roi soient celles de son Domaine et en même temps elle a permis peu à peu aux princes de lever à leur tour de plus en plus d'impôts jusqu'à la Révolution française qui fut d'abord d'une certaine manière le fruit d'une crise des finances de l'État et des impôts trop lourds et trop nombreux. Les révolutionnaires croyaient avoir résolu la question en soumettant l'impôt à des principes de proportionnalité et de participation de tous. Mais en même temps, la démocratie suscita la naissance progressive de l'État providence qui a inexorablement gonflé sans limites les besoins de l'État devenus aujourd'hui démesurés. L'État s'assimile désormais à l'impôt, il prélève directement ou indirectement des sommes considérables qui atteignent près de la moitié

du revenu national en France et il dépense encore plus en s'endettant dans un processus de pillage du futur au profit du présent.

«L'État moderne, note Peter Sloterdijk, s'est déformé, en l'espace d'un siècle, pour devenir un monstre aux dimensions sans précédent, qui aspire et crache de l'argent. Il y est parvenu avant tout à l'aide d'une fabuleuse extension de la zone de fiscalisation, et notamment par l'introduction de l'impôt progressif sur le revenu qui, au fond, ne représente pas moins qu'un équivalent fonctionnel à l'expropriation socialiste, avec ce remarquable avantage que la procédure se répète d'une année sur l'autre – au moins pour ceux que la ponction de l'année précédente n'a pas fait périr¹¹. »

L'État s'est enflé au détriment de certains et au profit des autres avec la bénédiction de la démocratie dont l'avènement a laissé croire que tout était permis à l'État puisqu'il avait reçu l'onction des urnes. La loi substituée au droit est devenue l'instrument tout puissant du pouvoir qu'elle permet de revêtir du manteau de la justice. Les missions de l'État se justifient d'un devoir de justice sociale qui s'épuise dans un travail de Sisyphe à l'abondement duquel les prélèvements fiscaux et sociaux gonflent continûment en attendant peut-être que la société elle-même éclate comme la grenouille de La Fontaine qui voulait se faire plus grosse que le bœuf.

Tout au long du XIX^e siècle et jusqu'à la première guerre mondiale et sauf, précisément, période de conflit armé, les dépenses publiques ont représenté en France, comme ailleurs, moins de 10 % de la richesse nationale. Elles ont franchi les 30 % en 1920 et se sont installées durablement

11. *Repenser l'impôt*, Libella, 2012, p. 182.

au-dessus des 40 % de la richesse produite, généralement mesurée au travers du Produit intérieur brut – PIB –, à partir de 1974 avec la domination de l'État providence et de la Sécurité sociale. Ce constat a été le même dans tous les pays développés selon la loi d'Adolph Wagner selon laquelle : « Plus la société se civilise, plus l'État est dispendieux¹². » Cette évolution correspond pour partie, et à ses débuts en particulier, à la prise en charge par la collectivité des dépenses d'infrastructure qui accompagnent et que nécessite la croissance, mais plus encore à la montée en puissance des dépenses sociales. Et dans cette forte augmentation des dépenses sociales, la France se distingue par un niveau très sensiblement supérieur aux autres pays développés. Selon les données de l'OCDE et du FMI, note Jean-Marc Daniel, sur la période 1881-2009, la France a toujours eu des dépenses publiques supérieures d'environ un tiers à celles des autres pays du G7 (Allemagne, Canada, États-Unis, Italie, Japon, Royaume-Uni)¹³. Aujourd'hui, en France, près des deux tiers des dépenses publiques sont des dépenses sociales et elles représentent le tiers du PIB du pays!

Non seulement les prélèvements publics deviennent ainsi excessivement élevés, mais en plus ils pèsent sur une minorité par le jeu d'un mécanisme de redistribution sociale dont le principe ne veut pas seulement que les dépenses soient affectées principalement aux plus démunis, mais en même temps que les impôts soient prélevés essentiellement sur les plus aisés de telle façon que ceux-ci contribuent beaucoup plus et reçoivent beaucoup moins. La question se pose alors de la justice fiscale et il ne peut en être débattu qu'en retournant aux sources du droit et en essayant de comprendre la dérive

12. *L'âge d'or des déficits* par Pierre-François GOUIFFÈS, La documentation Française, 2013.

13. *8 leçons d'histoire économique*, Odile Jacob, p. 82.

du bien commun à l'intérêt public. Alors il paraîtra possible sans doute de déterminer quelques règles simples permettant peut-être d'éviter les affres de la fin des civilisations.

PREMIÈRE PARTIE :
DU DROIT À LA LOI

CHAPITRE II

À L'ORIGINE DU DROIT

Rome a inventé le droit. Mais le droit à Rome fut d'abord la coutume, l'ensemble des rites, ce que les Romains appelaient *ius* (ou *jus*), une forme de jurisprudence élaborée par les juristes. Le *ius* est quelque chose de nouveau. Il existe avant qu'Aristote le conceptualise comme *to dikaion*. Les Romains disposaient d'un droit civil, établi pour fixer les rapports entre les hommes dans leurs relations quotidiennes, relatifs à leurs patrimoines, à leurs relations familiales. Alors la Grèce n'avait encore que des lois publiques, *nomos*, le droit pour gouverner la cité, mais pas le droit civil. Ce *ius* civil est le fond de l'histoire romaine, sa culture.

À l'origine du *jus*, le verbe est *iurare*, jurer, faire le serment comme formule rituelle, formule de conformité religieuse. Mais assez rapidement, à partir pour le moins du III^e siècle avant J.-C., les pontifes deviennent experts, ils se dégagent de l'ordre religieux pour fonder une tradition intellectuelle nouvelle, une sorte de rationalisme concret. Les pontifes avaient alors pour fonction de répondre (ils délivraient des *responsa*) aux chefs de famille, les *patres*, qui les interrogeaient sur les problèmes concrets: le pouvoir de chacun sur un homme ou une chose, l'aliénation d'un bien, un testament, un échange matrimonial... Accumulées, ces *responsa* représentaient des précédents qui constituaient un savoir, une ressource casuelle, un *case law* disent les Anglais.

Parallèlement, les plébéiens de Rome avaient souhaité très tôt disposer de lois écrites que tous soient capables de lire et de comprendre de telle façon que tous sachent la loi à laquelle ils étaient soumis. Ainsi en 451/450 avant J.-C., les Decemvirs, dix hommes sages, furent désignés pour définir un corps de lois essentielles, concernant les rapports civils et la procédure dans les litiges entre citoyens, qui furent gravées sur douze tables en cuivre et mises en 449 à la disposition de tous sur le Forum. Le droit romain était ainsi constitué avec des lois écrites évitant l'arbitraire et un corps de règles garantissant les droits personnels. Le droit a été le fruit de la romanité, la création et l'armature de la civilisation romaine. Et le droit romain est d'essence moderne en ce sens qu'il s'institue par l'écriture de la loi. Écrite, la loi dit ce qui est défendu, pour que le reste soit permis, ce qui est l'essence même du droit de toute cité libre, à l'inverse du droit des cités tyranniques, et aujourd'hui totalitaires, où le droit dit ce qui est permis tandis que tout le reste est interdit. La loi fixe dès lors le cadre dans lequel les magistrats peuvent rendre justice. Ces Douze Lois, dont Cicéron dira que longtemps les petits Romains les apprendront par cœur à l'école¹⁴, confèrent aux citoyens romains les droits fondateurs de la liberté des hommes :

« *Le jus connubii*, droit de mariage légal (et donc de fonder une famille) avec une femme romaine, le *jus census*, droit de propriété, le *jus commercii*, droit d'acheter et de vendre sur le territoire romain (que l'on peut résumer en liberté d'entreprise), et le *jus legis actionis*, droit d'intenter des actions en justice pour faire valoir ses droits devant les tribunaux romains¹⁵. »

14. *Des Lois*, XXIII.

15. Philippe FABRY, *Rome, du libéralisme au socialisme*, Éditions JC Godefroy, 2014, p. 24.

Ces lois pourtant n'étaient pas toujours simples à comprendre, pas toujours faciles à appliquer. Les Douze Tables redevinrent donc la chose des pontifes chargés de leur interprétation et de leur mise en œuvre. Jusqu'au III^e siècle avant J.-C., le *ius* était souvent trop contraint par les rites, par le formalisme qu'un respect excessif pouvait conduire à l'iniquité. « *Summum jus, summa iniuria* » dit Cicéron. Pour corriger ces excès, les préteurs, ces juges de l'époque qui ont succédé dès le III^e siècle avant J.-C. aux pontifes, ont introduit l'équité. Les préteurs analysent les faits pour administrer la justice et ils rendent leurs décisions dans le respect de quelques grands principes : rechercher l'accord des parties i.e. le consensus, la *synallagma* et l' *ultra citroque obligatio* (obligation de part et d'autre), la bonne foi, *bona fides*, et surtout, et par-dessus tout, l'équité, *aequum*. L'*aequum* permet de modifier les règles du passé, de négliger la procédure pour corriger les résultats injustes qu'elles pourraient donner, pour éviter l'excès de droit qui confine parfois à l'iniquité : ces juristes, dit Cicéron, pratiquaient l'art du Juste et du Bon. Certes Cicéron eut tendance à mélanger le droit et la morale, comme les stoïciens à l'école desquels il appartenait, mais il reste empreint de la méthode aristotélicienne qui, peut-être sans que les juristes de l'époque en aient vraiment conscience, imprègne encore tout l'art juridique.

Le droit romain était lui-même en quelque sorte aristotélicien avant même Aristote. Rome n'a qu'un seul mot pour dire « droit » et pour dire « juste » : *jus*. Le droit est ce qui est juste, *jus: id quod justum est*. Il doit beaucoup à la jurisprudence ; la prudence d'Aristote est aussi celle des jurisconsultes romains. Le droit romain se détache de la religion comme en Grèce, il devient progressivement laïc, indépendant du pouvoir politique à l'égard duquel il préserve son autonomie. Certes, d'autres lois furent édictées par le Sénat, mais il s'agissait

plutôt de lois publiques concernant le fonctionnement des institutions plutôt que le rapport entre les personnes. Le *jus* reste plutôt entre les mains des experts, les pontifes d'abord, les préteurs ensuite, ainsi que l'ensemble des juristes. Mais d'où vient ce droit demande Cicéron ; des juristes répond-il. Rome emprunte pourtant à la Grèce en se nourrissant de sa philosophie sur l'arbre duquel le droit romain a germé en même temps qu'elle le pollue d'une certaine manière en subordonnant le droit des personnes au droit de la cité. Les cités athéniennes en effet se bâtissent des constitutions avant que de protéger les droits des individus, elles rivalisent dans l'ordre de ce que nous appelons aujourd'hui le droit public, la science politique. Certes, elles se préoccupent aussi de justice. Platon nous dit que la mission de l'homme politique est la découverte du juste, que la mission du juriste est de découvrir le bien, c'est-à-dire la justice. Mais précisément, le droit grec confond déjà le juste et le bien.

La Grèce d'alors n'a qu'un seul nom pour parler du droit et de la justice : *dikaion*, elle les entend dans la même compréhension. Dans son traité de la République, Platon se consacre à l'étude de la justice qui est cette vertu permettant d'attribuer à chacun sa part, *suum cuique tribuere*. Mais Platon assimile volontiers le droit à la morale : le but des lois, c'est la vertu et le premier office du droit, c'est l'éducation. À vouloir que la justice embrasse le tout de l'homme, Platon se fixe une ambition qui dépasse les hommes. Il en convient en confiant aux seuls philosophes le soin de définir la cité idéale et les règles qui doivent y mener. Sa cité parfaite édicte des lois pour tout gérer, y compris la vie privée de chacun. Mais ce faisant, Platon confine à l'abstrait, au seul domaine des idées qui n'est pas celui de la réalité des hommes. Il construit, ou plutôt voudrait construire des cités pour des hommes qui ne seraient pas les hommes tels qu'ils sont. Et son système est

si parfait, pense-t-il, qu'il ne peut le laisser entre les mains des profanes mais revendique que le projet en soit confié aux seuls philosophes. À ce titre Platon sera le modèle de toutes les utopies et suscitera tous les fantasmes idéologiques dont la mise en œuvre générera si souvent des totalitarismes aux visages multiples tant il est vrai que vouloir construire des cités parfaites engendre toujours la terreur.

Aristote, qui fut l'élève de Platon, a les mêmes préoccupations que celui-ci, mais dans une démarche opposée, réaliste plus qu'idéaliste. Il examine à son tour toutes les constitutions des cités grecques pour déterminer les meilleures d'entre elles, il s'inquiète du bonheur de l'homme qui est le but de sa conduite morale, et il élabore une doctrine de la justice et du droit, en particulier dans son ouvrage *L'Éthique à Nicomaque*. Le droit et la justice, *dikaion*, ne se confondent plus avec la morale quand bien même ils relèvent de la même vertu qui se pratique dans la recherche du juste milieu.

Le droit pour Aristote est bien encore d'attribuer à chacun le sien, *suum cuique tribuere*, de façon à contribuer à l'harmonie sociale. Mais cette attribution qui tend à une certaine égalité de proportion entre les citoyens relève d'une double approche :

- Celle d'abord de la justice distributive : il s'agit d'assurer la distribution des biens, des honneurs, des charges publiques au sein de la cité en permettant à chacun de disposer de ce qui doit lui revenir en fonction de son travail, de son mérite, de ses qualités.
- Celle, de la justice commutative ensuite : il y a lieu d'organiser l'équilibre des échanges entre les citoyens et de veiller à ce que tout déséquilibre soit réparé en

rétablissant les parties dans le rapport qui était le leur antérieurement.

Le droit prend ainsi son autonomie par rapport à la morale. Il organise les rapports sociaux entre les citoyens plutôt que de leur faire la morale. Il a charge d'établir un équilibre, une proportion dans ce qui revient à chacun. Il reste bien sûr à savoir comment fixer de telles proportions et Aristote s'y emploie par l'observation de la nature humaine, en essayant de discerner les valeurs à prendre pour référence dans les comportements de chacun et dans les projets de chacun. Car la nature humaine n'est pas statique, elle n'est pas seulement un état, mais elle est aussi et plus encore le devenir de l'être, elle est l'être de chacun tendu vers sa finalité propre. « La nature de chacun, c'est sa fin », dit Aristote¹⁶.

Ainsi naît le droit naturel qui n'est pas un ensemble de principes tirés d'une quelconque philosophie ou un ensemble de règles correspondant à une idée établie de la nature humaine. Le droit naturel d'Aristote n'est pas immuable, il se construit tous les jours, il s'adapte aux besoins du temps, des lieux et des circonstances. Il n'est pas girouette pour autant, mais il est flexible. Tout n'est pas permis, tout n'est pas possible, mais les possibles sont multiples. La recherche du juste est une quête éternelle que l'observation enrichit en permanence. La nature est une inconnue qui se découvre sans cesse et dont le secret s'approfondit au fur et à mesure qu'il se révèle.

La connaissance du droit exige de la prudence, de l'intelligence, du discernement, elle est expérimentale. C'est pourquoi aux côtés de la loi, du droit positif, Aristote valorise le rôle des magistrats. Ceux-ci peuvent interpréter la loi pour tenir compte des faits, des situations, de l'histoire de chacun, pour

16. *Politique*, I, 2, 1252 b.

donner de la souplesse au texte de loi qui, par définition, n'en a pas.

Et ainsi va aussi le droit romain. Le *ius* est d'abord dans l'ancien droit romain la sphère dans laquelle chacun peut exercer ses libertés individuelles, dans laquelle chacun peut contracter, s'obliger et obliger. Le droit est alors un ensemble de règles qui encadrent plus qu'elles ne régissent. C'est l'esprit dans lequel furent instituées les Douze Tables pour fixer les droits élémentaires, éviter l'arbitraire. Alors, écrit Philippe Fabry, « le droit n'avait pas pour but la justice, mais garantissait l'exercice de la *libertas*¹⁷ ». De ce fait, d'ailleurs, il favorisait aussi la justice. Mais ce n'était pas l'État qui la pratiquait, sinon pour s'assurer qu'elle était pratiquée.

Le *ius* resta dominant comme Rome qui l'étendit sur tous les pourtours de la Méditerranée. Le *ius* n'était pas un code, mais un ensemble de méthodes, de concepts et de paradigmes, un style d'analyse, un art plutôt qu'une science. De grands juristes comme Mucius et Servius au I^{er} siècle avant J.-C. établirent avec succès d'immenses classifications de la jurisprudence, des *responsa* antérieures. Au-delà même de ces classifications, ils forgèrent des définitions juridiques permettant de conceptualiser le droit. Mais ce droit restait néanmoins le droit des faits, proche de la réalité. Le droit était alors un ordre à géométrie variable, fluide, en perpétuel mouvement, proche de la réalité, bâti à partir des faits. Il n'est pas un système, il est un talent, une pratique, un droit coutumier, factuel, vivant.

Le droit romain est ensuite codifié notamment par Gaius, dans ses *Institutes*, qui dans la deuxième partie du II^e siècle après J.-C. distingue le *jus civile*, propre au monde romain, du *jus gentium*, commun à tous les peuples et fruit de la raison

17. Cf. l'article *Nomen iuris est autem iustitia appellatum*, Ulpien, *l'étymologie, l'idée de justice dans la pensée juridique et politique de Rome*, Revue historique de droit français et étranger, Dalloz, octobre-décembre 2014, pp. 489-515.

naturelle, plus universelle que toute loi humaine. Ulpien, un demi-siècle plus tard, au début du III^e siècle après J.-C., devait considérer qu'avant même le *jus gentium*, il y a le *jus naturae*, commun aux hommes et aux animaux et qui concerne notamment tout ce qui a trait à la survie de la créature ; le droit du mâle et de la femelle de s'accoupler, le droit de procréer des enfants, de les nourrir, de les élever...

Justinien reconnut à cette occasion un droit naturel commun à tous les peuples,

«Les lois naturelles, observées presque chez toutes les nations, établies par une sagesse divine, restent toujours fixes et immuables; mais les lois que chaque cité s'est données sont fréquemment changées ou par le consentement tacite du peuple, ou par d'autres lois postérieures¹⁸. »

Et comme déjà le faisaient Gaius – qu'il a en partie copié sans doute – et Ulpien, Justinien fait état de droits différents selon leur nature, puis selon les peuples et les territoires :

«Le droit naturel est celui que la nature inspire à tous les animaux; car il n'est point particulier aux hommes, mais commun à tous les êtres vivants. De là vient l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage; de là la procréation des enfants, leur éducation. Nous voyons en effet les animaux agir conformément aux principes de ce droit, comme s'ils le connaissaient.

1. Il faut distinguer le droit civil du droit des gens. Tous les peuples, régis par des lois ou des coutumes, ont un droit qui leur est propre en partie, en partie commun à tous les hommes. En effet, le droit que chaque peuple se donne

18. *Institutes*, 1,1, tit. 2,11.

exclusivement est particulier aux membres de la cité, et se nomme droit civil, c'est-à-dire droit de la cité; celui qu'une raison naturelle établit entre tous les hommes est observé presque par tous les peuples, et se nomme droit des gens, c'est-à-dire droit de toutes les nations. Les Romains suivent aussi un droit applicable en partie aux seuls citoyens, en partie à tous les hommes. Nous aurons soin de le déterminer chaque fois qu'il le faudra.

2. Le droit civil prend son nom de chaque cité, celui des Athéniens, par exemple; car on peut, sans erreur, nommer droit civil des Athéniens les lois de Solon ou de Dracon; et c'est ainsi que nous appelons droit civil des Romains, droit civil des Quirites, le droit dont se servent les Romains ou Quirites: ce dernier nom leur vient de Quirinus. Mais quand nous disons le droit, sans ajouter de quel peuple, c'est notre droit que nous désignons; comme, lorsqu'on dit le poète, sans y ajouter aucun nom, on entend chez les Grecs le grand Homère, chez nous Virgile. Le droit des gens est commun à tous les hommes, car tous se sont donné certaines règles qu'exigeaient l'usage et les besoins de la vie. Des guerres se sont élevées, à la suite la captivité, l'esclavage, contraires au droit naturel, puisque naturellement dans l'origine tous les hommes naissaient libres. C'est aussi ce droit des gens qui a introduit presque tous les contrats, l'achat et la vente, le louage, la société, le dépôt, le prêt de consommation, et tant d'autres¹⁹. »

Le droit romain fut alors réuni dans plusieurs ouvrages: le Code de Justinien publié peu avant les *Institutes*, le 7 avril 529, et le Digeste, compilation de jurisprudence et de doctrine, publié peu après, le 17 décembre 533. L'ouvrage de Justinien se

19. *Institutes*, 1,1, tit.2, 1 et 2.

perdit ensuite jusqu'à ce que les juristes bolognais le redécouvrirent au XI^e siècle au travers d'une copie dite *Vulgata*. Et c'est ce droit romain là, celui du code et non celui du *ius*, qui parvint au Moyen Âge. La vision impériale de la loi et du rôle du souverain y influença sans aucun doute les pratiques continentales qui liront ces documents à la lettre tandis que le droit d'Outre-Manche resta plus attaché à la tradition romaine originelle faisant prévaloir la fonction des Prudents, privilégiant l'analyse des cas plutôt que la rigidité et l'universalité de la loi. Curieusement en effet, le droit anglais, le *common law*, se rapproche plus du droit romain de la République, du moins dans la méthode, l'approche; il le copie presque. Peut-être simplement parce que l'insularité a éloigné l'Angleterre du grand mouvement dans lequel le droit continental a progressivement fait prévaloir la loi sur le droit.

Le common law

Spontanément, les Français parlent de la *common law* parce qu'ils ne s'imaginent pas que « *law* » puisse dire « droit ». Et pourtant, la langue anglaise utilise ce même mot, « *law* », pour dire le droit et la loi et plutôt en priorité « droit » que « loi ».

Certes, il y eut aussi de grandes lois fondatrices en Angleterre comme la Magna Carta de 1215 ou le *writ* d'Habeas Corpus de 1679 ou encore le Bill of Rights de 1689. Mais ces lois ont été permises par la pratique du droit, par la coutume, plutôt qu'elles ne les ont guidées. Le droit y est premier, avant la loi. La Magna Carta contient de nombreuses dispositions, mais la principale est sans doute celle établissant la doctrine selon laquelle le pouvoir est soumis au *reign of law*, au règne du droit²⁰. La *Rule of Law*, ou plutôt le *Reign of Law*, implique

20. Cf. *Magna Carta*, articles 39 et 40: Aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou lésé de

l'idée d'autolimitation s'opposant à l'État de police, la primauté de la règle, de la procédure, du process, de la régularité du jugement. Cette charte admet que le Roi lui-même est soumis à la loi. Cette acception est nouvelle dans le droit médiéval, mais elle renoue en fait avec la tradition romaine, la vieille idée que le prince doit respecter le droit. Il est, selon la maxime romaine, *legibus solutus*, c'est-à-dire délié des lois. Mais en même temps il est soumis au droit. C'est ce que rappelait la *lex imperio*, appelée ensuite *lex régia* peut-être en souvenir des premiers rois de Rome, qui conférait le pouvoir impérial. Plus tard, la *lex digna* initiée par Théodose et Valentinien considérait que l'empereur n'était pas légalement soumis au droit mais qu'il était de son devoir moral de respecter les lois. L'empereur Justinien, au VI^e siècle de notre ère, révérait le droit qu'il voulait édifier en un monument splendide, comme un temple bâti pour la justice dont les juges et les juristes seraient les nouveaux prêtres. Le Code de Justinien, son Digeste, s'inspirait du vieux droit romain :

« C'est une parole digne de la majesté du souverain, que le Prince se déclare lui-même soumis à la loi ; tant notre autorité dépend de l'autorité de la Loi. Et, en vérité, la soumission de principat aux lois est plus grande que l'imperium²¹. »

Et les juristes anglais furent les premiers à redécouvrir la force de ce principe de soumission de tous à la loi. « Le Prince, bien qu'il ne soit pas lié par les liens de la Loi, écrit Jean de Salisbury (1115/1180), est cependant serviteur de la

quelque manière que ce soit, pas plus que nous n'emploierons la force contre lui, ou enverrons d'autres pour le faire, sans un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays. 40. Nous ne vendrons, refuserons ou différerons le droit d'obtenir justice à personne.

21. ERNST KANTOROWICZ, Quarto Gallimard, *Les deux corps du roi*, p. 739.

Loi, tout comme celui de l'équité²². » Le prince est, selon Jean de Salisbury, à la fois seigneur et serf du droit, il est le représentant de la Justice « qui elle-même est soumise au Droit et pourtant au-dessus du Droit parce qu'elle est la fin de tout Droit. Ce n'est pas le Prince qui gouverne, mais c'est la justice qui gouverne par ou dans un Prince qui est l'instrument de la Justice²³. » En souvenir peut-être d'Aristote qui disait, dans son *Éthique à Nicomaque*, d'un juge parfait qu'il était un « juge animé », la justice vivante. Une maxime médiévale énonçait que « les lois et non les personnes font le roi », dans l'esprit même de la *lex digna* susvisée qui faisait confesser aux empereurs qui l'avaient édictée : « De l'autorité de la Loi, dépend notre autorité. » Bracton, le grand juriste anglais de la fin du XIII^e siècle l'exprime sans ambiguïté :

« Le roi lui-même doit être, non pas soumis à l'Homme, mais soumis à Dieu et à la Loi, parce que c'est la Loi qui fait le roi... car il n'y pas de roi là où l'arbitraire, et non la Loi, domine²⁴. »

Certes, ces principes restaient parfois, et plus souvent que cela n'était souhaité, à l'état de principe. La réalité du pouvoir est toujours qu'il ne renonce jamais définitivement à s'étendre. Il y avait un idéal et une pratique. De même que les vertus du droit romain n'ont pas empêché l'Empire de diriger ses peuples d'une main de fer, de tracer les routes en décimant des esclaves, de punir en jalonnant les chemins de croix, de piller les pays conquis..., le droit anglais a conduit aussi aux excès que dénoncèrent tour à tour Thomas Becket et Thomas More qui moururent pour cela. À ses débuts, le *common law* a été un

22. Ibidem, p. 733.

23. Ibidem pp. 734/735.

24. Ibidem, p. 771.

droit essentiellement procédural, tellement procédural qu'il en devenait inique parfois. Le savoir juridique se résumait à la maîtrise des formulaires et des plaidoiries. Il fallut que le Roi, au recours duquel en appelaient certains plaideurs, confie à son Chancelier le soin de juger en équité, ce qui constitua un second ordre de juridiction, les tribunaux d'*equity* capables de corriger le formalisme excessif des tribunaux de *common law*.

Le *common law* n'est ni ordre ni raison abstraite. Lord Macmillan le résume dans l'arrêt *Read vs Lyons*§Co [1947] :

« Your Lordships' task in this house is to decide particular cases between litigants and your Lordships are not called upon to rationalize the law of England. That attractive if perilous field may well be left to others hands to cultivate. It has been necessary in the present instance to examine certain general principles advanced on behalf of the appellant because it was said that consistency required that these principles should be applied to the case in hand. Argument based on legal consistency are apt to mislead for the common law is a practical code adapted to deal with the manifold diversities of human life and as a great American judge has reminded us: "The life of the law has not been logic; it has been experience"²⁵. »

À ce titre le *common law* est aussi recherche consensuelle, recherche de l'acceptation sociale.

25. Votre devoir, Messieurs, dans cette Cour est de décider des cas particuliers entre plaideurs et vous n'êtes pas appelés à rationaliser la loi anglaise. Une telle mission, aussi attirante que périlleuse, doit être laissée entre d'autres mains. Il a été nécessaire dans la présente instance d'examiner certains principes généraux évoqués par le requérant qui soutenait qu'il y avait lieu de les appliquer au cas d'espèce. Mais une argumentation développée sur la base de la cohérence juridique est susceptible d'induire en erreur car le *common law* est un code pratique fait pour gérer la riche diversité humaine et comme un grand juge américain nous l'a rappelé «la vie du droit n'a pas été logique, elle a été expérience ». (traduction libre de l'auteur)

Le *common law* ne se crée pas, il se découvre, s'élabore cas par cas, à partir des faits soumis au juge. Certes, depuis le XIX^e siècle, les juges sont tenus par les décisions antérieures selon le principe rigide de *stare decisis*, mais cette règle elle-même souffre de nombreuses exceptions ou plutôt une interprétation étroite qui permet au juge de conserver une certaine liberté. Le *common law* est le droit des juges, un droit professionnel qui a été élaboré dans les « ynnés of courte », les cours de justice où sont formés les *barristers*, les avocats, alors que le droit civil est un droit universitaire. Dès la fin du XII^e siècle, il y avait plus de dix mille étudiants en droit à l'université de Bologne, alors qu'il a fallu attendre 1758 pour que soit créée une chaire de droit anglais à Oxford et 1800 à Cambridge.

Le droit civil

Sur le continent et notamment en France, le droit s'est aussi, bien entendu, inspiré du droit romain mais en empruntant plutôt aux derniers siècles de l'Empire et à sa volonté de faire régner la loi plutôt que le droit, la volonté de l'Empereur plutôt que les rapports de justice des Prudents. Après Hadrien, au bas empire, à partir de Septime Sévère, les empereurs déjà s'étaient appropriés le droit et en avaient fait un instrument de pouvoir. Les grands juristes étaient devenus fonctionnaires. De plus en plus de « constitutions impériales » étaient édictées. Mais c'est avec Justinien que le *ius* devint vraiment *lex*. Sa volonté est universelle, il veut reconquérir l'Empire perdu sur tout le pourtour de la Méditerranée :

« Il faudra rassembler l'ensemble du droit... de sorte que rien ne puisse être laissé en dehors du recueil, mais que dans ces cinquante livres tout le droit ancien, accumulé dans le

désordre pendant près de mille quatre cents ans et restitué par nous dans sa pureté, soit défendu comme par un rempart et ne laisse rien en dehors de lui ».

Il y a là une volonté impériale, unificatrice et absolue, la prétention d'atteindre la vérité, l'Un, face au désordre des siècles passés.

Sur le continent, le droit médiéval s'inspira beaucoup du droit romain émanant du Corpus de Justinien. Mais à l'époque, le pouvoir sur le continent est partagé entre les rois et les barons, qui tous ont, du moins peu ou prou jusqu'au XIV^e siècle, leurs cours et tribunaux. Il y a donc une concurrence qui s'établit entre les ressorts civils de juridiction, et cette concurrence protège la liberté des justiciables. Mais il y a surtout à l'époque la naissance montante de l'Église qui se mesure au pouvoir des princes laïcs. La concurrence de juridiction s'établit aussi entre eux et c'est un long combat où culmine Canossa en Italie quand l'Empereur Henri III dut reconnaître en 1077 l'indépendance de l'Église, notamment en matière de justice. Cette lutte de pouvoir permettait aux justiciables d'avoir des choix de juridiction. Elle permettait surtout que le droit de chaque ordre s'élabore sous le regard critique de l'autre et évite ainsi, du moins en partie, les excès.

Certes, les juristes de Bologne, au XII^e siècle, désignent l'empereur Barberousse comme la « Loi vivante ». Au XIII^e siècle, Thomas d'Aquin, comme Aristote avant lui, nomme encore le juge comme un être juste animé. Il dit que « le juge est la Justice animée et le roi est le gardien de ce qui est juste²⁶ ». Le docteur de l'Église clarifie toutefois la thématique en précisant que le Prince est l'auteur de la loi positive, mais

26. *Somme théologique*, II-IIae, q. LVIII, a. 1, ad 5.

qu'il est soumis au pouvoir directif de la Loi de la Nature. Selon la doctrine alors commune, la loi fait le roi.

Certes, ce respect de la loi par le pouvoir est un idéal, pas toujours appliqué, mais c'est une référence, reconnue comme telle. Dans le *Liber augustalis*, le grand recueil que Frédéric II de Hohenstaufen (né le 26 décembre 1194 à Jesi près d'Ancône, mort le 13 décembre 1250 à Fiorentino près de San Severo) a publié à Melfi en 1231 comme un empereur romain, le Prince apparaît bien comme la « Fontaine de Justice », mais obligation est faite à l'empereur de protéger et d'observer le droit; il est tout à la fois le père et le fils de la Justice, le seigneur et le ministre. Le Prince est donc tenu par le droit.

« ... En accord avec le droit civil, écrit Frédéric II aux sénateurs et au peuple de Rome, nous proclamons notre obligation... Car bien que notre majesté impériale soit affranchie de toute loi, elle n'est pas pour autant totalement exaltée au-dessus du jugement de la Raison, elle-même mère de toute loi. »

Mais déjà dans le propos perce l'ambiguïté du mot « raison ». La loi naturelle est celle de la raison, mais quelle raison, celle que le droit romain attribuait à la jurisprudence, à l'histoire, à la pratique, à la sagesse humaine, à la raison vécue au travers des générations en quelque sorte, ou celle qui aboutira aux Lumières de la Raison pure, intellectuelle, déductive et bientôt l'arme de la toute-puissance humaine et une quasi sacralisation du pouvoir?

Déjà la royauté de France travaillait à recentraliser son pouvoir et sa justice, ce qui allait beaucoup plus tard déboucher sur le Code civil. Jean Bodin conceptualise au début du XVI^e siècle la souveraineté étatique, celle d'un souverain « qui commande de façon absolue, indivisible et incontestée, parce

qu'il détient l'ensemble des droits politiques²⁷ ». Le peuple n'est donc pas lié à son souverain par un contrat mais par la puissance de la loi. Il est le seul à pouvoir créer la loi et la modifier. Déjà le Code de Justinien interdisait aux juges d'interpréter la loi. Une ordonnance civile française de 1667 reprit cette disposition pour éviter que les Cours souveraines n'empiètent sur le pouvoir du Roi, législateur exclusif. Et même Montesquieu écrit au XVII^e siècle :

« Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi²⁸. »

Et parce que le souverain détient la souveraineté, condition de la possibilité de la vie commune, le souverain n'est pas tenu d'obéir à ses propres commandements. Mais alors que la souveraineté se fonde et se nourrit chez Bodin sur l'idée d'une transcendance absolue, l'idée en sera reprise et continuée aux temps modernes en réinvestissant cette souveraineté dans le peuple, dans la puissance des citoyens au travers de la loi à laquelle est confié le même pouvoir absolu que celui dont bénéficiait le souverain chez Bodin. L'esprit du droit civil était là avant même que ne fut promulgué le Code civil en 1803 et 1804. La Révolution française avait déjà voulu édicter un code unique. Plusieurs projets avaient été rédigés en 1793, 1794 et 1796. Napoléon réussit ce travail comme pour mieux asseoir son pouvoir, son empire.

Le Code civil veut exprimer la vérité du droit là où le *common law* tâtonne pour trouver la solution la plus juste cas par cas. Le Code civil croit disposer d'une valeur absolue là où le *common law* est pragmatique, prudent, hésitant. Le

27. Gaëlle DEMELEMESTRE : *Les deux souverainetés et leur destin – Le tournant Bodin – Althusius*, Éditions du Cerf, La nuit surveillée, 2011, p. 7.

28. *De l'esprit des lois*, Livre VI, Chapitre III.

Code civil est limpide, là où le *common law* est brouillé dans la complexité des situations. Le Code civil se veut universel, mais finalement c'est sans doute le *common law* qui atteint le mieux à l'universel dans sa modestie et son approche de la nature humaine dont il peut précisément appréhender la complexité. Le Code civil veut atteindre à la vérité de la justice, mais le *common law* ne pense pas l'universel, il veut juste que ses solutions soit consensuelles et les plus justes possibles. La vérité qu'atteint aussi chaque décision du *common law* n'est qu'un moment de vérité, d'une vérité sans cesse revisitée pour s'adapter à la riche diversité de la vie humaine.

Le droit civil se veut si simple qu'il méconnaît les situations particulières dont le *common law* se façonne. Le Code civil se veut le fer de lance de la justice et de la raison, mais en étant trop général, il manque de la capacité à s'adapter aux besoins des gens. Le *common law* recherche la *fairness*, l'équité. Il n'est pas vraiment rationnel, *rational*, mais il est construit avec *reasonableness*. Il ne s'agit pas d'une raison anhistorique, mais de la raison que porte la tradition comme le fruit de ce qui a réussi à passer les critiques des générations. C'est dans la continuité que le *common law* puise son caractère raisonnable en même temps qu'une certaine sagesse non écrite et issue du sens commun, une *communis opinio* vécue comme « l'actualisation d'une moralité toujours antécédente²⁹. »

Dans la tradition civiliste, la loi s'arrogue le monopole de la norme, elle organise l'unité de l'ordre juridique national sous l'emprise de la rationalité, le droit est alors décontextualisé, un énoncé normatif indépendant des circonstances. Le code érige des divisions et catégories juridiques ; comme expression de la raison, plus même comme expression du pouvoir

29. Pierre LEGRAND/Geoffrey SAMUEL, *Introduction au common law*, Éditions La Découverte, 2008.

souverain. Et le code est bien vite présomptueux, comme ses auteurs, voulant atteindre à l'universel. Le Code civil français est produit comme la grammaire universelle du droit selon l'expression des juristes Duncan Fairgrieve et Horatia Muir Watt.

Bien sûr, ce qui sépare le *common law* du droit civil n'a plus les caractéristiques aussi marquées que celles de l'histoire tant les sociétés démocratiques modernes ont tendu à se rapprocher dans le mouvement de mondialisation qui les a atteintes en même temps qu'elle le promouvait. Mais cette évolution explique néanmoins en partie sans doute l'écart qui existe entre les sociétés latines et les sociétés anglo-saxonnes au regard de la place et du rôle de l'État dans la société. Il reste que cette prééminence de la loi est aussi le résultat des longs débats intellectuels qui animèrent l'Occident, notamment depuis la querelle des Universaux.

CHAPITRE III

L'ESSOR DU DROIT NATUREL ET LA TENTATION HOLISTIQUE

Après la chute de l'Empire romain, le droit perd de son importance. À partir du V^e siècle, l'augustinisme a fait progressivement oublier Aristote et les jurisconsultes. Saint Augustin ne croit guère à la justice terrestre. Il déduit toutes règles de droit de l'Écriture sainte. Certes, il reconnaît la loi positive et en appelle à son respect, mais elle n'est qu'un pis-aller. Cet attachement conservateur à la lettre des textes bibliques durera jusqu'à la redécouverte du code de Justinien et des textes anciens, notamment par l'université de Bologne qui fut la première école médiévale de droit organisée par des élèves désireux d'apprendre et qui sont allés chercher des maîtres, quelques érudits solitaires, pour enseigner et diffuser leur savoir. Puis vint Thomas d'Aquin qui au XIII^e siècle sut faire la synthèse du christianisme et de l'aristotélisme, reprendre l'enseignement de Rome et d'Athènes pour le passer au filtre du christianisme.

Saint Thomas revient à la justice comme partage du bien et du tien à l'intérieur d'un groupe social. Il remet à l'honneur le droit naturel d'Aristote sans remettre en cause les données de l'Écriture. Il adopte le droit naturel d'Aristote, sa méthode de recherche de la nature et des fins de l'homme et des groupes sociaux à partir de l'observation, de l'expérience.

«Au fond, note Michel Villey, cette méthode est très simple: elle part de l'observation des mœurs, des "inclinations" spontanées supposées naturellement bonnes, mais tente de discerner des mœurs restées naturelles, les déviations, reconnaissables à leurs résultats malheureux, à leur échec, à ce qu'elles manquent à servir cet ordre, cette liaison rationnelle des actes aux fins que nous percevons au contraire dans d'autres exemples. C'est une méthode de bon sens³⁰. »

Le droit s'élabore ainsi progressivement, parfois dans un va-et-vient, dans l'incertitude des données changeantes de la vie des hommes. Le droit naturel est muable, « *Natura... hominis est mutabilis* » écrit saint Thomas³¹. Le droit naturel fixe les grands principes, il reconnaît ce qui est condamnable, mais il ne dit le bien qu'avec circonspection, dans l'analyse des faits et des rapports humains qu'il a à connaître.

«C'est pourquoi, écrit Thomas d'Aquin, la loi n'est pas à proprement parler le droit, mais plutôt la règle du droit³². »

Le droit est premier par rapport à la loi, il est le résultat jamais définitif d'une recherche jamais épuisée de la raison humaine pour trouver les règles les meilleures. Ces règles ne sont jamais parfaites, mais sans elles la barbarie guette et se propage. La scolastique, qui est la méthode d'analyse et de découverte propre au thomisme et à ses épigones, est respectueuse des solutions antérieures, elle compare, évalue, raisonne avant de fixer le droit, peut-être provisoirement. Il n'écarte pas

30. *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2009, p. 160.

31. *Somme Théologique*, IIa IIae, qu.57, art.2.

32. *Ibidem*, IIa-IIae, qu.57, art.1.

pour autant la loi qu'il sait nécessaire pour autant qu'elle ne soit pas omnipotente.

La justice est une vertu cardinale, mais différente des autres, la prudence, la force et la tempérance. Le juste, la vertu de justice, sont particuliers eu égard au fait qu'il ne s'agit pas d'une vertu par rapport à soi, mais par rapport aux autres. Il n'y a pas de justice là où il n'y a pas de rapports entre un homme et un autre ou d'autres, là où il n'y a pas d'échanges humains. Cette vertu assure l'égalité dans le rapport entre les hommes, non pas l'égalité absolue, mais l'égalité proportionnelle, l'égalité qui fait que chacun peut échanger des choses égales et que chacun peut recevoir ce qui lui revient. Thomas d'Aquin l'exprime ainsi :

« Le droit ou le juste se disent d'une œuvre quelconque ajustée à autrui sous un certain mode d'égalité³³. »

Il ne s'agit pas de l'équité en ce sens que selon Budé, cité par Vitoria,

« La différence entre l'équité et le juste consiste dans le fait que le juste ajoute la réciprocité, la nécessité mutuelle et la rigueur du droit et, cependant, l'équité amoindrit cette nécessité³⁴. »

Au demeurant l'homme n'est pas naturellement orienté au juste, il n'est pas toujours et spontanément enclin à donner à chacun le sien,

33. Ibidem, IIa-IIae, qu.57, art.2.

34. FRANCISCO DE VITORIA, *La Justice*, Étude et traduction de Jean-Paul Coujou, Éditions Dalloz, 2014, p10.

« Car la justice, incline au bien d'autrui et à établir l'égalité envers autrui et l'homme n'y est pas incliné par soi, parce qu'il est incliné par soi à son bien propre³⁵. »

Il faut bien entendu dans le droit distinguer ce qui relève du droit naturel et ce qui tient du droit positif et humain. Celui-ci correspond à ce qui est établi par un pacte privé ou public, étant dans ce dernier cas appelé loi. Celui-là appartient à ce que les hommes partagent spontanément comme bien :

« Tout ce qui par soi est connu de tous par la lumière naturelle comme juste et conforme à la droite raison et son contraire comme injuste, est dit et est de droit naturel comme ne pas voler, ne pas tuer un innocent, et "ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse"³⁶. »

Mais ne peut donc être de droit naturel que ce que l'homme peut connaître par lui-même. C'est ce que dit Paul dans l'Épître aux Romains (2,14). Pour lui les païens, les gentils, peuvent découvrir par eux-mêmes la loi naturelle par l'exercice de la raison naturelle. C'est ce qui démontre d'une certaine manière la vérité de cette loi naturelle et lui donne sa force. Appartient au droit naturel ce qui apparaît juste, de manière claire et évidente pour tous, à la lumière de la raison naturelle. Le droit naturel est une force innée en nous, soutient Vitoria en reprenant Cicéron, il s'agit comme d'une lumière ou évidence immédiate des premiers principes qui incitent à la vertu et par là même à la construction par les hommes de leur propre humanité.

Reprenant la pensée aristotélicienne, le thomisme considère comme elle qu'il y a deux types de justice qu'il faut distinguer,

35. VITORIA, Q.57, art.4, 2 ; Coujou, p. 31.

36. VITORIA, Q.57, art. 2, 4 ; Coujou, p. 14.

la justice commutative et la justice distributive. La première a pour objet les échanges mutuels entre les personnes tandis que la seconde a trait à ce qui est commun aux individus, elle est « appelée à répartir proportionnellement le bien commun de la société³⁷. » La justice distributive s'inscrit dans le rapport dissymétrique entre gouvernants et gouvernés, dans l'ordre de la société auquel chaque membre participe proportionnellement à son degré de coopération. Mais selon la théologie scolastique, la justice distributive doit observer une égalité selon la proportion géométrique, en fonction des mérites, tandis que la justice commutative respecte une égalité selon la proportion arithmétique, chacun recevant l'équivalent de ce qu'il donne. Dans la justice distributive, ce qui revient à chacun n'est pas un droit sur les autres. « Le juste, note Jean-Paul Coujou³⁸ consiste à attribuer à chacun son droit et par conséquent, ce qui lui revient, à savoir le juste, condition de l'estime de soi et du respect de soi. »

Selon Aristote, Thomas d'Aquin ou Vitoria, la justice distributive concerne donc les transactions publiques telles que la répartition des honneurs, des récompenses, des charges publiques. La justice exige que chacun obtienne selon sa mesure. L'égalité est donc relative. Ce qui est égal, c'est l'égalité de tous devant la justice que les Anciens appelaient l'isonomie. Mais les hommes n'étant pas égaux, dans la distribution de la richesse ou des honneurs,

« il est possible, dit Aristote, que l'un des membres ait une part ou inégale ou égale à celle d'un autre³⁹. » « Si les personnes ne sont pas égales, ajoute-t-il, elles n'auront pas des parts

37. Saint THOMAS, *Somme Théologique*, IIa-IIae, Q.61, art.1.

38. Francisco de Vitoria, *La Justice*, Étude et traduction de Jean-Paul COUJOU, Éditions Dalloz, 2014, pp. 107, 108.

39. *Éthique à Nicomaque*, V, 6, 1130b, 30.

égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales⁴⁰. »

L'égalité est proportionnelle au mérite de chacun, une proportion géométrique qui signifie que le rapport du tout au tout est similaire à celui existant entre une partie et une autre.

La justice commutative est spécifique à l'échange. En commentant Thomas d'Aquin à Salamanque, notamment sur les questions du droit et de la justice, Vitoria souligne l'objectivité de la justice commutative. Et d'emblée, il note que selon Thomas d'Aquin, le Docteur de l'Église,

« Dans l'objet de la justice, c'est-à-dire dans ce qui est juste, il ne faut pas prendre en considération la condition de l'agent, à savoir si celui qui achète est riche ou pauvre pourvu qu'il donne l'équivalent. [...] C'est pourquoi ce qui est juste exprime de soi ce qu'il faut faire, par exemple restituer les cent ducats que je dois sans prendre en compte si je suis riche ou pauvre, bon ou mauvais, mais seulement le fait que je les doive à autrui, sans considérer la condition de la personne elle-même, mais si ce sont cent ducats que tu dois, tu dois en donner cent. Et si l'on demande à un expert dans les affaires humaines combien vaut un cheval, on dira : combien est-il juste de donner pour un cheval ? On répondra : il est juste de donner cent ducats sans prendre en considération si l'on est pauvre ou riche⁴¹. »

40. Idem, 1131a, 23-24.

41. VITORIA, Q 57, article 1^{er}, 4, cf. Coujou, p.5.

Ce qui est juste, c'est de restituer à autrui ce qu'on lui doit. À cet égard, Thomas d'Aquin et Vitoria sont sur la même ligne qu'Ulpien pour lequel

« La justice consiste dans la volonté constante et persistante d'attribuer à chacun ce qui lui revient⁴². »

Peu importe que le justiciable soit noble ou de naissance obscure, peu importe sa condition sociale ou financière, peu importe les qualités physiques ou intellectuelles, peu importe les circonstances personnelles, le droit est le même pour tous.

Le juge est là pour présider à la juste répartition quand c'est nécessaire. La justice participe au bien commun en favorisant la réalisation par chacun de ses fins.

« La justice, conclut Jean-Paul Coujou, retrouve le principe de la raison pratique selon lequel la fin primordiale et universelle de la nature humaine consiste à respecter l'être en cet étant en acte qui est une personne et qui fait que l'homme en tant qu'il est homme, a un droit inaliénable à la garantie de la dignité et de l'intégrité de son être⁴³. »

Le droit naturel est à cet égard co-existential à l'homme, parce qu'il repose sur la nature humaine, dans sa permanence et sa diversité, et qu'il contribue à l'édification de l'humanité même dont il est le fruit. Il participe de la recherche de la vérité qui est l'obsession de l'homme et sa finalité en même temps qu'il protège l'homme dans cette quête absolue et pourtant toujours menacée, jamais aboutie. Il accompagne l'homme dans sa recherche du bien et sans lui c'est l'humanité

42. *Digeste*, I,1, loi 10.

43. *Francisco de Vitoria, La Justice*, J. P. Coujou, p. 379.

tout entière qui est livrée aux affres de l'indifférence au mieux et de la tyrannie de l'arbitraire au pire.

La tentation impériale ou holistique

Mais le droit peine encore à prendre en compte la prééminence de l'individu, il reste dans la tradition antique qui a mené à redéfinir le droit comme ce qui revient à chacun, *suum quique tribuere*, mais dans le cadre de la cité qui prévaut sur les individus. C'est ce qui conduisait encore Cicéron à penser la société de manière holistique, primant sur les individus qui la composent :

« Les stoïciens pensent aussi que tout l'univers est régi par la providence des dieux, que le monde entier est en quelque sorte la cité commune des dieux et des hommes, et que chacun de nous est membre de cette grande société, d'où il suit naturellement que nous devons préférer l'utilité commune à la nôtre. Car de même que les lois préfèrent le salut public à celui des particuliers, ainsi un homme de bien, un sage soumis aux lois et qui connaît les devoirs du citoyen, a plus de soin de l'intérêt de tous que de celui d'un seul homme ou du sien propre; et l'on ne doit pas trouver moins condamnable celui qui, pour sa propre utilité et pour son salut, abandonne la cause publique, que celui qui trahit ouvertement son pays. C'est pourquoi il faut louer ceux qui courent à la mort pour la république, puisque notre patrie doit nous être plus chère que nous-mêmes; au lieu qu'on doit avoir en abomination le sentiment de ceux qui, disent-ils, ne se soucient pas qu'après leur mort les flammes dévorent toute la terre, ce que l'on exprime d'ordinaire par un vers grec bien connu. Il est donc certain qu'il faut s'inté-

resser à l'avance à ceux qui ne sont pas encore, et travailler pour eux⁴⁴. »

Puis le droit s'est fait l'instrument de l'Empire en utilisant sans doute les réminiscences de Platon et de Cicéron à la primauté de la cité. Le droit est devenu l'outil du pouvoir. Les jurisconsultes du début de l'Empire, qui ont acquis de plus en plus d'importance dans le gouvernement, en sont venus à se prendre pour les initiateurs de ce qu'ils étaient chargés d'ordonner. Et même si Ulpien semble s'inscrire par la référence au « bonum et aequum » dans la lignée de ses prédécesseurs, il en dépare le propos tout aussitôt en ajoutant :

« C'est à bon droit qu'on nous qualifie de prêtres, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l'équité de l'iniquité, distinguant le licite de l'illicite, cherchant à susciter le bien non seulement par la menace des peines, mais par la promesse de récompenses, pratiquant ce qui nous semble la vraie et non une fausse philosophie⁴⁵. »

Avec Ulpien, très haut dignitaire du régime et notamment aux côtés de Septime Sévère, le droit s'oriente sans doute vers le droit de l'État. Il garde les anciennes définitions, mais désormais il prétend que c'est lui, grand prêtre du droit, qui va dire le bon et l'équitable, définir le bien et y plier le monde. Il vient servir la cause des dérives d'un empire de plus en plus tyrannique. Déjà Marc-Aurèle, l'empereur philosophe auquel on tresse trop vite des lauriers alors qu'il fut le chantre des persécutions chrétiennes, avait exprimé cette vision totali-

44. *Des fins des biens et des maux*, Livre III, XIX, 64.

45. Ulpien, au 1^{er} Livre de ses *Institutes*; *Digeste*, I, 1, 1.

taire: « Ce qui n'est pas utile à l'essaim n'est pas utile non plus à l'abeille⁴⁶ » ou encore: « Le devoir supérieur, c'est d'être dévoué à l'intérêt de la communauté⁴⁷. »

Juridiquement, note Philippe Fabry, cette position philosophique collectiviste se traduit par « la notion de plus en plus envahissante, et employée régulièrement à partir d'Ulpien, d'*utilitas publica*, intérêt commun mal défini et en réalité synonyme d'intérêt de l'État et de son appareil, justifiant l'écrasement des intérêts privés durant tout le Bas-Empire⁴⁸. » Le droit devient alors un instrument de domination alors qu'il en était un de libération.

Au demeurant, c'est sans doute moins le droit lui-même qui a évolué dans cette période que la pratique impériale tendant à s'approprier la source du droit. C'est ce que raconte déjà l'*Histoire Auguste* de la vie de Marc Aurèle qui attacha beaucoup d'importance à la justice et passa beaucoup de temps à la rendre en s'efforçant « de détourner les hommes du mal et de les inviter au bien, récompensant avec largesse et pardonnant avec indulgence⁴⁹. » Depuis Auguste, les Empereurs tendaient à faire prévaloir leurs décisions sur les lois et la jurisprudence, oubliant ou reniant l'indépendance du droit et des jurisconsultes. Comment en aurait-il été autrement dès lors que ces hommes pensaient être au mieux des demi-dieux, au pire des dieux? Le droit devenait leur instrument, non pas qu'ils veuillent en faire toujours mauvais usage, tout au contraire souvent comme le rappelle le cas susvisé de Marc Aurèle, mais ils en devenaient la source suprême, ce qui est toujours la voie de nouveaux empiètements sur la liberté des individus.

46. *Pensées pour moi-même*, Livre VI, § 54.

47. Ibidem, Livre VII, §55.

48. Philippe FABRY, *Rome, du libéralisme au socialisme*, Éditions Jean-Cyrille Godefroy, 2014, p. 93.

49. *Histoire Auguste, Vie de Marc Antonin le philosophe*, XII, 2.

L'usage en culmine dans les *Institutes* de Justinien dont le préambule indique qu'il s'agit de composer ces *Institutes* « afin qu'au lieu de chercher les premiers éléments du droit dans des ouvrages vieilliss et reculés, vous puissiez les recevoir émanés de la puissance impériale... Pour que les premières et les dernières leçons de la science des lois soient parties pour vous de la bouche du prince ». Et le Titre II est l'occasion de rappeler que « tout ce que l'empereur décide par un rescrit, juge par un décret, ordonne par un édit, fait loi ».

La philosophie classique

La conception d'Aristote et de saint Thomas est loin de ces dérives impériales, voire impérialistes. Par nature leur vision est plus réaliste, plus concrète, ancrée dans l'histoire et l'observation des hommes à la recherche du juste. Mais qu'est-ce que le juste? Bien sûr il ne se pose la question du juste, au sens juridique du terme, que lorsqu'est en question le rapport entre deux ou plusieurs hommes, c'est-à-dire un problème de partage du tien et du mien au sein d'une communauté. Et pour Aristote et saint Thomas la solution ne peut pas être purement abstraite, mais doit tenir compte de la pâte humaine, de la nature humaine qui est d'abord une nature sociale parce que le petit d'homme ne naît pas tout seul sur une île déserte mais toujours au sein d'une communauté. Et pour eux, la solution ne saurait être juste que dans la recherche de la fin de l'homme parce que chaque être ne vit pas d'un horizon limité à son bien être quotidien, mais s'inscrit dans un projet, dans une vision qui le dépasse et qu'il essaie néanmoins de comprendre pour mieux l'assumer.

Pourtant, la tentation holistique existe. Faut-il que la communauté qui n'est que le cadre où s'épanouit l'individu

prévale sur celui-ci? Aristote a des mots presque inquiétants sur la soumission de l'individu à la cité:

« Même si, en effet, il y a identité entre le bien de l'individu et celui de la cité, de toute façon c'est une tâche manifestement plus importante et plus parfaite d'appréhender et de sauvegarder le bien de la cité: car le bien est assurément aimable même pour un individu isolé, mais il est plus beau et plus divin appliqué à une nation ou à des cités⁵⁰. »

Il dit encore que

« puisqu'il y a une fin unique pour l'État tout entier, il est manifeste également que l'éducation doit nécessairement être une et identique pour tous, et que le soin de l'assurer relève de la communauté et non de l'initiative privée⁵¹. »

Certes Aristote dit bien que

« ... c'est nécessairement en vue de l'homme que la nature a fait tous les êtres vivants⁵². »

Mais pour lui, la cité préexiste à l'homme et son bien prévaut. Et saint Thomas ne le renie pas:

« ... tout ce qui est dans la partie appartient au tout et comme l'homme fait partie de la société, tout ce qu'il est appartient à cette société même⁵³. »

50. *Éthique à Nicomaque*, I,1 1094 b,5, Vrin, 1971, p. 35.

51. *Politique*, VIII, 1, Vrin, 1977, p. 552.

52. *Ibidem*, I, 8.

53. *Somme théologique*, II, II, Question 64,5.

L'homme est ordonné au tout de la cité⁵⁴.

« Le bien du tout l'emporte sur celui de la partie, dit encore le Docteur de l'Église. Un gouvernement prudent néglige quelque défaut de bonté dans la partie en vue d'augmenter la bonté du tout⁵⁵. »

C'est que pour Aristote et saint Thomas, la notion de nature contient celle d'un ordre intégrant la société, il n'y a pas dans la nature d'individus séparés, mais des ensembles ordonnés. La cité est aussi naturelle que l'homme lui-même, elle fait partie de l'ordre social naturel au même titre que les hommes et il faut donc la protéger autant sinon plus que les hommes car sans elle les hommes ne peuvent survivre.

Et certes, sans elle, ils ne peuvent survivre. Mais la cité n'est qu'un moyen de coexistence des hommes, un moyen naturel sans doute, inscrit dans la nature de l'homme lui-même, mais un moyen seulement. La cité n'a aucune vertu pour elle-même. Comment donc être d'accord avec saint Thomas lorsqu'il écrit que

« Le bien commun de l'État et le bien particulier de l'individu ne diffèrent pas seulement du plus au moins; il existe encore entre ces deux sortes de biens une différence formelle. Autre, en effet, est la nature du bien commun, autre la nature du bien particulier; c'est la différence qui existe entre le tout et la partie. De là cette sentence du philosophe [Aristote], *Polit.*, I, 1 : "ceux-là se trompent qui disent que la cité, la

54. *Ibidem*, II, II, 58, 5.

55. *Somme contre les Gentils*, III, 71, in *Petite somme politique*, Pierre Téqui éditeur, 1997, p. 132.

famille et autres sociétés du même genre, ne diffèrent que par le nombre, et ne diffèrent pas aussi par l'espèce⁵⁶»

Depuis la Grèce antique, la question se pose de savoir si l'autorité publique doit ou non promouvoir la vertu des citoyens. Selon Aristote, la meilleure constitution était celle qui avait pour vocation de favoriser le meilleur genre de vie, de récompenser la vertu, de dire le bien donc en quelque sorte. Cette philosophie classique définissait le juste selon une certaine idée du Bien et l'homme juste était celui qui cherchait son propre bien en « s'ajustant » au mieux à un idéal de vie aussi harmonieux et stable que possible. La vie de l'homme devait être ordonnée au bien et était juste toute voie qui permettait d'atteindre le bien véritable. Et de même en politique, la loi était juste ou injuste, non pas en fonction de critères formels d'égalité ou d'universalité par exemple, mais selon qu'elle respectait, voire favorisait le bien propre de la communauté concernée ou non, dans la mesure où elle servait l'intérêt commun. Dans la République de Platon, comme dans celle de Cicéron, de grandes inégalités peuvent être justifiées si elles contribuent au bonheur de tous. La fin du juste est le bien collectif, le fondement du juste est le bien, mais celui de la Cité auquel le bien des individus est subordonné.

Pour Aristote la cité est là avant l'homme qui ne naît pas de nulle part et le bien de celui-ci est donc soumis au bien de celle-là sans lequel il ne saurait exister.

«C'est pourquoi toute cité est un fait de nature, s'il est vrai que les premières communautés le sont elles-mêmes. Car la cité est la fin de celles-ci, et la nature d'une chose est sa fin, puisque ce qu'est chaque chose une fois qu'elle a atteint son

56. *Somme théologique*, II, II, 58, article 7.

complet développement, nous disons que c'est là la nature de la chose, aussi bien pour un homme, un cheval, ou une famille. En outre, la cause finale, la fin d'une chose, est son bien le meilleur, et la pleine suffisance est à la fois une fin et un bien par excellence. Ces considérations montrent donc que la cité est au nombre des réalités qui existent naturellement et que l'homme est par nature un animal politique⁵⁷. »

Ou encore :

« Nous voyons que toute cité est une sorte de communauté, et que toute communauté est constituée en vue d'un certain bien (car c'est en vue d'obtenir de ce qui leur apparaît comme un bien que tous les hommes accomplissent toujours leurs actes) : il en résulte clairement que si toutes les communautés visent un bien déterminé, celle qui est la plus haute de toutes et englobe toutes les autres vise aussi, plus que les autres, un bien qui est le plus haut de tous. Cette communauté est celle qui est appelée cité, c'est la communauté politique⁵⁸. »

Vaste débat de savoir qui est premier car il n'y a pas plus de cité sans homme que d'homme sans cité.

Pour Aristote, les hommes s'associent par nature, l'homme est un animal politique, c'est-à-dire que tant qu'il ne vit pas dans la communauté politique, c'est un être inachevé car sa fin est de vivre au sein de la cité dont la finalité est supérieure :

« Et celui qui est sans cité, naturellement et non par suite des circonstances, est ou un être dégradé ou au-dessus de l'humanité⁵⁹. »

57. ARISTOTE, *La politique* 1, 2, 1253 a, Édition Vrin, traduction Tricot.

58. Ibidem, I, 1, 1252 a.

59. Ibidem, I, 2, 1253a.

Pour saint Thomas, le bien commun n'est en aucune façon la somme des biens particuliers :

« Le bien commun de la cité et le bien particulier d'une personne diffèrent entre eux formellement, et non pas seulement en quantité. La notion de bien commun et celle de bien individuel diffèrent en effet entre elles comme celles de tout et de partie. C'est pourquoi le Philosophe blâme ceux qui n'admettent entre la cité, la maison, et autres choses du même ordre, qu'une différence selon le grand ou le petit nombre, et non selon l'espèce⁶⁰. »

Il reprend ce qu'Aristote dit dans l'*Éthique à Nicomaque* :

« Même si en effet, il y a identité entre le bien de l'individu et celui de la cité, de toute façon c'est une tâche manifestement plus importante et plus parfaite d'appréhender et de sauvegarder le bien de la cité : car le bien est assurément aimable même pour un individu isolé, mais il est plus beau et plus divin appliqué à une nation ou à des cités⁶¹. »

Pourtant, Aristote soutient aussi que la vertu individuelle prime :

« Car même s'il était possible que le corps entier des citoyens fût vertueux sans qu'aucun d'eux le fût individuellement, c'est cependant la vertu individuelle qu'il faudrait préférer puisque la vertu du corps social tout entier suit logiquement de la vertu de chaque citoyen⁶². »

60. *Somme théologique*, IIa, IIac.

61. *Éthique à Nicomaque* I,1, 1094b.

62. *La Politique*, VII, 13, 1392 a, 37.

Dans saint Thomas, on peut lire sa référence au bien dans le droit fil d'Aristote qui explique au tout début de *La Politique* que « toute communauté est constituée en vue d'obtenir un certain bien, car c'est en vue d'obtenir ce qui leur apparaît comme un bien que tous les hommes accomplissent toujours leurs actes », ce qui de manière moderne pourrait sans doute s'écrire comme le fait que tous les hommes agissent dans leur intérêt ou plutôt ce qu'ils croient être leur intérêt ou le moyen de répondre à leur désir.

La doctrine antique d'Aristote à saint Thomas ordonnait le juste au bien, mais d'abord au bien commun conçu comme le bien de la Cité, supérieur au bien individuel. Pour Thomas d'Aquin, l'individu est ordonné à la cité comme la partie l'est au tout. Le droit réside dans une juste proportion des choses en fonction du bien commun, en fonction de la cité. À tel point que le bien et la liberté de l'individu pouvait être sacrifié au nom de ce bien commun. La loi soumettait le bien particulier au bien commun :

« En effet, comme l'individu est une partie de la multitude, tout homme, en lui-même et avec ce qu'il possède, appartient à la multitude; de même que toute partie, en ce qu'elle est, appartient au tout. C'est pourquoi la nature elle-même nuit à une partie pour sauver le tout. Selon ce principe, de telles lois qui répartissent proportionnellement les charges, sont justes, elles obligent au fort de la conscience et sont des lois légitimes⁶³. »

Aristote allait plus loin en soutenant que la loi de la cité devait se substituer ainsi à la liberté des hommes, comme dans

63. *Somme théologique*: Ia,IIae, question 96.

les pays totalitaires en considérant que « ce que la loi ne permet pas expressément, elle le défend⁶⁴. »

Thomas d'Aquin, puisant chez Aristote, soutient que le Bien Commun est plus grand que le bien particulier :

« Le bien, qui a raison de cause finale, est d'autant plus efficace qu'il se communique à des êtres plus nombreux. Et c'est pourquoi, si la même chose est un bien pour chaque individu et pour la cité, il est clair qu'il est beaucoup plus grand et plus parfait d'avoir à cœur, c'est-à-dire de procurer et de défendre, ce qui est le bien de toute la cité que ce qui est le bien d'un seul homme. Certes, l'amour qui doit exister entre les hommes a pour fin de conserver le bien, même de l'individu. Mais il est bien meilleur et plus divin de témoigner cet amour à toute la nation et aux cités. Ou, s'il est certes désirable quelquefois de témoigner son amour à une seule cité, il est beaucoup plus divin de le faire pour toute la nation, qui contient plusieurs cités. Nous disons que cela est plus "divin" parce que cela est plus semblable à Dieu, qui est la cause ultime de tous les biens⁶⁵. »

Mais il n'oppose pas le bien propre au Bien Commun car celui-ci englobe celui-là et y concoure. Le Bien Commun contribue au bien particulier qui n'existerait pas, selon Thomas, sans être ordonné au Bien Commun. Se référant au commentateur de Thomas d'Aquin au XVII^e siècle, Jean de Saint-Thomas, Charles de Koninck explique que « ... le bien de l'espèce est un bien plus grand pour le singulier que son bien singulier. Ce n'est donc pas une espèce faisant abstraction des individus, qui désire son bien propre contre le désir naturel de l'individu: c'est le singulier lui-même qui, par nature,

64. *Éthique à Nicomaque*, V, 15.

65. *Sententia Libri Ethicorum*, Lib.1, Lec 2 n°30.

désire davantage le bien de l'espèce que son bien singulier. Cet appétit du bien commun est dans le singulier lui-même. Dès lors, le bien commun n'a pas raison de bien étranger – *bonum alienum* – comme dans le cas du bien d'autrui pris comme tel⁶⁶. » Le bien de l'individu ne se trouverait donc pas sacrifié au bien commun, mais ordonné à un bien commun plus universel et sans lequel le bien propre ne saurait survivre. En poursuivant le bien commun, chacun poursuivrait en fait son bien propre. Chaque personne est libre, certes, de poser des actes singuliers, les siens, mais dans cette perspective, la fin n'est pas propre à chacun mais plutôt le bien commun. Et le bon politique est celui qui non seulement se soucie du bien commun, mais le place au-dessus de son bien propre. « Aimer le bien d'une cité pour se l'approprier et le posséder pour soi-même, cela n'est pas le fait du bon politique; car, c'est ainsi que le tyran, lui aussi, aime le bien de la cité, afin de le dominer, ce qui est s'aimer soi-même plus que la cité: c'est en effet pour lui-même qu'il convoite ce bien, et non pour la cité. Mais aimer le bien de la cité pour qu'il soit conservé et défendu, c'est là vraiment aimer la cité, et c'est ce que fait le bon politique, tellement que, en vue de conserver ou d'augmenter le bien de la cité, il s'expose au danger de mort et néglige son bien privé⁶⁷. » L'analyse de la tyrannie est prémonitoire à l'égard des régimes totalitaires qui ont usé et abusé de l'intérêt commun pour justifier de l'intérêt propre de quelques-uns, d'une classe, d'une race...

Aristote et saint Thomas font prévaloir l'intérêt de la cité: l'individu est un élément de la cité, dont l'intérêt doit être subordonné au tout. Mais dans leur vision, la prééminence de

66. Charles DE KONINCK, *De la primauté du Bien Commun contre les personnalistes*, Éditions de l'Université de Laval, 1943, p. 11.

67. Thomas D'AQUIN, *Les cinq questions disputées sur les vertus, De virtutibus*, Qu.2, Art.2.

la cité ne réduit pas l'individu à un pion d'un régime totalitaire. Les personnes ont un intérêt mêlé à celui de la cité au point qu'il est difficile de dissocier les deux. Et au-delà d'Aristote, Thomas d'Aquin affirme déjà les droits de la personne, chaque homme ayant sa vocation propre, une vocation surnaturelle. Le droit naturel de l'Aquinate contenait son propre antidote à tout excès dans la mesure où la légalité de la loi ne ressortait pas de l'autorité de celui qui l'édicte mais de sa conformité au bien commun, ce qui empêchait, en principe et sous réserve de tout abus de l'utilisation du bien commun, les dérives tyranniques. Cette limite était d'autant plus forte que le bien commun comme but du législateur était toujours directement subordonné à la poursuite d'une fin dernière et personnelle qui le dépassait sans commune mesure. Il ouvre la porte à la prise en compte de l'individu. Néanmoins la prégnance de la cité et la force avec laquelle la priorité est donnée à la communauté sur l'individu ont conduit un courant philosophique nouveau à affirmer les droits de l'individu au travers de la théorie nominaliste dont les maîtres se sont affirmés à partir du XI^e siècle contre la doctrine naturelle bientôt incarnée par l'aristotélo-thomisme. Et en renvoyant la force de la loi à la volonté de son auteur, le nominalisme prendra le risque d'initier de nouvelles formes de despotisme.

CHAPITRE IV DU NOMINALISME AU DROIT MODERNE

Le débat entre l'école scolastique et la nouvelle école est ancré dans des sujets infiniment théologiques et philosophiques, en référence notamment à la querelle des universaux qui oppose les nominalistes, pour lesquels chaque être est singulier et le concept vient après la chose, à l'idée d'Aristote selon laquelle il y a des prédicats, ou catégories, des attributs de l'être, communs à plusieurs :

« Il y a des choses universelles et des choses singulières. J'appelle "universel" ce dont la nature est d'être affirmé de plusieurs sujets, et "singulier" ce qui ne le peut. Par exemple, "homme" est un terme universel, et "Callias" un terme individuel⁶⁸. »

La bataille fit rage durant tout le bas Moyen Âge, notamment au cœur de la Sorbonne aux XIV^e et XV^e siècles où tour à tour nominalistes et partisans de l'aristotélisme essayèrent d'imposer leurs vues.

Au regard du droit, le nominalisme bouleverse la conception qui prévalait jusque-là. Saint Thomas, avec Aristote, reconnaissait une réalité à l'individu, qui est dit-il « substance première », mais il situait les individus en quelque

68. ARISTOTE, *De l'interprétation*, 7, trad. J. Tricot.

sorte dans une trame plus universelle, celle des genres, des espèces. L'homme, l'animal, le citoyen ne sont pas des abstractions pures, pas plus que la liberté ou l'humanité; ils ont une existence en dehors de notre esprit et ils ont des traits communs de par le genre ou l'espèce auxquels ils se rattachent.

« Le monde extérieur n'est pas qu'une poussière d'atomes en désordre, qu'une poussière d'individus, écrit Michel Villey; il comporte lui-même un ordre, des classes où viennent se ranger chacun des êtres singuliers (des "causes formelles") et des natures (des "causes finales") et tout un système de relations entre individus, au-dessus des individus. Tout cela existe objectivement, indépendamment de l'intellect qui le décèle dans les choses⁶⁹. »

Pour les nominalistes, au contraire, seuls les individus existent. Être, c'est être unique et distinct. Ce serait une injure à la toute-puissance de Dieu que d'imaginer que les individus répondent à des catégories dans lesquelles Dieu aurait été en quelque sorte enfermé dans sa création. Toute chose est désormais pensée à partir de et pour l'individu dont la science juridique aura vocation à décrire les besoins, les qualités, les droits. Les normes juridiques ne seront plus recherchées dans l'ordre de la nature, mais dans la volonté positive des individus et d'abord du premier d'entre eux qui est Dieu considéré comme tel, mais ensuite dans celle des autorités terrestres dont Dieu a permis l'institution pour gouverner le monde. La première loi est l'Écriture, mais ensuite les lois de ce monde doivent aussi être respectées, et notamment celle de l'Empereur. Le droit n'est plus pour eux ce fruit de l'observation et de l'analyse de la pâte humaine, il n'est plus dans le

69. Ibidem, p. 224.

respect de la création divine, mais dans la volonté. Ils pensent même que tout est dans la volonté de Dieu, mais une volonté souveraine au point qu'elle n'est même pas ordonnée au bien, qu'elle pourrait vouloir autre chose que le bien des hommes. À l'ordonnement à la nature humaine – une nature considérée comme le reflet de Dieu, sa créature, auquel le droit naturel se soumettait –, le nominalisme substitue la volonté souveraine qui est d'abord celle de Dieu, mais demain celle de l'empereur ou du roi, puis de chaque individu. Cette théorie prévaut notamment chez les Franciscains avec les théologiens Guillaume d'Ockam et Duns Scott. Ce dernier définit la justice comme la « rectitude de la volonté » et non plus comme le partage du sien et du mien. Le sujet de droit devient l'individu là où l'objet du droit était les rapports sociaux ; les universaux laissent la place à la forme particulière des individus et à la volonté de chacun d'eux. L'individu se trouve ainsi placé à la source du droit créé par sa volonté : les droits subjectifs et le positivisme sont nés.

Au-delà de la *disputatio* dont l'Université faisait son miel, la querelle qui opposa bientôt les Franciscains aux thomistes et à la papauté vint renforcer les nominalistes d'un poids politique. Les Franciscains ne voulaient rien posséder pour respecter à la lettre les enseignements de saint François. Pendant un temps, le Pape consentit à un subterfuge en portant ou faisant porter la propriété des biens mis à disposition des couvents franciscains dont l'essor exigeait en même temps qu'il favorise l'accumulation de biens dont ils ne désiraient disposer que du seul usage. Mais Jean XXII voulut en finir avec ces faux-semblants et un litige s'installa dans lequel le général de l'ordre, Michel de Césène, accompagné du philosophe et théologien Guillaume d'Occam, l'un des principaux partisans du nominalisme, s'enfuirent d'Avignon où ils étaient retenus pour se réfugier chez l'Empereur, Louis de Bavière, dont ils défendirent la

cause contre les prétentions papales. Le nominalisme pratiquait ainsi sa théorie dans le soutien de la loi positive, celle de l'Empereur qui y trouvait évidemment son compte.

Cette évolution, qui substituait la volonté, divine ou humaine, au respect de la nature humaine dans l'élaboration du droit, est une révolution immense dont les conséquences pèseront sur tous les siècles ultérieurs. En préface à l'œuvre de Francisco de Vitoria⁷⁰, Blandine Kriegel souligne que si le droit n'est que le fruit de la décision des hommes ou de Dieu et non de la raison divine ou humaine, la justice tout entière devient subjective.

« Si la justice est, comme l'a imaginé Duns Scot, seulement ce qui plaît à Dieu, si le réel est contingent, si les lois humaines sont de pures décisions de la volonté, alors le droit sera relatif, et seule la positivité de la loi décidera de ce qui est bien ou de ce qui est mal où la loi ne sera plus qu'une sanction. On abandonnera l'idée d'un ordre juste et rationnel du monde, on récusera tout ordre immanent du réel que nous pourrions découvrir par notre raison naturelle. On niera que la loi naturelle soit une participation à la loi éternelle dans la créature raisonnable. Il n'y aura plus de droit naturel de l'humanité. Et l'ordre politique lui-même sera réglé non sur la justice, mais par le dominium, qui est une prise de possession, ou par l'imperium qui est un acte de puissance. Ne subsisteront que la violence et la foi⁷¹. »

Le mouvement nominaliste qui prendra de l'importance au XIV^e siècle, l'un de ses plus éminents représentants devenant recteur de l'université de Paris au milieu de ce siècle, considère que le bien et le bon sont le fruit de la volonté de Dieu plutôt

70. VITORIA, *De la Loi*, Cerf, 2013, Introduction par Gaëlle Demelemestre.

71. Ibidem, p. 13.

que de la raison divine. Donnant tout pouvoir à la volonté divine, il ne donne à l'agir divin aucune règle ni limite, agissant selon l'arbitraire de son vouloir à l'égard des hommes. À partir de quoi, la loi, toute loi, peut être érigée, elle peut façonner le bien sans référence à la nature humaine, sans respect de la raison. Gaëlle Demelemestre rappelle que les nominalistes « prônant une supériorité de la volonté divine sur la raison divine, ont ouvert la voie à la représentation d'un souverain dont la volonté absolue pourrait seule rendre compte de l'acte législatif⁷² » C'est la raison humaine qui est, dit Gaëlle Demelemestre, « l'outil principal permettant de partir du réel pour remonter, selon ses compétences propres, vers l'ordre de la rationalité divine⁷³ », alors que si la loi découle de la volonté humaine ou divine, elle devient une qualification arbitraire, un donné contingent. L'universel n'est plus reconnu dans l'expérience commune mais dans le ressenti particulier.

«...L'homme n'a plus à se fier à son inclination naturelle, ou à une conscience innée du bien et du mal... La seule norme du bien et du mal sera la loi positive du législateur... En conséquence la loi ne pourra plus avoir le statut ontologique de créer le réel en fonction de l'ordre juste⁷⁴. »

Ou plutôt, dirait saint thomas, de tisser une juste relation entre les membres de la société, dans le respect de la loi que l'on « dit naturelle parce que l'on juge de ce qui est juste grâce à une inclination naturelle, et non par une qualité inscrite dans notre nature⁷⁵. » Certes, les choses ne sont pas toujours évidentes pour nous, « Et notre intelligence se comporte

72. Ibidem, p. 17.

73. Ibidem, p. 23.

74. Ibidem, pp. 30 et 31.

75. VITORIA p. 75 ; Q.94, a.1.

comme si elle cherchait à acquérir une vision de nuit, selon l'expression d'Aristote ». Mais Vitoria reprend encore Thomas d'Aquin pour souligner que selon lui la loi est principalement gravée dans le cœur des hommes avant d'être écrite, et il cite saint Paul :

« C'est vous qui êtes notre lettre, écrite dans nos cœurs, connue et lue de tous les hommes. Vous êtes manifestement une lettre du Christ, écrite, par notre ministère, non avec de l'encre, mais avec l'Esprit du Dieu vivant, non sur des tables de pierre, mais sur des tables de chair, sur les cœurs⁷⁶... »

Et c'est pourquoi l'apôtre Paul est le premier à reconnaître l'universalité du salut parce que chrétiens et païens ont tous dans le cœur la loi naturelle. Elle n'est pas réservée aux juifs.

Le nominalisme déborde le cadre du droit naturel pour aborder celui de la morale et de la philosophie, il s'occupe des droits de chacun, de la *potestas* de chacun sur les choses là où le droit naturel était plus attaché au rapport entre les hommes et à l'harmonie sociale. Paradoxalement, il renforce le pouvoir civil qui n'est plus borné par la recherche du juste dont l'objet était tout entier celui du droit naturel. Il annonce le contrat social et le courant libéral que la réforme protestante et l'humanisme favoriseront.

À la recherche d'un compromis

Contre la Réforme, un courant intellectuel catholique s'essaie à trouver un compromis avec l'individualisme nominaliste tout en conservant et confortant le droit naturel, notamment en Espagne avec le dominicain Vitoria et le jésuite

76. *Corinthiens* 3.

Suarez. Vitoria reste très attaché à l'enseignement thomiste qu'il commente dans ses cours à Salamanque de 1526 à 1546. Il s'oppose tout à la fois aux thèses contemporaines de Luther et à la philosophie nominaliste la plus radicale. Mais en même temps, il est déjà moderne et pense le monde nouveau qui s'ouvre à d'autres horizons et engendre de nouvelles frontières. Alors qu'Aristote ne pensait le droit que dans la cité, Vitoria conçoit les règles qui doivent régir les relations entre les États, il élabore le droit des gens comme une sorte de morale commune, un ensemble de dispositions universelles et susceptibles d'être admises universellement comme la liberté des mers, les droits des ambassadeurs... Il défend le droit des Indiens et leur reconnaissance en tant que communauté ayant droit à son autonomie. Suarez s'efforce de concilier les visions de l'ordre naturel aristotélicien et celui des nominalistes qui se réfère à l'individu. C'est ce que tente Vitoria en considérant la communauté politique comme une communauté poursuivant sa fin propre dans l'intérêt des individus :

« ...cités et républiques [...] sont, pour ainsi dire, l'œuvre de la nature qui a fourni aux hommes ce moyen de protection et de conservation⁷⁷. »

La société est un instrument nécessaire à la sociabilité humaine car l'homme est un animal social qui a besoin de la société non seulement pour être plus fort face aux périls extérieurs, mais aussi pour parfaire sa propre humanité en satisfaisant aux besoins naturels de celle-ci en matière d'amitié, de communication avec ses semblables et plus généralement de communauté.

77. Vitoria, *Leçons sur le pouvoir civil*, Paris, Vrin, 1980, cité par Jean-François COURTINE, *Nature et empire de la loi, études suarésiennes*, Vrin, 1999, p. 127.

Mais à peine un siècle plus tard, Suarez se situe beaucoup plus en rupture avec la scolastique. À la conception de la nature humaine d'Aristote selon laquelle chacun agit en fonction de sa propre fin, l'Acquinatense avait ajouté que : « Tout désire la ressemblance divine comme sa fin dernière⁷⁸. » L'homme était alors considéré comme cet être aspiré vers un infini qu'il ne savait pas atteindre mais vers lequel il vivait d'autant mieux qu'il était toujours tendu en vue de sa réalisation. Suarez en prend le contre-pied ; il déconnecte l'homme, la nature humaine de la grâce ou plutôt du don de la grâce ; il fait de la nature humaine quelque chose d'autonome et de l'homme quelqu'un capable d'atteindre sa propre fin par lui-même. L'homme moderne est advenu et la rupture avec la pensée aristotélicienne est consommée. Les plans du naturel et du surnaturel sont définitivement dissociés et, dit Jean-François Courtine, « il devient possible de constituer, comme le fait magistralement Suarez justement, une ontologie et une anthropologie indépendantes⁷⁹ ».

Cette évolution a eu une grande influence sur l'approche du bien commun. La pensée thomiste classique considérait que le but du législateur était bien la recherche du bien commun, ce qui faisait l'objet d'une vertu spécifique : la justice légale (*justitia legalis*), mais cet accomplissement du bien commun était lui-même subordonné à la poursuite d'une fin dernière d'un autre ordre. Désormais Suarez affirme l'autonomie du pouvoir civil et la possibilité que la loi civile concoure seule au bien commun :

« La puissance civile législatrice, même considérée selon la pure nature, n'a pas pour fin intrinsèque et visée par soi

78. *Somme contre les Gentils*, III, 24, 6.

79. Jean-François COURTINE, *Nature et empire de la loi, études suarésiennes*, Vrin, 1999, pp. 56/57.

la félicité supranaturelle de la vie future ; mais sa fin est la félicité naturelle de la communauté humaine parfaite dont cette puissance a soin, de telle sorte que les citoyens vivent dans cette félicité, c'est-à-dire en paix et dans la justice, et avec des biens en suffisance qui regardent à la conservation et à la commodité de la vie corporelle, et avec cette honnêteté des mœurs qui est nécessaire à cette paix extérieure, à titre de félicité de la République et de conservation qui convient à la nature humaine⁸⁰. »

La perfection de l'ordre divin est transposée dans l'ordre temporel pour y devenir possible de par l'action de l'État. Le germe est semé pour faire lever quelques siècles plus tard la tentation hégémonique du pouvoir libéré de toute référence à une raison qui lui soit antérieure ou d'une nature transcendante.

La loi change elle-même de nature. Certes, Suarez reconnaît encore qu'il existe une loi naturelle inscrite au cœur de l'homme et que la raison peut reconnaître. Mais la loi humaine, celle qui s'impose aux hommes est celle qui est déterminée par la volonté du souverain et la raison commande que cette loi positive ait précisément force et valeur de loi, mais la volonté du souverain n'est pas soumise à la raison.

« Il faut comprendre, écrit Suarez, que la *lex Regia* a été constituée par le moyen d'un pacte par lequel le peuple a transféré son pouvoir au prince à charge et obligation pour lui de prendre soin de la République et d'administrer la justice, et que le prince a accepté aussi bien le pouvoir que sa condition⁸¹. »

80. *De Legibus* III, 11, 7, cité Jean-François COURTINE, *ibidem*, p. 58.

81. *Principatus politicus*, II, 12 ; cité par Jean-François COURTINE, *ibidem*, p. 147.

Certes le roi n'est pas sans obligations. Mais qui le contrôlera ?
Thomas d'Aquin ordonnait la loi au bien commun :

« La loi n'est pas autre chose qu'une ordination de la raison en vue du bien commun, établie par celui qui a la charge de la communauté, et promulguée⁸². »

Désormais la raison de la loi n'est plus que celle du commandement d'une autorité légitime et reconnue, celle du décret de sa volonté, une autorité à laquelle tout pouvoir sera remis. Car si Suarez considère qu'à l'origine la souveraineté vient de Dieu mais par le peuple, *a deo per populum*, qu'elle appartient au peuple en tant que communauté politique, il établit que le peuple l'abandonne ensuite au souverain. Il apparaît ainsi en quelque sorte comme le premier théoricien du contrat social sauf que le contrat d'origine qu'il envisage est celui du peuple avec son suzerain par lequel celui-là remet son pouvoir à celui-ci. Il annonce la modernité en considérant que « le peuple est la source de l'autorité des souverains⁸³ », mais il anticipe Rousseau et Hobbes en soutenant que le peuple aliène ensuite totalement et définitivement son pouvoir entre les mains de l'autorité royale à laquelle il se soumet comme un esclave à son maître.

Certes ce pacte du peuple qui a institué l'autorité est un pacte d'origine qui lie le peuple à perpétuité, mais il s'agit dans le concept d'un pouvoir issu de la volonté des individus. À ceux-ci d'ailleurs il attribue désormais des droits. Le droit devient pouvoir de domination, le droit exercé sur les choses, voire sur sa propre liberté. Déjà sont réunis les éléments qui vont permettre aux juristes modernes de repenser le droit à partir des droits subjectifs définis et édictés par la loi. Là où,

82. Ia IIae, qu.90, a. 4.

83. Jean-François COURTINE, *ibidem*, p. 24.

encore chez Vitoria, le *jus* l'emportait sur la *lex*, c'est désormais l'inverse. Jean-François Courtine conclut à juste titre :

« Une des conséquences de cette inflexion “volontariste” dans la définition de la loi et de son obligation, c'est le positivisme juridique et l'apparition d'un absolutisme d'État, face auquel il faudra alors organiser des contrôles externes, en s'efforçant d'assigner des limites à sa souveraineté⁸⁴... »

De la Réforme à la servitude volontaire

La grande intuition de Luther est que le salut ne vient pas des œuvres, mais de la foi. Le droit est donc peu de chose pour lui : au début de sa révolte, il brûle les Décrétales, le symbole de la loi romaine. La seule bonne justice est celle édictée par la loi divine et les Écritures qui la révèlent. Mais dans le monde imparfait des hommes pécheurs, il faut du droit pour régler les affaires temporelles et l'édition de ce droit est laissée à ceux dont c'est la fonction séculière, empereurs, princes et autres autorités auxquels chacun doit obéissance. La loi positive devient gardien de la paix plutôt que recherche du juste qui n'appartient qu'à Dieu. Les sujets doivent donc désormais supporter la loi, fût-elle injuste. Il n'y a plus de droit de résistance, l'individu perd ses garanties face au pouvoir. Paradoxalement, le primat de la parole de Dieu et la méfiance à l'égard de toute loi des hommes pécheurs conduit à livrer ceux-ci aux lois omnipotentes des autorités constituées.

Calvin à son tour voudrait régler la vie des hommes sur la loi positive divine et sait qu'il ne le peut pas. Mais il fait primer la morale sociale inspirée de l'Écriture sainte et marginalise le droit. Comme par un retour à la conception judaïque de la

84. Ibidem, p. 66.

loi, la loi morale l'emporte tandis que le droit conçu comme répartition des biens et des fonctions entre les citoyens est abandonné à la souveraineté absolue des autorités temporelles. Et au Prince, l'obéissance absolue est due car son autorité vient elle-même de Dieu. Ainsi s'institue un droit positif, celui du Prince que l'exigence du juste ne vient plus borner. Plus exactement d'ailleurs, le Prince a bien un devoir de respecter ses sujets, de créer un ordre juste, mais s'il enfreint ce précepte, nul ne peut le lui reprocher sinon pour lui rappeler qu'il aura à en rendre compte un jour dans l'autre monde.

Dans l'esprit d'un stoïcisme retrouvé, l'humanisme élabore un droit nouveau empreint de morale et qui est institué par la raison et s'inscrit dans la loi. La révolution nominaliste fait prévaloir le singulier sur l'ordre social dans la détermination des droits. La réaction protestante est très respectueuse des individus. Althusius (1557-1638), calviniste de stricte obéissance, construit son système à partir de la loi divine révélée, qui est surtout une loi morale, et de la loi rationnelle des hommes établie par les communautés pour le service de l'intérêt des particuliers ou de leurs intérêts communs. Althusius redéfinit aussi la souveraineté, plus proche des Anciens et de la culture germanique. Il la repense « comme le droit de l'association universelle... dont le magistrat suprême n'est que « l'administrateur, le superviseur et le gouverneur⁸⁵. » Il est le premier peut-être à conceptualiser la subsidiarité dont le modèle sera élaboré à la fin du XIX^e siècle par Mgr von Kettler en réaction à la centralisation bismarckienne. Le pouvoir a pour vocation de coordonner, de rassembler sans unifier. Il doit respecter les différences, la diversité des hommes et des territoires, des villes et des comtés... Grotius (1583-1645), calviniste libéral, présume l'idéalisme moderne en construisant

85. G. DEMELEMESTRE, *Les deux souverainetés et leur destin – Le tournant Bodin – Althusius*, Éditions du Cerf, La nuit surveillée, 2011, p. 132.

une science du droit séparée des faits. Ce que Dieu édicte est ce qui est juste, mais Dieu a inscrit au cœur de l'homme une loi commune qui vaut pour tous les hommes, même au-delà des frontières et qui aurait la même valeur si Dieu n'existait pas. Cette loi prescrit à chacun de se conserver soi-même; elle permet à chacun de s'appropriier les choses utiles à la vie; elle interdit de nuire aux autres, d'occuper la propriété des autres; elle oblige à tenir ses promesses et à réparer les dommages causés aux autres. Ces règles de droit sont donc tirées de la nature de l'homme qui n'est plus la nature externe, mais la nature propre de chaque homme, celle-ci étant au demeurant inclinée à vivre avec ses semblables, l'homme ayant naturellement un désir de société. Ainsi se conçoit le droit des gens, une sorte de morale universelle qui est l'instrument de l'ordre et de la paix sociale. À partir des axiomes premiers de cette morale rationnelle s'élabore une série déductive de normes juridiques rassemblées dans des lois qui s'imposent aux citoyens et qui les protègent. Le positivisme est installé au cœur du système juridique à partir des règles morales que la raison permet de découvrir dans la nature des hommes.

Hobbes (1588-1679) est lui aussi imprégné d'enseignement protestant. Il est fils d'un pasteur anglais. Mais s'il reconnaît la primauté de la loi divine, c'est aussitôt pour demander de ne pas mélanger le domaine de la foi et celui de la philosophie bâtie sur la raison, celui d'un droit établi sur la base des volontés et des appétits des individus. L'homme est naturellement libre plutôt que social par nature. Le droit de nature de chacun est la liberté qu'il a d'user de son propre pouvoir, comme il le souhaite, pour la préservation de sa nature, c'est-à-dire de sa propre vie et par voie de conséquence de faire ce qu'il jugera de meilleur à cet effet selon son jugement et sa raison (cf. *Léviathan*, XXV). Le droit devient une qualité du sujet, un attribut du sujet, un droit subjectif. L'individu

a le droit de faire tout ce que la loi ne lui interdit pas. Mais en même temps et parce que l'état de nature est celui de la jungle, de la guerre de tous contre tous, les hommes doivent s'en remettre, par un contrat factice, à une autorité souveraine capable d'instaurer l'ordre par la loi. *Auctoritas non veritas facit legem* écrit-il (Léviathan, XXVI). La loi revient à la seule volonté du souverain qui permet la tranquillité, la sécurité et l'ordre. Le souverain est un nouveau dieu à l'égard duquel les citoyens n'ont plus aucun droit de résistance. C'est ce qu'annonçait Bodin dans une conception plus conservatrice. Pour celui-ci, le souverain qui détient la *majestas* fait plus qu'exercer un pouvoir, il engendre une collectivité humaine justement ordonnée,

« La puissance souveraine et partant le corps politique dans son intégralité deviennent étrangers, extérieurs à la société, puisqu'ils sont ce qui la permet⁸⁶. »

Bodin qui institue le pouvoir absolu demande toutefois avec force que le souverain respecte ses engagements et soutient que le souverain ne peut pas non plus s'approprier les biens privés: il ne peut pas déposséder autrui parce qu'il est assujéti au droit naturel et c'est pourquoi il ne peut soumettre ses sujets à aucune taxe sans leur consentement. Mais il est difficile de s'en remettre entièrement au souverain sans que celui-ci ne dévore bientôt ceux qui s'y sont abandonnés.

La prééminence de l'individu devait conduire à une autre forme de domination de la société. Pour gouverner les individus libres comme des électrons désordonnés, des philosophes comme Hobbes ou Rousseau redonneront à la Cité ou

86. G. DEMELEMESTRE, *ibidem*, p. 25.

à ses chefs le pouvoir que la philosophie antique attribuait au droit.

«La cause finale, le but, le dessein, que poursuivirent les hommes, eux qui par nature aiment la liberté, et l'empire exercé sur autrui, lorsqu'ils se sont imposés ces restrictions au sein desquelles on les voit vivre dans les Républiques, écrit Hobbes, 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, je l'ai montré, la conséquence nécessaire 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 châtimens, 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 la 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 LEVIATHAN, ou plutôt pour en parler avec plus de révérence, de ce dieu mortel, auquel nous devons, sous le Dieu immortel, notre paix et notre protection⁸⁷. »

Cet acte fondateur de la République moderne n'est autre en définitive, selon Hobbes, que celui par lequel les Hommes qui sont capables de liberté l'abandonnent tout aussitôt qu'ils la reconnaissent pour se soumettre à la collectivité ou plus encore à ceux qui sont appelés à la diriger. De la même manière, c'est une liberté bien fugace que Rousseau offre aux hommes auxquels il propose d'aliéner tous leurs droits à toute la communauté. Dans un cas comme dans l'autre, l'individu n'a pas le temps de faire prévaloir ses droits ou son bien. Et ce n'est même pas le bien commun qui l'emporte mais plutôt une sorte de nécessité liée au caractère ingouvernable des Hommes et l'obligation qu'ils ont de se soumettre. Rousseau essaye de croire ou de faire croire que cet abandon est libre, qu'il n'est qu'un échange. Mais il ne s'agit bien que d'un échange sans retour, d'un droit exercé pour le perdre à tout jamais.

« Je suppose, écrit Rousseau pour sa part, les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent par leur résistance sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister, et

87. T. HOBBS, *Léviathan*, Chapitre XVII.

le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être. Or comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen pour se conserver que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert.

Cette somme de forces ne peut naître que du concours de plusieurs : mais la force et la liberté de chaque homme étant les premiers instruments de sa conservation, comment les engagera-t-il sans se nuire, et sans négliger les soins qu'il se doit ? Cette difficulté ramenée à mon sujet peut s'énoncer en ces termes : "Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant." Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.

Les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet ; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues ; jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça. Ces clauses bien entendues se réduisent toutes à une seule, savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. Car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres.

De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle ne peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer : car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge prétendrait bientôt l'être en tous, l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine. Enfin chacun se donnant à tous ne se donne à personne, et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a.

Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout.

À l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait autrefois le nom de Cité, et prend maintenant celui de République ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres État quand il est passif, Souverain quand il est actif, Puissance en le comparant à ses semblables. À l'égard des associés ils prennent collectivement le nom de Peuple, et s'appellent en particulier citoyens comme participants à l'autorité souveraine, et sujets comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent

l'un pour l'autre ; il suffit de les savoir distinguer quand ils sont employés dans toute leur précision⁸⁸. »

L'effort qui avait été fait pour préserver le droit naturel en le libérant de la théologie a été préempté en quelque sorte par ceux qui ont fait reposer le droit sur la seule volonté du souverain, que celui-ci soit un roi ou le peuple. Les mânes du nominalisme resurgiront à bien des égards dans le positivisme de Bentham en Angleterre ou celui du XIX^e siècle en France avec l'École de l'exégèse, strictement attachée à la lettre des codes, ou en Allemagne avec notamment Gerber et Laband pour lesquels le droit devait devenir purement scientifique, une doctrine pour laquelle le juridique se déduit du juridique⁸⁹, ou plus encore avec Kelsen au début du XX^e siècle qui considère que

« Les normes dictant la conduite humaine ne peuvent émaner que d'une volonté et cette volonté ne peut être qu'humaine⁹⁰... »

Curieusement, l'abandon du droit aux seuls mots de la loi conduira à des excès divers et opposés, ceux des contempteurs du règne du droit ou ceux des penseurs contemporains de l'égalité universelle. Carl Schmitt, le philosophe du droit du régime hitlérien dénigre ce qu'il désigne comme le règne de la loi pour le remplacer par le Nomos-Roi qui est l'ordre concret voulu et instauré par le Führer, une fusion de la politique et de la religion, un retour à l'unité dont le rêve hante l'idéologie qu'elle soit nationale-socialiste ou socialo-marxiste. Il en

88. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Le Contrat social*, Livre I, chapitre VI.

89. Cf. *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne* par Olivier JOUANJAN, PUF, Léviathan, 2005, pp. 187 sq.

90. Hans KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, Éditions Markus Haller, 2012, p. 87.

réfère à Hölderlin qui écrit dans une note de sa traduction de Pindare qui parle de Nomos Basileus :

« Le Nomos, la Loi, est ici la discipline, dans la mesure où celle-ci est la figure dans laquelle l'homme se trouve en présence de lui-même et rencontre le dieu, il est l'Église et la loi étatique, ainsi que les statuts hérités depuis fort longtemps, qui conservent plus rigoureusement que l'Art les conditions vivantes dans lesquelles un peuple s'est trouvé et se trouve en présence de lui-même⁹¹. »

Une forme d'ésotérisme irréaliste qui conduira aux pires folies humaines comme pourrait y conduire cet autre versant de l'idéologie qui est ce penchant immodéré pour l'égalité.

91. Cf Carl SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, PUF, 2014, p. 107 - 108.

CHAPITRE V L'OBSESSION MALADIVE DE L'ÉGALITÉ

La passion du nivellement et de l'uniformité est celle qui l'emporte aujourd'hui ; elle est la base de tout discours politiquement correct, l'alpha et l'oméga de toute politique. Et pourtant cette passion est dévastatrice de la société. Érigée en monument de la pensée sociale, elle détruit les fondements mêmes du progrès social et tend à appauvrir les plus démunis plutôt que de les secourir. En condamnant l'enrichissement et la propriété, elle tue le moteur de l'humanité en marche et l'immobilise dans les déserts d'une fausse bonne conscience écologique et d'une morale primaire. Jean-Jacques Rousseau en est encore l'une des sources dans sa vision confuse d'une société encore attachée à la propriété mais déjà abandonnée au pouvoir de l'État dont il condamne pourtant l'appétit fiscal.

Jean-Jacques Rousseau ou l'impôt niveleur

Rousseau développe une théorie toute d'ambiguïté en matière d'impôt. L'économie n'est pas son domaine privilégié et sa publication en 1755 de l'article « Économie (Morale et Politique) » dans le tome V de l'*Encyclopédie* de Diderot peut surprendre. Ce texte court d'une quarantaine de pages, publié ensuite en 1758 sous le titre de *Discours sur l'économie politique*, est consacré pour une large part aux impôts.

De prime abord, Rousseau ne justifie l'impôt qu'*a minima*, comme la nécessité qui doit prévaloir pour obtenir les services de l'État, comme un impôt consenti en échange de la sécurité.

« Il est certain que le droit de propriété est le plus sacré de tous les droits des citoyens, et plus important à certains égards que la liberté même ; soit parce qu'il tient de plus près à la conservation de la vie ; soit parce que les biens étant plus faciles à usurper et plus pénibles à défendre que la personne, on doit plus respecter ce qui se peut ravir plus aisément ; soit enfin parce que la propriété est le vrai fondement de la société civile, et le vrai garant des engagements des citoyens : car si les biens ne répondaient pas des personnes, rien ne serait si facile que d'éluider ses devoirs et de se moquer des lois. D'un autre côté, il n'est pas moins sûr que le maintien de l'État et du gouvernement exige des frais et de la dépense ; et comme quiconque accorde la fin ne peut refuser les moyens, il s'ensuit que les membres de la société doivent contribuer de leurs biens à son entretien. De plus, il est difficile d'assurer d'un côté la propriété des particuliers sans l'attaquer d'un autre, et il n'est pas possible que tous les règlements qui regardent l'ordre des successions, les testaments, les contrats, ne gênent les citoyens à certains égards sur la disposition de leur propre bien, et par conséquent sur leur droit de propriété⁹². »

L'auteur du *Contrat Social* apparaît presque en adepte de Locke. Il considère que toute imposition doit respecter la propriété et ne peut être légitime que si elle est soumise au consentement du peuple et si elle est proportionnée :

92. Cf *Discours sur l'économie politique*, Éditions Vrin, 2002, p. 65.

« Il faut se ressouvenir ici que le fondement du pacte social est la propriété, et sa première condition, que chacun soit maintenu dans la paisible jouissance de ce qui lui appartient. Il est vrai que par le même traité chacun s'oblige, au moins tacitement, à se cotiser dans les besoins publics ; mais cet engagement ne pouvant nuire à la loi fondamentale, et supposant l'évidence du besoin reconnue par les contribuables, on voit que pour être légitime, cette cotisation doit être volontaire, non d'une volonté particulière, comme s'il était nécessaire d'avoir le consentement de chaque citoyen, et qu'il ne dût fournir que ce qu'il lui plaît, ce qui serait directement contre l'esprit de la confédération, mais d'une volonté générale, à la pluralité des voix, et sur un tarif proportionnel qui ne laisse rien d'arbitraire à l'imposition⁹³. »

Par d'autres aspects, il est archaïque, vantant les mérites du paiement des impôts en nature, regrettant le temps où les dépenses publiques étaient assurées par le Roi avec les produits de son domaine. Il surprend encore en plaidant pour un état maigre et peu dispendieux, comme les « gouvernements anciens, qui faisaient plus avec leur parcimonie, que les nôtres avec tous leurs trésors⁹⁴. »

Mais dans ce fatras qui n'a guère pour seul mérite que d'introduire, après Montchrestien, le mot même d'économie politique dans le débat intellectuel, Rousseau s'impose déjà comme l'idéologue du *Contrat Social* en revendiquant pour la Volonté Générale, sorte de *Deus ex machina*, le droit d'imposer qui devient bientôt un moyen d'éviter les inégalités.

« C'est donc une des plus importantes affaires du gouvernement, de prévenir l'extrême inégalité des fortunes, non en

93. Ibidem, pp. 72 et 73.

94. Ibidem, p. 69.

enlevant les trésors à leurs possesseurs, mais en ôtant à tous les moyens d'en accumuler, ni en bâtissant des hôpitaux pour les pauvres, mais en garantissant les citoyens de le devenir »⁹⁵

et l'impôt va permettre d'y pourvoir au travers d'une proportionnalité très progressive, voire confiscatoire :

« Premièrement on doit considérer le rapport des quantités, selon lequel, toutes choses égales, celui qui a dix fois plus de bien qu'un autre, doit payer dix fois plus que lui. Secondement, le rapport des usages, c'est-à-dire la distinction du nécessaire et du superflu. Celui qui n'a que le simple nécessaire, ne doit rien payer du tout; la taxe de celui qui a du superflu, peut aller au besoin jusqu'à la concurrence de tout ce qui excède son nécessaire⁹⁶. »

Amartya Sen, prix nobel d'économie, a relevé que désormais les doctrines sociales ou économiques doivent obligatoirement avoir un objectif d'égalitarisme pour être acceptables. Et il se demande « pourquoi tant de théories éthiques de l'organisation sociale absolument différentes sur le fond ont le trait commun d'exiger l'égalité de quelque chose – de quelque chose d'important⁹⁷. » Il imagine qu'il s'agit peut-être de répondre à une sorte d'impératif kantien supposant que tout raisonnement social aurait besoin d'être crédible à l'égard des autres, de tous les autres, et ne saurait l'être sans s'appuyer d'une manière ou d'une autre sur un principe d'égalité.

Rawls soumet la bonne justice à une obligation de réduction des inégalités, en définissant le bien suprême comme l'égalité, son libéralisme n'étant en définitive limité qu'à l'acceptation

95. Ibidem, p. 59.

96. Ibidem, p. 74.

97. A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Éditions du seuil, 2012, pp. 42/43.

des inégalités dont la suppression n'améliore pas le sort des plus démunis. Il y a là comme une sorte de nouvelle tyrannie qui n'a rien de libéral et selon laquelle des vérités assénées et aléatoires s'imposent à la communauté. Ce pseudo-libéralisme est d'ailleurs celui des sociétés occidentales postmodernes tout entières qui se refusent à définir le bien pour mieux asséner leur propre vérité, définir leur modèle de pensée politiquement correct en dehors duquel il n'est point de salut républicain, c'est-à-dire de salut tout court.

Dans sa théorie de la justice comme équité, John Rawls met l'égalité relative au cœur de toute justice en considérant que toute mesure politique n'est bonne que si elle permet d'améliorer le sort des plus défavorisés, que l'inégalité n'est justifiée que pour autant qu'elle contribue à l'amélioration du sort des plus démunis, que :

« Ceux qui ont été favorisés par la nature, quels qu'ils soient, peuvent tirer avantage de leur chance à condition seulement que cela améliore la situation des moins bien lotis. Ceux qui sont avantagés par la nature ne doivent pas en profiter simplement parce qu'ils sont plus doués, mais seulement pour couvrir les frais de formation et d'éducation et pour utiliser leurs dons de façon à aider aussi les plus désavantagés⁹⁸. »

Il demande donc que les inégalités non méritées soient corrigées, que des compensations soient apportées aux inégalités de naissance et aux dons naturels qui sont immérités. Il va jusqu'à envisager qu'il soit consacré plus de ressources à l'éducation des moins intelligents qu'à celle des intelligents, du moins pendant les premières années d'école. John Rawls écrit encore que :

98. *Théorie de la justice*, Éditions Points, 2009, p. 132 .

« Les deux principes de justice s'énoncent comme suit : Chaque personne a un droit égal à un système pleinement adéquat de libertés de base égales pour tous, qui soit compatible avec un même système de libertés pour tous.

Les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire à deux conditions : a/ elles doivent d'abord être attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans des conditions de juste (fair) égalité des chances, et b / elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société⁹⁹. »

Le droit, selon Rawls, relève de cette obsession égalitaire que partage désormais le monde occidental sans doute fatigué de s'être si longtemps battu pour faire progresser l'humanité. Elle est relayée par exemple par Arthur M. Okun qui dit : « Abstraction faite des coûts et des conséquences, je préférerais plus d'égalité de revenus que moins et j'aimerais encore mieux que tout une égalité totale¹⁰⁰ », même si A.M. Okun finit par conclure qu'il faut accepter l'inégalité parce qu'elle est efficace. En réalité, il n'accepte l'inégalité que par nécessité et, d'une certaine manière, contre sa moralité, alors que l'inégalité n'est pas morale ou immorale en soi mais elle est le fruit de la liberté qui est morale en soi.

Et pourtant, l'égalité n'est pas le seul fléau possible de la juste balance, elle n'est pas la seule référence possible du droit, mais plutôt une parmi d'autres. La justice pourrait poursuivre le but de respecter les situations ou les patrimoines de chacun plutôt que de les égaliser. Robert Nozick par exemple répond à Rawls à juste titre que :

99. *Libéralisme politique*, PUF, Quadrige, 2001, p. 347.

100. *Equality and Efficiency, the Big Tradeoff*, The Brookings Institution, 1975, p. 47.

« La vie, au fil du temps, n'est pas un jeu à somme constante, dans lequel si de plus grosses capacités ou de plus grands efforts permettent à certains d'obtenir davantage, cela signifie que d'autres doivent perdre. Dans une société libre, les talents des uns bénéficient à d'autres et pas seulement à eux-mêmes. Est-ce l'extraction d'un plus grand avantage pour les autres qui est censée justifier que l'on traite les actifs naturels des personnes comme une ressource collective? Qu'est-ce qui justifie cette extraction¹⁰¹? »

Pourquoi les avoirs ne devraient-ils pas dépendre partiellement des dotations naturelles?, demande-t-il. Rawls répond que ces dotations et actifs naturels étant immérités sont « arbitraires d'un point de vue moral » et que même s'il n'est pas utopiste ou irréaliste au point de les récuser ou de vouloir les supprimer, il propose de les accepter et de les justifier pour autant qu'elles soient utiles à la collectivité en quelque sorte et contribuant à améliorer la situation de ceux qui sont moins bien lotis. Mais il ne s'agit que d'un point de vue partant du postulat que la réduction des inégalités est le nord du compas de la justice. Il peut être tout aussi bien envisagé que le respect de la propriété soit un autre nord d'une autre boussole de la justice. Et l'égalité elle-même n'est pas facile à mesurer. Les économistes Algan, Cahuc et Zylberberg constatent que les Français sont ceux des Européens qui, avec les Portugais, se sentent les plus malheureux et sont les plus angoissés alors même qu'en France le niveau de revenu est du même ordre que celui de nos principaux partenaires européens et que le taux de pauvreté y est plutôt plus faible qu'ailleurs, même s'il est en soi toujours trop élevé.

101. Robert Nozick, *Anarchie, État et Utopie*, PUF, 2008, p. 282.

« Et si nous étions tous riches, demandent-ils ? Si nos revenus étaient multipliés par deux du jour au lendemain ? Serions-nous plus heureux ? On peut en douter. Aujourd'hui nous sommes dix fois plus riches, travaillons deux fois moins et vivons trente ans de plus qu'il y a seulement un siècle. Comment se fait-il qu'une si grande partie d'entre nous soient si peu satisfaits de leur vie alors que nous bénéficions d'une aisance matérielle et d'un état de santé inimaginables il y a un siècle¹⁰². »

C'est l'inégalité, considèrent-ils, qui rend ainsi les Français si négatifs alors même que « si l'on suit l'évolution du niveau de vie des 10 % les plus riches et des 10 % les plus pauvres, on constate que l'écart s'est réduit en réalité entre 1970 et 1980... de 4,6 fois... à 3,5... et il est relativement stable depuis cette date¹⁰³. » Il s'agit donc d'une perception de l'inégalité que les habitants d'autres pays ne ressentent pas alors même que les écarts de revenu peuvent y être, et y sont généralement, plus importants.

Par ailleurs, et même en admettant qu'il faut accorder de l'importance à l'établissement d'une certaine égalité, comme l'observe Amartya Sen, l'égalité requise comme référent peut être de différents champs : égalité des libertés ou des biens premiers (Rawls), des droits (Nozick), des ressources (Dworkin)... L'égalité recherchée dans un des champs choisis peut créer de l'inégalité dans un autre. Par exemple, l'égalisation des revenus peut se faire au détriment de la liberté de certains individus ou attenter à leurs droits. Finalement, le risque est qu'il soit difficile, voire impossible, de parvenir à un accord sur la nature de la « société juste ». A. Sen prend l'exemple de trois enfants qui se disputent une flûte. Anne

102. *La fabrique de la défiance*, Albin Michel, 2012, p. 33.

103. *Ibidem*, p. 47.

la revendique parce qu'elle est la seule à savoir en jouer, Bob parce qu'il est pauvre et n'a pas d'autre jouet, Carla parce qu'elle l'a fabriquée. Selon les principes de l'égalitarisme, il conviendrait de l'attribuer à Bob pour réduire l'écart de ressources qu'il subit avec les autres enfants. Une doctrine utilitariste la donnerait à Anne qui en ferait le meilleur usage et en tirerait le maximum de plaisir puisqu'elle sait en jouer. Mais dans une perspective libérale, la flûte devrait revenir à Carla qui l'a fabriquée. Chaque revendication est fondée dans un système, aucun d'eux n'étant dénué de valeur. Tout n'est pas relatif pour autant.

S'il y a une justice, et il n'y a pas de raison qu'il n'y en ait pas, elle n'est pas toujours d'évidence, elle ne fait pas toujours l'unanimité, elle est marquée du sceau de l'imperfection humaine, de l'ignorance des hommes, de leurs différences. Et c'est toujours une erreur de la vouloir unique, homogène, uniforme, trempée dans un même moule tandis que les hommes sont par nature différents et inégaux.

Piketty ou les avatars d'un nouveau matérialisme scientifique

C'est pourtant un retour en force de cette obsession égalitaire que marque Thomas Piketty en ce début de XXI^e siècle malgré les échecs sanglants de toutes les idéologies égalitaires du siècle précédent. Dans son ouvrage, *Le capital au XXI^e siècle*, aussi imposant que sa précédente somme sur *Les hauts revenus en France au XX^e siècle*, Thomas Piketty amasse de très nombreuses données sur l'évolution des patrimoines dans plusieurs pays européens et aux États-Unis. Ces informations permettent de mieux connaître le rapport de nos sociétés au capital et la distance entre les plus riches et les plus pauvres. Sauf que l'auteur en fait un usage trompeur, dénaturé

à la manière du matérialisme scientifique du XIX^e siècle. À la façon des auteurs marxistes, il élève son discours à la prétention d'une démonstration scientifique. Il ne veut pas seulement convaincre, il veut asséner une vérité, la sienne, dont les formules mathématiques qu'il présente seraient la raison. Certes, il indique « qu'il faut se méfier de tout déterminisme économique en cette matière¹⁰⁴ », mais il utilise l'économétrie pour annoncer la répartition des richesses attendue au XXI^e siècle comme s'il n'avait guère de risques, voire aucun, de se tromper. Et ce tableau considère que l'écart entre riches et pauvres tendra à s'élargir inéluctablement, quand bien même il reconnaît que ce fut l'inverse au XX^e siècle. Il poursuit les courbes comme Malthus au XVIII^e siècle ou le Club de Rome dans les années 1970 le faisaient pour prédire que le monde entier allait mourir de faim ! Il conteste la courbe en cloche des inégalités de Kutznets pour tracer d'autres lignes qui méconnaissent l'humain. Il note que « Marx a totalement négligé la possibilité d'un progrès technique et d'une croissance continue de la productivité » (ibidem, p. 28) dans sa théorie d'une accumulation infinie du capital jusqu'à provoquer la mort du capitalisme, mais il reproduit autrement une théorie de la croissance sans fin des patrimoines.

La croissance infinie des gros patrimoines ou les limites des mathématiques

Son postulat est que l'accroissement inéluctable des écarts de richesse est dû à l'inégalité fondamentale qu'il note $r > g$ où r désigne le rendement du capital (c'est-à-dire ce que rapporte le capital en moyenne au cours d'une année, sous forme de profits, dividendes, intérêts, loyers..., en pourcentage de sa

104. *Le capital au XXI^e siècle*, Éditions Le Seuil, 2013, p. 47.

valeur) et où g représente le taux de croissance (c'est-à-dire l'accroissement annuel du revenu et de la production). Il part du principe que la croissance au cours des deux millénaires précédents a toujours été inférieure à 1 %, voire d'à peine 0,2 à 0,5 % avant le XIX^e siècle et sauf au XX^e siècle où elle a été sensiblement supérieure, alors que tout au long de cette période le rendement du capital s'est situé à un niveau de 4 à 5 % avant impôt, en notant qu'avant le XX^e siècle il n'y avait guère d'impôts sur le patrimoine.

« Lorsque le taux de rendement du capital dépasse significativement le taux de croissance – et nous verrons que cela a presque toujours été le cas dans l'histoire, tout du moins jusqu'au XIX^e siècle, et que cela a de grandes chances de redevenir la norme au XXI^e siècle –, cela implique mécaniquement que les patrimoines issus du passé se recapitalisent plus vite que le rythme de progression de la production et des revenus. Il suffit donc aux héritiers d'épargner une part limitée des revenus de leur capital pour que ce dernier s'accroisse plus vite que l'économie dans son ensemble. Dans ces conditions, il est presque inévitable que... la concentration du capital atteigne des niveaux extrêmement élevés¹⁰⁵... »

Il considère ainsi que l'hyper concentration patrimoniale observée dans les sociétés agraires et traditionnelles, en particulier jusqu'à la première guerre mondiale en Europe, « est liée au fait qu'il s'agit d'économies caractérisées par une faible croissance, et par un taux de rendement du capital nettement et durablement supérieur au taux de croissance... Considérons un monde de croissance faible, par exemple de l'ordre

105. Ibidem, p. 55.

de 0,5 %-1 % par an comme cela était le cas jusqu'aux XVII^e et XIX^e siècles. Le taux de rendement dont nous avons vu qu'il était généralement de l'ordre de 4 %-5 % par an, est par construction beaucoup plus élevé que le taux de croissance dans de telles sociétés. Concrètement, cela signifie que les patrimoines issus du passé se recapitalisent beaucoup plus vite que la croissance de l'économie, y compris en l'absence de tout revenu du travail. Par exemple, si $g = 1 \%$ et $r = 5 \%$, alors il suffit d'épargner un cinquième des revenus du capital... pour qu'un capital hérité de la génération précédente progresse au même rythme que l'économie dans son ensemble¹⁰⁶. » Et bien entendu, dans ce scénario, en épargnant davantage que 1 %, le patrimoine aura tendance à augmenter rapidement.

Le boomerang des mathématiques

Mais la formule mathématique, que Piketty utilise comme la clé magique du sens de l'histoire économique et sociale, semble pécher par son incohérence dans son application dans le temps. Ce nouveau prophète du socialisme avancé soutient sérieusement que le taux de rendement du patrimoine se serait situé à 4 points au-dessus du taux de croissance pendant les vingt siècles passés. Mais si tel était le cas, comment le capital aurait-il pu s'accroître ainsi à des niveaux durablement supérieurs à ceux que permettait la croissance. Car le patrimoine ne peut pas être accaparé par les plus riches, comme le pense Thomas Piketty, au-delà des limites de la richesse existante et dont la croissance mesure, peu ou prou, l'augmentation de l'étendue. Si au cours des vingt siècles écoulés, le patrimoine s'était accru de 4 % par an en moyenne alors que la croissance oscillait à des taux inférieurs à 0,5 %, il se serait avéré bien vite que

106. Ibidem, p. 558.

le patrimoine disponible était insuffisant pour satisfaire à la demande d'augmentation de patrimoine que l'épargne aurait exigé en placement. Ou pour le moins les taux de rendement auraient baissé beaucoup plus vite que ne l'imagine Piketty. En clair, la formule de ce dernier, à l'alpha et l'oméga de sa pseudo-démonstration, est inapplicable sur le long terme.

Certes, il admet que « si les détenteurs de patrimoine dans leur ensemble accroissent leur fortune plus vite que le revenu moyen, alors le rapport capital/revenu aura tendance à augmenter sans limite, ce qui à long terme devrait conduire à une baisse du taux de rendement du capital... En principe, ajoute-t-il, ce processus finit toujours par s'arrêter (quand les détenteurs d'actifs étrangers finissent par posséder la planète entière) mais évidemment cela peut prendre un certain temps. Cela explique pour une large part l'accroissement apparemment sans limite des centiles supérieurs de la hiérarchie britannique et française des patrimoines à la Belle Époque¹⁰⁷. » Parce qu'il n'est pas sot, il évoque l'objection possible, mais parce qu'il est idéologue, il n'en tient pas compte pour faire évoluer sa pensée et ses calculs.

Piketty estime que le rendement du capital oscille sur le long terme dans une fourchette 4 %-5 %, voire 3 %-6 %, avec une légère baisse de 4 %-5 % aux XVIII^e-XIX^e siècle à 3 %-4 % au XX^e siècle. Il observe également que la part des revenus du capital par rapport au revenu national oscille dans la longue durée entre 25 et 40 %, le solde, soit de 75 % à 60 % représentant la part des revenus du travail. Cet écart est évidemment très important et tendrait à évoluer en faveur du travail :

107. Ibidem, p. 573.

« On constate au Royaume-Uni comme en France que la part du capital était de l'ordre de 35 %-40 % du revenu national à la fin du XVIII^e siècle et au XIX^e siècle, avant de tomber à environ 20 %-25 % au milieu du XX^e siècle et au début du XXI^e siècle¹⁰⁸. »

Sur la même période, le rapport du capital au revenu national semble osciller entre 4 et 5 avec une chute à moins de 3 dans les années 1950 après que deux guerres mondiales eurent épuisé le capital et alors que le travail prenait de plus en plus d'importance à l'aube des trente glorieuses.

Piketty admet lui-même que « la valeur totale du stock de capital, mesurée en années de revenu national,— rapport qui mesure l'importance globale du capital dans l'économie et la société —, ne semble pas avoir véritablement changé sur très longue période. Au Royaume-Uni comme en France... le capital national représente environ cinq-six années de revenu national au début des années 2010, soit un niveau à peine inférieur à celui observé aux XVII^e et XIX^e siècles et jusqu'à la première guerre mondiale¹⁰⁹. » Ainsi, en considérant que d'une manière générale le stock de capital reste dans la même proportion, — plus ou moins cinq —, par rapport au revenu national et en considérant que le patrimoine d'un pays, ou du monde, ne peut pas s'accroître dans le long terme plus que la croissance du PIB, il faut nécessairement admettre que la formule de Piketty ne fonctionne pas. Car si le revenu du capital était durablement supérieur de 4 à 5 points à la croissance, cela signifierait qu'en économisant seulement 1 % par an de plus que la croissance sur les 4 ou 5 % de leur rendement annuel, les plus riches ne pourraient plus bientôt trouver de capital où placer leur épargne. En effet, si un capital de 100 est

108. Ibidem, p. 316.

109. Ibidem, p. 259.

investi avec une rentabilité de 1 %, après cent ans, ce capital sera passé de 100 à 270,48 et après deux cents ans, il sera passé de 100 à 731,60. Or il est plus que probable que les personnes les plus riches, qui selon Piketty détiennent l'essentiel du patrimoine, ne consomment pas la totalité de leur revenu car pour s'enrichir elles ont dû épargner et doivent normalement continuer à le faire. Et si elles n'épargnaient qu'un cinquième de leur rendement, elles multiplieraient par sept leurs avoirs en deux cents ans, ce qui ne serait pas possible si ce groupe des plus riches détenait déjà au départ, comme il le suggère, la moitié du patrimoine.

L'économie n'est qu'une science humaine

La réalité est que notre faux prophète méconnaît la réalité. Il oublie tout simplement que la science économique reste une science humaine, faite de l'analyse des comportements mouvants des individus et des réactions parfois inattendues de leur être fragile. Elle est en même temps une science sociale qui reflète l'état de toute une société et en annonce l'évolution. Mais lui néglige ce que cette pâte humaine peut avoir de surprenant, de créateur, d'innovant et de perturbant pour les modèles fondés sur le passé, sur la tendance des courbes qui prolongent l'existant.

Piketty considère que la mobilité salariale a été de faible ampleur¹¹⁰, tout en admettant, évidemment, l'apparition d'une classe moyenne de salariés qui se substitue aux rentiers. Il note, en effet, que « la part du décile supérieur dans le patrimoine national au XX^e siècle s'est faite entièrement au bénéfice des 40 % du milieu et que la part des 50 % les plus pauvres n'a guère évolué ». Ainsi, il existe aujourd'hui une classe moyenne

110. Ibidem, p. 473.

qui possède environ un tiers du patrimoine national. Mais sa stratification en déciles des plus pauvres aux plus riches méconnaît le phénomène central de la porosité des déciles. Il n'analyse pas le transfert des uns aux autres sous l'effet du flux de l'ascenseur social, à la montée comme à la descente. Or cette mobilité sociale est un facteur important, particulièrement dans les sociétés développées et notamment aux États-Unis. Il existe d'abord une évolution entre les déciles en fonction de l'âge, les jeunes étant habituellement plus pauvres et étant capables de grimper l'échelle sociale avec le temps. L'observation est aussi vraie avec les générations, Ron Askin ayant indiqué que, aujourd'hui, deux tiers des Américains ont des revenus supérieurs à ceux de leurs parents au même âge¹¹¹. La Réserve Fédérale de Dallas a produit une étude sur la période 1975/1991 dont il ressort 98 % des foyers pauvres en 1975 ne l'étaient plus en 1991¹¹².

Pour Piketty, les inégalités salariales qui avaient beaucoup baissé dans les années 1950, ont retrouvé une énorme ampleur « parce que les sociétés américaines et britanniques sont devenues beaucoup plus tolérantes face aux rémunérations extrêmes à partir des années 1870-1980¹¹³. » D'une certaine manière, dans les grandes sociétés commerciales et industrielles, les cadres supérieurs ont fini par se fixer à eux-mêmes, dit-il, leur propre salaire. La réalité est probablement en partie celle-ci, mais aussi et en grande partie que la révolution technologique et managériale depuis les années 1970 a conduit les grandes compagnies à dégager d'énormes profits lorsqu'elles étaient bien gérées et que leurs dirigeants ont négocié une appropriation, sans doute légitime, d'une partie de ces bénéfices à leur avantage.

111. Stephen MOORE, *Who is the fairest of them all*, Encounter Books, 2012, p. 50.

112. Ibidem, p. 48.

113. Ibidem, p. 528.

Il part de rendements avant impôts et prise en compte des pertes en capital liées aux guerres. Il reconnaît que le rendement du capital après impôts et pertes en capital¹¹⁴ a été inférieur à la croissance dans les années 1913/2012. Mais il n'en déduit pas moins que les écarts de fortunes vont augmenter au cours du XXI^e siècle pour des raisons qui relèvent de la spéculation doctrinaire.

Piketty ne prend pas en compte le patrimoine que représente la retraite par répartition alors que cela rééquilibrerait sans doute sensiblement les écarts. Pire même, en matière de retraite il condamne sans appel la retraite par capitalisation alors même qu'il insiste sur l'importance des rendements pour les fortunes importantes. Mais curieusement, alors même qu'il s'insurge contre des taux de rendement honteux, excessifs et quasi garantis sans travailler des fortunes privées, dès lors qu'il s'agit du rendement que pourraient obtenir des fonds de pension, il reconnaît que « le taux de rendement du capital est en pratique extrêmement volatil » et « qu'il serait bien hasardeux d'aller placer toutes les cotisations retraites d'un pays sur les marchés financiers mondiaux¹¹⁵ » ! Le paradoxe est là à son comble dans la dénonciation de l'argent facile en faveur du capital qui deviendrait difficile pour le capital de fonds de pension par un miracle étrange qui relève, là, de l'alchimie.

Il ignore surtout ce qui semble le plus important, à savoir l'habileté nécessaire, aujourd'hui d'ailleurs sans doute beaucoup plus qu'hier, pour faire fructifier un patrimoine. Il y a ceux qui ne veulent pas prendre de risques et qui le placent en bons d'État ou à la Caisse d'épargne, et aux taux actuels, ils perdent de l'argent. Il y a ceux qui investissent dans des sociétés nouvelles, mais qui n'ont guère de discernement et

114. Ibidem, p. 565.

115. Ibidem, p. 784.

qui perdent leur capital. Et puis il y a enfin ceux qui ont le sens des affaires et cette habileté propre à certains capitaines d'industrie et financiers. Et au regard de l'importance qu'il paraît nécessaire d'attacher à cette habileté, il faut prendre en compte le multiplicateur que représente aux temps modernes l'allongement de la durée de vie, permettant à ceux qui ont ce don, cette capacité, d'amasser plus longuement, faisant jouer la boule de neige selon laquelle on prête plus facilement aux riches et la richesse contribue à l'enrichissement.

Mais il y a aussi des ruptures dans la lignée des familles. Heureusement peut-être, les fils ne sont pas toujours aussi bons que les pères. La descendance s'étiole le plus souvent et mange, et parfois très vite, la fortune accumulée par la ou les générations précédentes. Au mieux, dit-on, les petits-enfants versent dans l'art, au pire ils versent dans la débauche. Dans les deux cas l'argent est vite dilapidé, sauf exceptions. Certes, il reconnaît qu'il y a « des "chocs" au sein des trajectoires familiales qui permettent, en principe dit-il, d'éviter une croissance infinie des inégalités au niveau individuel et de converger vers une répartition d'équilibre du patrimoine » car il arrive toujours qu'un enfant prodigue dilapide l'héritage (page 72). Mais il n'en tient pas compte dans son modèle alors même que ce phénomène est un facteur significatif dans l'évolution des patrimoines.

C'est aussi oublier que les fortunes se défont parfois, – souvent –, entre les mains de leurs créateurs eux-mêmes. Le même jour, un jour ordinaire, le 31 octobre 2013, le journal annonce, parmi d'autres, la chute du magnat brésilien Eike Batista encore classé en 2012 au 7^e rang mondial des hommes les plus riches du magazine Forbes et qui va sans doute tout perdre à défaut de pouvoir rembourser ses dettes, et la liquidation de la société Huis-Clos, une entreprise créée par René Bertin dans les années 90 après avoir vendu la société Feu Vert

qu'il avait constituée avec succès sur la base d'un nouveau concept de « centres autos ». Mais on ne réussit pas toujours, pas à chaque coup!

Des prémisses infondées à la fausse conclusion

Piketty élucubre ses formules magiques pour parvenir à sa conclusion comme nécessaire: il faut un impôt mondial et progressif sur le capital, pouvant taxer jusqu'à 10 % par an les patrimoines des gens les plus riches pour raboter leur fortune, pour éviter cette accumulation sans fin qu'il considère comme inéluctable alors même qu'il ne le démontre d'aucune façon. Dès lors que les prémisses sont fausses, la conclusion ne peut pas être juste. Sa seule finalité est « de mettre fin à l'envol des hautes rémunérations¹¹⁶ » C'est pour ça aussi qu'il veut un impôt progressif sur le revenu avec un taux marginal supérieur qu'il estime optimal à 80 %. Et il voudrait y ajouter des droits de succession à des taux également confiscatoires. Et bien sûr, il souhaite que ce système soit instauré au niveau mondial de telle façon que tous soient contrôlés et que personne n'échappe à Big Brother. Il veut éviter ainsi « le risque d'une progression sans limite de la part des plus hautes fortunes dans le patrimoine mondial » dont le danger, à défaut, lui paraît très élevé¹¹⁷. Son objectif est de contrôler, de permettre à l'État, aux États, d'être les maîtres de tout et de tous. Pour lui,

« L'impôt progressif sur le patrimoine individuel est une institution qui permet à l'intérêt général de reprendre le contrôle du capitalisme¹¹⁸. »

116. Ibidem, p. 830.

117. Ibidem, page. 842.

118. Ibidem, p. 867.

La science n'est que l'alibi de la politique. Et dès lors, elle ne peut pas être sereine, objective, sérieuse. Il avait noté dans son ouvrage sur *Les hauts revenus en France au XX^e siècle* que « Tout au long du siècle, une “main invisible” semble avoir fait en sorte que¹¹⁹... » les écarts entre les salaires des déciles inférieur et supérieur conservent le même écart par rapport au salaire moyen. Mais il ne s'interroge guère sur le caractère de cette main invisible qui n'est en fait que le fruit des équilibres humains qui font que les arbres ne montent pas jusqu'au ciel. Il ne prend pas en compte ses propres observations parce qu'elles troublent sa conclusion.

Une autre perspective

Les économies de marché ont permis au plus grand nombre de s'enrichir. C'est la révolution libérale en même temps que celle de l'industrie qui a permis avec le temps de sortir le plus grand nombre de gens de la misère. Et le phénomène se reproduit au niveau du monde. Entre 1990 et 2010 les écarts de revenus et de fortune se sont beaucoup accrus comme le dénoncent Piketty et le pape François à l'unisson. Dans le même temps la pauvreté a régressé dans le monde. En 1990, 47 % de la population vivait avec moins de 1 dollar par jour. Vingt ans plus tard, 22 % des hommes connaissent encore ce sort dramatique et subsistent avec moins de 1,25 dollar par jour (l'équivalent de 1 dollar en 1990). Ce qui veut dire que 700 millions d'humains sont sortis de la très grande pauvreté. Dans un travail mené par sept chercheurs, dont certains de la Banque mondiale, il ressort que le nombre de Latino-Américains vivant avec moins de 4 dollars par jour est passé de plus de 40 % en 2000 à moins de 30 % en 2010. Aujourd'hui en

119. *Les Hauts revenus au XX^e siècle*, pp. 223-224.

Amérique latine les pauvres sont en nombre équivalent aux classes moyennes alors qu'ils étaient deux fois et demie plus nombreux une dizaine d'années auparavant.

Bien sûr, il ne s'agit pas de nier les écarts qui existent entre riches et pauvres et l'évolution de tels écarts. À cet égard d'ailleurs, les données recueillies par Piketty sont utiles et intéressantes quand elles ne sont pas tronquées. Mais la question est mal posée parce qu'elle est traduite à des fins partisans, formulée au travers du prisme d'une obsession égalitariste qui n'a rien à voir avec la science économique. Certes, de trop grands écarts de revenus et de fortune peuvent déstabiliser une société, créer des crispations, des incompréhensions allant parfois jusqu'à la rupture. Certes, la richesse de certains peut être insupportable, vaniteuse, suffisante. Il s'agit moins pourtant de savoir si les écarts sont moralement justifiés ou non, même si une telle question pourrait avoir sa pertinence, que de s'interroger sur l'effet de tels écarts et sur leur impact dans les relations économiques et sociales.

Or l'histoire montre que dans les sociétés libres et où l'état de droit est respecté, les écarts de fortunes ne s'accroissent pas à l'infini et sont contributeurs d'une croissance plus grande au profit de tous :

- Là où la concurrence joue de manière transparente et spontanée, les entreprises ne peuvent se développer que sous la pression du marché et dans la limite des prix que les compétiteurs sont capables d'offrir. L'initiative de Free en matière de téléphonie mobile a fait baisser tous les prix de ses concurrents... et leurs profits... au profit de tous les consommateurs.
- Là où les marchés financiers sont évolutifs et complexes, les rentiers incapables disparaissent vite de l'écran. Même les placements en bons d'État sont désormais

dangereux et il faut être un veilleur vigilant et perspicace pour faire fructifier un patrimoine.

- Là où l'État n'entretient pas artificiellement en vie des entreprises moribondes, n'institue pas des privilèges inutiles et grassement payés, ne peuvent continuer de s'enrichir que ceux qui créent des produits ou des services que les consommateurs achètent librement.
- Là où n'existent pas de filets anormalement protecteurs pour les fainéants et autres profiteurs, ceux qui ne travaillent pas ne mangent pas non plus comme le disait déjà saint Paul.

C'est ailleurs, dans les sociétés collectivisées, là où les administrations se sont appropriées la richesse, que celle-ci s'accumule au profit des donneurs de coups de tampons, de ceux dont l'autorisation incongrue est requise et qu'ils monnayent sans vergogne. Elle s'amasse aussi dans ces pays satellites et soutenus par quelques puissances qui y déversent des milliards captés par le filtre des puissances locales et vaniteuses autant que serviles.

Oui, Piketty a raison de penser que des écarts trop importants et injustifiés peuvent être générateurs de déchirures sociales. Mais lorsque la richesse est le fruit du travail, de l'innovation, du service offert sur un marché libre, et lorsque les capitaux accumulés ne peuvent plus guère survivre à ceux qui sont capables de les générer ou de les conserver dans l'intérêt commun, l'argent a moins de risques de susciter la révolution. C'est là où les écarts de fortunes et de revenus sont indus, là où ils sont le produit de régimes politiques pervers, mafieux, collectivistes... qu'ils sont insupportables. C'est ce que note par exemple Jia Zhangke, le réalisateur du film *A touch of sin* :

« Le plus grave problème de la Chine actuelle, ce n'est pas l'existence de classes sociales, mais le fait qu'il n'y ait plus de passerelles d'une classe à une autre. Les riches s'allient avec ceux qui ont le pouvoir en les corrompant, ce qui leur permet de contrôler des ressources et d'obtenir à leur tour une position politique. C'est cela qui provoque la colère. »

Là où il y a la liberté d'évoluer, de changer de statut, de catégorie sociale, la possibilité de grimper dans l'échelle des revenus et du patrimoine, la disparité est moins mal vécue; elle est même parfois très bien vécue parce qu'elle permet de percevoir ce à quoi chacun peut accéder par ses efforts, sa ténacité, son ardeur au travail... ainsi que l'ont observé de manière très scientifique Michel Forsé, Olivier Galland, Caroline Guibet Lafaye et Maxime Parodi dans leur ouvrage préfacé par Raymond Boudon *L'Égalité, Une passion française*?¹²⁰.

Le marché n'est pas responsable des comportements mauvais des hommes. Tout au contraire, il est le système qui oriente au mieux et malgré tout très imparfaitement les comportements humains dans le sens le meilleur. Comme le disait Churchill de la démocratie, l'économie de marché est sans doute le pire des systèmes « ... à l'exception de tous les autres déjà essayés dans le passé. » (*Democracy is the worst form of government – except for all those other forms, that have been tried from time to time.*) Tout imparfaite qu'elle soit et avec tous les risques qu'elle représente, l'économie de marché est celle qui repose le plus sur la responsabilisation de chacun et donc sur le respect de chacun dans sa dignité d'homme libre, capable de trouver son chemin par ses propres forces, à quelque niveau qu'elles soient. Trop assister les individus les conduit à une nouvelle

120. Chez Armand Collin, 2013.

forme d'esclavage doux et néanmoins tyrannique, à la perte de tout sens de soi-même. C'est aux hommes, et notamment aux plus riches, aux plus doués de savoir, dans les sociétés libres, d'accepter en tant que tels plus de responsabilité vis-à-vis des autres et de l'assumer. À cet égard, l'économie de marché est aussi la moins pire parce qu'elle permet mieux que d'autres à ceux qui ont plus réussi que d'autres, par des dons, par leur participation au développement de nouvelles entreprises créées par d'autres, par leur attention à leur environnement... de prendre en charge leur part de l'imperfection humaine qui fait que certains sont plus démunis et ne savent pas comment sortir de leur état de pauvreté. « Croire en la démocratie, disait Ludwig von Mises, implique que l'on croie d'abord à des choses plus hautes que la démocratie. »

L'égalité par décret

Mais la raison n'est pas toujours partagée. Le monde moderne souffre d'obsession égalitaire, et la France en particulier. Elle veut gommer les genres autant que les qualités de chacun. Elle s'offusque de la richesse plus que de la pauvreté et l'État désormais ne se contente plus d'imposer un salaire minimum mais souhaite aussi abaisser, par l'impôt à 75 % ou par son droit de vote dans les assemblées générales, les rémunérations les plus élevées. Les listes électorales doivent s'y plier autant que la nature humaine. L'État en a décidé ainsi.

Et c'est précisément ce qui est dangereux, car l'égalité ne se décrète pas. Pire, en l'instituant comme règle, la société secrète de l'inégalité de contrebande, celle des privilégiés du système, elle fige les situations au détriment de ceux qui ont de meilleures capacités, elle ouvre la voie à de nouveaux totalitarismes dans l'abandon forcé par chacun de sa personnalité aux soins de l'État.

Les Français sont, plus que d'autres peuples, atteints par cette maladie égalitaire. Peut-être à cause des mânes récurrents de Rousseau rêvant à un état angélique de nature où l'homme serait l'égal de l'homme comme, dans son imaginaire, le seraient entre eux les animaux. Probablement plus encore du fait d'une longue tradition de castes régulées par le pouvoir central et de corporations fermées, que la République a empruntée à la monarchie en conservant le monopole des diplômes, le contrôle de l'accès à de nombreuses professions, – des médecins aux notaires en passant par les taxis –, la folie des normes et le pouvoir insidieux de se mêler de tout et de n'importe quoi.

Et pourtant nous ne sommes pas égaux. Par nature, nous sommes tous unis par notre condition d'homme, mais tous différents dans la capacité de chacun à faire, à comprendre, à agir..., comme nous le sommes dans notre condition physique ou physiologique. Cette inégalité naturelle est constitutive de l'homme, elle est ce qui fait que nous ne sommes pas un peuple de robots. Elle est le fruit de la liberté de l'homme sans laquelle il ne serait pas Homme, de cette liberté qui conduit précisément chacun à marquer sa différence dans le respect de sa nature d'Homme. Tout à la fois, notre égale condition humaine nous oblige à une solidarité au profit de ceux qui sont réellement incapables et notre liberté nous laisse responsables de nous-mêmes. C'est ce couple liberté/responsabilité qui nous incite à nous dépasser et qui est contributeur de progrès social en même temps qu'il est marqueur de nouvelles différences.

Pour progresser tout entière, la France a moins besoin d'être plus encore nivelée, généralement par le bas tant c'est plus facile, que de s'ouvrir vers le haut. Il ne s'agit pas d'offrir à tous un ascenseur social car on ne s'élève pas socialement en appuyant sur un bouton, mais d'aider chacun, s'il veut,

à gravir les marches de l'escalier social. Il faut une société ouverte pour que la richesse des plus riches puisse irriguer la société, une société responsable où chacun puisse disposer de son autonomie et être jugé sur ses mérites; il faut une société dans laquelle chacun soit libre de travailler, de faire valoir ses qualités, ses ambitions, dans laquelle l'échelle sociale soit accessible, voire que tous puissent aussi bien y circuler de bas en haut que l'inverse selon leur capacité. Luis de Molina, un jésuite du XVI^e siècle, le disait déjà en bouleversant les ordres établis :

« Toutes les parties de la république (i.e. toutes les classes de la société) ont le droit de s'élever à un état supérieur, si la chance de chacun en dispose ainsi, et aucun rang social n'est dû à personne, dès lors qu'il peut descendre et s'élever. »

La perfection n'est pas de ce monde et aucune cité idéale n'existe. Pire, vouloir des cités parfaites engendre généralement la terreur d'un pouvoir tenté d'imposer, jusque par la force, le rêve qu'il ne parvient pas à réaliser. Mais à défaut de pays d'utopie, nous pouvons dessiner les perspectives d'une cité qui largue ses rigidités plutôt que de régenter l'égalité, qui respecte la liberté de chacun et la justice de tous, qui adopte l'attitude des « prudents » de la Rome antique qui ont fait sa grandeur.

DEUXIÈME PARTIE :
L'ABUS DE BIENS COMMUNS

CHAPITRE VI LE JUSTE ET LE BIEN

La justice ordonnée au bien commun

Depuis la Grèce antique, la question se pose de savoir si l'autorité publique a vocation à dicter le bien, si elle doit ou non promouvoir la vertu des citoyens. Selon Aristote, la meilleure constitution était celle qui avait pour vocation de favoriser le meilleur genre de vie, de récompenser la vertu, donc de dire le bien en quelque sorte. Cette philosophie classique définissait le juste selon une certaine idée du Bien et l'homme juste était celui qui cherchait son propre bien en « s'ajustant » au mieux à un idéal de vie aussi harmonieux et stable que possible. La vie de l'homme devait être ordonnée au bien et était juste toute voie qui permettait d'atteindre le bien véritable. Et de même en politique, la loi était juste ou injuste, non pas en fonction de critères formels d'égalité ou d'universalité par exemple, mais selon qu'elle respectait ou non, voire favorisait ou non le bien propre de la communauté concernée, dans la mesure où elle servait l'intérêt commun. La fin du juste était le bien collectif, le fondement du juste était le bien mais celui de la Cité auquel le bien des individus était subordonné.

Chacun n'en tirait pas les mêmes conséquences pourtant. Selon Platon, le juste est une dimension du Bien, mais différent de lui. Le Bien est l'idéal auquel le juste ne peut accéder, il est ce vers quoi il tend pour son achèvement sans pouvoir y

parvenir: « L'idée du bien est la plus haute des connaissances, celle à qui la justice et les autres vertus empruntent leur utilité et leurs avantages » (*La République*, 504 e). Mais alors que Platon en conclut qu'il faut construire une cité parfaite ordonnée au Bien, Aristote est plus prudent. Ce dernier connaît les limites de l'Homme, il ne tranche pas positivement en faveur d'un modèle contre les autres. Il analyse la constitution d'environ cent cinquante cités et constate que le droit naturel à chaque cité est fonction de son peuple, de son histoire, de ses activités. Les aristocraties militaires confient le pouvoir aux meilleurs stratèges et les cités oligarchiques sont adaptées aux peuples de commerçants... En réaction à Platon, il ne fixe pas de règles idéales à toutes les cités. Il offre plutôt un manuel pratique. Tout au plus, mais c'est déjà beaucoup, il condamne la tyrannie, le pouvoir d'un seul dans l'intérêt d'un seul, qui est seul contre nature.

Pour la tradition du droit naturel médiéval, reprenant la philosophie aristotélicienne, le bien est la référence de tout. Il en est ainsi de la loi naturelle qui exprime la justice ainsi que le déclare saint Thomas :

« Mais parce que le bien a raison de fin, et le mal raison du contraire, il s'ensuit que l'esprit humain saisit comme des biens, et par suite comme dignes d'être réalisées toutes les choses auxquelles l'homme se sent porté naturellement; en revanche, il envisage comme des maux à éviter les choses opposées aux précédentes. C'est selon l'ordre même des inclinations naturelles que se prend l'ordre des préceptes de la loi naturelle. En effet, l'homme se sent d'abord attiré à rechercher le bien correspondant à sa nature, en quoi il est semblable à toutes les autres substances, en ce sens que toute substance recherche la conservation de son être, selon sa nature propre. Selon cette inclination, ce qui assure la

conservation humaine et tout ce qui empêche le contraire, relèvent de la loi naturelle. En second lieu, il y a dans l'homme une inclination à rechercher certains biens plus spéciaux, conformes à la nature qui lui est commune avec les autres animaux. Ainsi appartient à la loi naturelle ce que "la nature enseigne à tous les animaux", par exemple l'union du mâle et de la femelle, le soin des petits, etc. En troisième lieu, on trouve dans l'homme un attrait vers le bien conforme à sa nature d'être raisonnable, qui lui est propre; ainsi a-t-il une inclination naturelle à connaître la vérité sur Dieu et à vivre en société. En ce sens, appartient à la loi naturelle tout ce qui relève de cet attrait propre: par exemple que l'homme évite l'ignorance, ou ne fasse pas de tort à son prochain avec lequel il doit vivre, et toutes les autres prescriptions qui visent ce but¹²¹. »

La loi est faite pour les hommes parce que la justice est propre aux hommes en ce sens qu'elle est conforme à leur fin. Cette idée est demeurée dans la philosophie classique. Le droit est propre aux hommes, pas aux animaux. « C'est ce que remarque parfaitement Hésiode » note Grotius. « La loi, dit-il, est donnée par le grand Jupiter au genre humain; les bêtes sauvages, les poissons, les oiseaux au vol élevé, deviennent la pâture les uns des autres: le droit n'a pas lieu entre eux. Mais la justice, qui est la chose la plus excellente, a été notre partage. » « Nous ne disons pas qu'il existe une justice pour les chevaux, pour les lions », écrit Cicéron dans le livre 1^{er} de son *Traité des Devoirs*. Plutarque, dans la vie de Caton l'ancien, dit aussi que « nous ne nous servons naturellement des lois et de la justice qu'à l'égard des hommes ». « Nous voyons, en effet, dit Lactance (liv. V), que dans tous les êtres animés dépourvus

121. *Somme théologique*, Ia,IIae, question 94.

de raison, il y a une nature qui prend soin d'elle-même. Ils nuisent aux autres pour se faire du bien ; ils ne savent pas que nuire ce soit un mal. Mais l'homme, qui possède la science du bien et du mal, s'abstient de nuire à autrui, même à ses propres dépens. » Polybe, après avoir raconté l'origine des premières associations humaines, ajoute que si quelque individu avait commis une injustice contre ses père et mère ou ses bienfaiteurs, il n'aurait pu arriver que les autres n'en eussent pas conçu de l'indignation, et il en donne pour motif que « le genre humain différant des autres animaux en ce qu'il est doué d'esprit et de raison, il n'est nullement croyable qu'un acte si éloigné de la nature de l'homme ait passé inaperçu pour ce dernier, comme cela arrive chez les brutes ; mais qu'une pareille action devait avoir frappé son esprit, en prenant la couleur d'une offense¹²² ».

Et la justice que doit traduire la loi des hommes leur est propre en ce sens qu'eux seuls sont plus que des animaux puisqu'ils sont des animaux politiques selon le mot d'Aristote, c'est-à-dire faits pour vivre ensemble et riches de leur vie commune. Parlant de la loi humaine ou loi positive, Thomas d'Aquin ajoute : « Il est essentiel à la notion de loi, d'avoir pour objet le bien commun de la cité¹²³. » Le bien ne doit donc pas être confondu avec le bien commun. Concernant la loi humaine, le Docteur de l'Église dit encore que : « Ce qui existe en vue d'une fin doit être proportionné à cette fin. Or la fin de la loi est le bien commun ; puisque, selon S. Isidore :

« Ce n'est pour aucun avantage privé, mais pour l'utilité générale des citoyens que la loi doit être écrite. » Il s'ensuit que les lois humaines doivent être adaptées au bien

122. Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, PUF, Collection Quadrige, 2005, pp. 40/41.

123. Ia,IIae, question 95.

commun. Or le bien commun est le fait d'une multitude, et quant aux personnes, et quant aux affaires, et quant aux époques. Car la communauté de la cité est composée de nombreuses personnes, et son bien se réalise par des actions multiples; et il n'est pas institué pour peu de temps, mais pour se maintenir à travers la succession des citoyens, dit S. Augustin dans le livre XXII de *la Cité de Dieu*¹²⁴. »

Mais il dit aussi :

« Or la loi, nous l'avons dit, est ordonnée au bien commun. C'est pourquoi il n'y a aucune vertu dont la loi ne puisse prescrire les actes. Toutefois, la loi humaine ne commande pas tous les actes de toutes les vertus; mais seulement ceux qui peuvent être ordonnés au bien commun, soit immédiatement, par exemple quand certains actes sont directement accomplis en vue du bien commun; soit médiatement, par exemple quand le législateur porte certaines prescriptions ayant trait à la bonne discipline qui forme les citoyens à maintenir le bien commun de la justice et de la paix¹²⁵. »

Pour Thomas d'Aquin comme pour Aristote, le juste est ordonné au bien comme la loi est ordonnée au bien, mais la loi est d'abord ordonnée au bien commun avant que d'être ordonnée au bien particulier :

« Les lois sont justes, soit en raison de leur fin, quand elles sont ordonnées au bien commun, soit en fonction de leur auteur, lorsque la loi portée n'excède pas le pouvoir de celui qui la porte; soit en raison de leur forme, quand les

124. Ia,IIae, question 96.

125. Ibidem.

charges sont réparties entre les sujets d'après une égalité de proportion en étant ordonnées au bien commun. »

Il y avait alors une nette distinction entre le bien et le bien commun. Conformément à l'enseignement de Vitoria et de son maître Thomas, il faut tempérer les objectifs de la Loi qui n'est que loi humaine et qui ne saurait viser à rendre les hommes suprêmement bons, mais plutôt et seulement à leur permettre d'accéder au bonheur humain. La communauté doit tendre vers le bien commun, considère Vitoria : « Le prince n'a donc pas l'intention de rendre les hommes absolument heureux, mais de leur donner simplement un bonheur humain¹²⁶. » La loi est tension vers le bien, un bien inatteignable ici-bas.

« Il n'est ainsi pas permis au prince d'établir une loi qui ne considère pas le bien commun, auquel cas inverse, la loi serait tyrannique et donc injuste¹²⁷. »

Mais le bien commun n'est pas le bien en soi.

« Saint Thomas, observe Vitoria, le confirme en réponse à la troisième objection, qui dit qu'un homme peut mal se comporter en ce qui regarde sa conduite personnelle, mais qu'il peut néanmoins être bon en ce qui concerne le bien commun et observer toutes les lois civiles. Un homme peut par exemple forniquer, se parjurer ou tuer sa femme pour cause de tromperie [Ndlr: Il faut donc croire que c'était alors autorisé par la loi!], sans violer aucune loi civile, et il ne sera cependant absolument pas un homme bon. »

126. VITORIA, *De la Loi*, Cerf, 2013, p. 72, Somme Théologique, q.92, a.1.

127. Idem, p. 58 ; q.90, a.2.

La confusion stoïcienne du bien et du juste

La tentation a pourtant toujours été de mêler le bien et le juste. Parallèlement au courant aristotélicien, le stoïcisme développe sa propre vision du droit. Il emprunte pour l'essentiel au droit naturel du Stagirite, mais il mêle le droit et la bienveillance dans un élan de compassion. Car les stoïciens, qui dominent l'esprit des lois depuis Cicéron, sont à la recherche du bien et pour eux « le souverain bien, c'est l'honnête¹²⁸. » Pour eux, l'honnête inclut la justice.

« Toute honnêteté, écrit Cicéron, dérive de l'une de ces quatre sources : elle consiste ou bien dans le discernement du vrai et dans la sagacité, ou dans le maintien de la société humaine, l'attribution à chacun de ce qui est à lui et la foi dans les contrats... »

ce qui est la définition même de la justice selon lui¹²⁹. Cicéron ne conçoit pas l'un sans l'autre : « ... tout ce qui est équitable et juste est honnête, et inversement... tout ce qui est honnête doit être juste et équitable aussi¹³⁰. »

Selon Ernest Renan,

« Le stoïcisme, dès le règne d'Adrien, avait pénétré le droit romain de ses larges maximes, et en avait fait le droit naturel, le droit philosophique, tel que la raison peut le concevoir pour tous les hommes. L'Édit perpétuel de Salvius Julianus fut la première expression complète de ce droit nouveau destiné à devenir le droit universel. C'est le triomphe de l'esprit grec sur l'esprit latin. Le droit strict cède à l'équité ;

128. SÉNÈQUE, *Lettre 71 à Lucilius*.

129. *Traité des devoirs*, Livre 1^{er}, V.

130. *Des fins des biens et des maux*, Livre III, XXI, 71.

la douceur l'emporte sur la sévérité; la justice paraît inséparable de la bienfaisance¹³¹. »

Certes, pour les stoïciens, la justice reste la science des choses à partager, mais la vertu est aussi la science des biens et des maux appliquée à différents domaines d'action. La justice n'est jamais distincte de la morale, ni le juste du bon. Selon le jurisconsulte Ulpien (III^e s. apr. J.-C.), qui servit beaucoup aux compilations du *Digeste* (publié en 533),

« La justice consiste dans la volonté constante et persistante d'attribuer à chacun ce qui lui revient. 1. Les préceptes du droit sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun son dû. 2. La jurisprudence consiste dans une connaissance des choses divines et humaines, dans la science du juste et de l'injuste¹³². »

Ce que les *Institutes* de Justinien publiés peu avant (21 novembre 533) disaient déjà :

« La justice est la ferme volonté de donner toujours à chacun ce qui lui est dû. La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines, avec la science du juste et de l'injuste¹³³. »

Le droit était toujours un partage, mais il était plus que cela, une règle de vie, un rapport moral. Cette confusion du juste et du bien portait le risque qu'il n'y ait plus de règles ou

131. *Marc Aurèle et la fin du monde antique*, Elibron Classics, 2006, p. 22

132. *Digeste*, I, 1, 10.

133. *Institutes*, Livres I, Titre I; cf. Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris, 2000, p. 305, n. 1-2.

que la règle soit trop intrusive. Renan observe que pour Marc Aurèle :

« Le respect des hommes est la base de sa conduite. Il sait que, dans l'intérêt même du bien, il ne faut pas imposer le bien d'une manière trop absolue, le jeu libre de la liberté étant la condition de la vie humaine. Il désire l'amélioration des âmes et non pas seulement l'obéissance matérielle à la loi ; il veut la félicité publique, mais non procurée par la servitude, qui est le plus grand des maux. Son idéal de gouvernement est tout républicain. Le prince est le premier sujet de la loi. Il n'est que locataire et usufruitier des biens de l'État¹³⁴. »

Mais Marc Aurèle est le persécuteur de sainte Blandine et tant d'autres, précisément peut-être parce qu'à vouloir faire l'ange, il a fait la bête.

La distinction des ordres : Le juste, le bien et le bien commun

La justice doit s'imposer à tous car elle réunit les règles de vie qui donnent cohésion et pérennité à la société. Mais elle ne peut pas dire le bien qui est éminemment personnel. Tout au plus elle peut concourir au bien commun par l'ordre qu'elle fait respecter et qui est à la base de toute vie commune durable et paisible. Dès lors qu'il est admis que la liberté des individus doit être prioritairement respectée, et dès lors que l'exigence d'autonomie des uns par rapport aux autres est variable des uns aux autres, il est déjà difficile de dicter des règles de justice qui s'imposent identiquement à tous et il est non seulement

134. Idem, p. 18.

impossible mais dangereux de vouloir que la collectivité énonce ce qu'est le bien.

Il y a en fait deux grands types de doctrines : celles qui donnent la priorité au bien sur le juste et les autres qui à l'inverse font prévaloir le juste sur le bien. Pour celles-ci, dites déontologiques, un acte injuste ne saurait être justifié parce que ses conséquences tendent à l'accroissement de l'intérêt général. Pour celles-là, dites téléologiques ou parfois conséquentialistes, le juste est la maximisation du bien et un plus grand bien peut alors légitimer la perte de la liberté de certains ou d'autres choses aussi redoutables.

La référence prioritaire au bien commun est un danger en soi pour l'individu lorsque la notion de bien commun est entendue au sens extensif, comme le bien de la collectivité plus que comme la seule préservation du cadre social pour que chacun y vive librement.

« À lui seul, note Jean-Pierre Dupuy, le concept de l'un social implique la nécessité du sacrifice. En référer à la volonté générale, c'est *ipso facto* dresser l'autel des holocaustes. Le tout social est une divinité implacable qui, dès lors qu'on la nomme ou qu'on la représente, exige son lot de victimes¹³⁵. »

Un exemple en est donné par Michael Sandel qui demande :

« Pour le plus vif plaisir de nombreux Romains, est-on en droit de jeter ne serait-ce qu'un seul chrétien aux lions¹³⁶. »

Cet utilitarisme pourrait en quelque sorte reproduire au niveau de l'humanité le modèle du bateau en perdition dont

135. Jean-Pierre DUPUY, *Libéralisme et justice sociale*, Hachette, collection Pluriel, 2009, p. 111.

136. cité par Jean-Pierre DUPUY, *ibidem*, p. 119.

les marins affamés tirent au sort celui qui va être mangé pour le bien de tous les autres. Il justifie les représailles à l'encontre de personnes innocentes pour faire cesser les crimes des coupables qui refusent de se dénoncer, il oblige à choisir entre le crime et le crime comme la mère grecque de Camus à qui le SS demande de désigner celui de ses fils qu'il doit fusiller.

Rawls a essayé de trouver un compromis entre les risques que recèlent ces théories de la justice, en soutenant que :

«...la justice interdit que la perte de liberté de certains puisse être justifiée par l'obtention, par d'autres, d'un plus grand bien. Elle n'admet pas que les sacrifices imposés à un petit nombre puissent être compensés par l'augmentation des avantages dont jouit le plus grand nombre¹³⁷. »

Mais Rawls considère que toute mesure sociale doit tendre à l'égalité, sauf si l'inégalité qu'elle engendre profite plus aux plus défavorisés qu'à ceux qui le sont moins. En disant ceci, sur quoi repose toute sa théorie, il permet pourtant que ceux qui profitent moins de la mesure que les plus défavorisés se considèrent comme sacrifiés!

Pour éviter ou pour réduire autant que possible, le mieux possible sans que cela ne soit jamais certain, les risques que court la justice quand elle prétend au bien, il convient de bien distinguer les ordres. Celui de la justice côtoie celui du bien commun, mais il n'est pas celui du bien.

Le juste n'est pas toujours le bien et vice-versa. L'exemple de la guerre en est caricatural. La guerre est toujours un mal en ce sens qu'elle porte en elle la mort, la destruction, la haine. Elle est un mal du simple fait qu'elle est le fruit de la disharmonie, qu'elle est affrontement, discorde, violence... Et pourtant elle

137. *Théorie de la justice*, Le Seuil, 1987, pp. 29-30.

n'est pas toujours injuste. Elle est juste quand elle est légitime défense, proportionnée à l'attaque, nécessaire à la survie d'un peuple... « Il est licite d'arrêter l'agresseur injuste » à condition que ce soit dans le « respect du droit international » a répété le pape François le 28 novembre 2014 en Turquie en évoquant les conquêtes au Proche-Orient des fondamentalistes musulmans. Le mal n'est pas l'injuste comme le bien n'est pas le juste. Ponce Pilate a cru assurer le bien de la Cité en livrant l'innocent plutôt que le criminel Barabas, parce qu'ainsi il satisfaisait la foule et espérait maintenir l'ordre. Peut-être bonne pour la cité, cette décision était manifestement injuste.

La question du juste et du bien est au centre du débat sur le rôle du gouvernement et les attributions de la justice d'État. Dire juste, décider juste ne peuvent-ils être que bien ? Généralement, mais pas toujours, mais pas forcément pour tous. Et faire le bien n'est pas toujours juste. Le Bien de la Cité peut s'opposer au bien des citoyens ou de quelques-uns d'entre eux. Lorsque le gouvernement décide de la guerre pour défendre le pays, c'est au détriment de la vie de ses soldats. Lorsque la ville limite la circulation des voitures, c'est une contrainte pour les automobilistes. Ces décisions peuvent être justes, prises pour sauvegarder des biens ou des valeurs supérieures, mais à l'encontre de biens particuliers. L'impôt à cet égard est l'outil par excellence de la justice et de la spoliation à la fois. Il prélève dans la poche des particuliers pour défendre des valeurs collectives, il fait mal à ceux qui le payent pour contribuer à des dépenses décidées pour un certain bien commun. Mais qui décide du bien commun ? Et si l'État reste indifférent au bien commun, faut-il que des âmes généreuses s'en chargent à sa place ? Robin des bois avait-il le droit de voler Jean sans Terre pour redistribuer aux pauvres ?

La justice est d'abord ce qui permet de donner ou rendre à chacun ce qui lui revient, de partager ou d'attribuer selon les règles reconnues ou admises consensuellement. Elle est l'objet et l'essence du droit au point que le mot latin confond le droit et le juste : *Jus, id quod justum est*. Le droit est ce qui est juste. Le droit est l'expression de la justice, indépendamment du juge. Celui-ci ne vient que sanctionner la violation du droit.

La justice est partout, dans toute décision qui concerne un rapport entre hommes, dans celle des associés qui partagent leurs gains, du père qui punit ou récompense ses enfants, du client qui restitue la monnaie trop perçue... Le juste est donc partout où se nouent des rapports humains. La justice est à cet égard une vertu spécifique en ce sens qu'elle est au cœur d'une relation réciproque. Alors que les autres vertus peuvent être strictement individuelles, la justice ne peut se pratiquer qu'en relation avec autrui, elle se prononce sur les liens entre des personnes ou sur ce qui s'est passé entre elles. C'est ce qui permet de comprendre l'objet essentiel de la justice qui est de rendre à chacun ce qui lui revient. Le juge rend la justice d'ailleurs.

La justice relève généralement du pouvoir. Elle peut parfois s'exercer de manière privative, par accord volontaire des parties, sous la forme de l'arbitrage ou de l'amicable composition notamment, mais elle continue de recourir à l'autorité pour son exécution à défaut d'exécution volontaire. En dehors de l'accord des parties, celles-ci devront recourir à l'autorité commune établie pour s'imposer par la force si nécessaire. Si la justice relève de la compétence régaliennne, liée à l'autorité qui existe et est reconnue parce qu'elle rend justice, c'est parce qu'elle a besoin d'un bras armé pour faire respecter ses décisions, de la force pour donner force exécutoire. Qui sait si Salomon tranchait à parité ou si saint Louis rendait effectivement la justice sous son chêne, mais c'est l'image populaire

qui est restée comme gage de sagesse et de juste pouvoir. La justice est exercée, elle est activité sociale par définition.

À cet égard, la justice est une activité objective, du moins elle devrait l'être autant que possible. Rendue par des hommes, elle est naturellement imparfaite et parfois partielle. Mais dans le principe, elle devrait être dépersonnalisée, c'est à dire qu'elle ne devrait pas tenir compte de l'agent ou de sa situation ou de sa condition. Un acte est juste ou ne l'est pas. En ce sens la justice est distincte de l'équité qui vient la tempérer, l'adoucir du regard des hommes sur leur prochain.

La justice n'est pas compassion ou sentiment. Elle doit respecter les droits de chacun pour que chacun ait son dû. Déjà Xénophon avait ce souci. Il l'énonçait en donnant le récit de l'éducation de Cyrus, le grand roi des Perses, qui racontait lui-même :

«...le maître, voyant que je connaissais bien la justice, m'avait donné mission de juger les autres. Et même un jour je reçus des coups pour n'avoir pas bien jugé. Voici quelle était l'affaire. Un enfant grand, qui avait une petite robe, déshabille un enfant petit qui avait une robe grande, lui met la sienne et se revêt de l'autre. Chargé de les juger, je décide qu'il vaut mieux que chacun d'eux ait la robe qui lui va. Alors le maître me frappe en disant que, quand je serais nommé juge de ce qui convient ou non, il faudrait juger comme j'avais fait, mais que, puisqu'il fallait décider auquel des deux était la robe, je devais considérer si celui qui l'avait prise de force devait plutôt l'avoir que celui qui l'avait faite ou achetée. Il ajoutait que ce qui est conforme aux lois est juste, tandis que ce qui est contraire aux lois est tyrannique, et il voulait que le juge donnât toujours un suffrage

conforme à la loi. Ainsi, ma mère, je sais parfaitement à présent, ce qui est juste¹³⁸. »

Libre ensuite aux protagonistes d'échanger leurs tuniques, mais ce n'était pas au juge de le faire. Lui devait remettre à chacun le sien selon la loi ou le droit.

Au demeurant la justice est toujours établie à partir de faits. Elle ne saurait être une construction *in abstracto*, mais plutôt une lente élaboration, une maturation de l'observation sociale permettant de définir des règles de vie, des critères de jugement commun qui tout à la fois assureront le respect mutuel et le moyen de vivre ensemble. Elle est un équilibre fragile entre les passions des hommes et leur raison, entre leur nature quasiment immuable et le changement perpétuel et incessant de leurs exigences et de leur vision du monde. Elle est ancrage et adaptation prudente et mesurée. Elle est tradition et modernité. Elle est cet impossible éternel, cet état désiré et inaccessible à l'état pur, une quête sans laquelle l'homme ne serait pas vraiment homme car c'est son destin sans doute d'être en marche dans l'inconnu vers un meilleur enchanteur et peut-être inaccessible. Il ne trouvera sans doute jamais la justice sur terre, mais il peut l'approcher, améliorer toujours les lois qui le gouvernent, croire à son destin pour aller au-delà des limites antérieures. À cet égard, la justice est tendue vers le bien commun, elle est la règle sur laquelle s'ordonne la vie sociale, qui permet le bien commun comme bonne vie ensemble, et qui permet à chacun de faire le bien qu'il n'appartient pas à l'État de faire à sa place. Cette règle s'élabore elle-même autour de quelques principes auxquels convient de se référer la sagesse du législateur, dont les lois doivent suivre ces principes, et la prudence des magistrats

138. XENOPHON, Livre I, Chapitre III, 16, 17 *De la Cyropédie*.

appelés à appliquer ces lois et principes aux cas particuliers. La justice contribue au bien commun, c'est-à-dire à l'accomplissement du bien public, du bien vivre des citoyens ensemble. Elle en est l'artisan, elle œuvre et répond au désir de bien vivre ensemble. Le but du législateur n'est pas de rendre les hommes bons, car ce but est celui des pouvoirs spirituels, mais plutôt de rendre possible la coexistence entre les hommes, de leur permettre d'accéder à un bien terrestre en surmontant autant que possible leur indigence et leurs insuffisances qui les ont conduits à s'associer pour être plus forts. La justice à cet égard n'est pas une construction abstraite, mais plutôt le fruit d'une analyse rationnelle à partir de l'observation des hommes et de leur histoire, la reconnaissance par la raison de ce qui est meilleur pour les hommes et de ce qui est mauvais pour eux. Le bien commun est précisément l'ordre social qui permet au mieux aux membres de la communauté politique de trouver les moyens adéquats à leur accomplissement personnel. La justice qui assure l'égalité des échanges favorise la cohésion de la société en faisant vivre une communauté d'intérêts de manière réciproque et juste.

Le Bien est autre chose, il est la quête ultime de l'homme. Le Juste peut tendre au Bien, mais il ne saurait s'y substituer. Le Bien est presque de l'ordre du divin en ce sens que la bonté pure ressort de la perfection. Le souci de la bonté revient à chacun, la bonté est essentiellement privée; elle est aussi relationnelle, comme la justice, mais elle relève des rapports humains quand la justice appartient à l'ordre public parce qu'elle permet aussi d'éviter le désordre social. La bonté est unilatérale, elle se donne quand la justice est toujours issue peu ou prou d'un échange.

À partir du XVIII^e siècle plus encore que précédemment, les hommes ont voulu que le bien devienne préoccupation commune et bientôt obligatoire. Ils ont alors transformé la

charité en bienfaisance¹³⁹ et en ont investi l'État. Et le socialisme en a fait la charge commune d'autant plus facilement que ceux qui en décidaient ainsi n'étaient pas ceux qui en supportaient le coût. C'est ce que remarque Frédéric Bastiat en 1850 :

« On ne veut pas seulement que la Loi soit juste; on veut encore qu'elle soit philanthropique. On ne se contente pas qu'elle garantisse à chaque citoyen le libre et inoffensif exercice de ses facultés, appliquées à son développement physique, intellectuel et moral; on exige d'elle qu'elle répande directement sur la nation le bien-être, l'instruction et la moralité. C'est le côté séduisant du Socialisme¹⁴⁰. »

Mais le bien n'est pas le juste. Dans la Bible, lorsqu'il créa le monde, « Dieu vit que cela était bon », et lorsqu'il eut créé l'homme, il dit même que « cela était très bon » (*Genèse* 31). Et la doctrine chrétienne dit que l'Être est bon, la vie est bonne, assimilés au bien comme œuvre de Dieu. Et quand l'État élève la prétention de faire le bien, il y a la tentation qu'il se prenne pour Dieu, mais un dieu qui ressemble à une idole, c'est-à-dire un despote. C'est le paradoxe de la modernité: elle a libéré l'individu pour mieux l'assujettir. En affirmant la séparation du politique et du religieux, le christianisme a créé le terreau sur lequel a pu germer la liberté, une liberté inconnue jusqu'alors et dont le monde moderne a profité pour vilipender le christianisme au pire et l'abandonner au mieux. Et dans cette époque moderne, il a prêché aux hommes d'État la bienveillance qu'il demandait à chaque homme de pratiquer, à tel point que l'État lui-même s'est emparé de cette requête pour s'accaparer la bienveillance. Les Églises elles-mêmes ont

139. Cf. Rémi BRAGUE, *Modérément Moderne*, Flammarion, 2014, p. 23.

140. BASTIAT, *La Loi*, Éditions Lulu.com, 2008, p. 36.

confondu la justice et la bonté, ont demandé à l'État d'être bon quand il doit être juste. Lorsque le souverain était incarné, il pouvait, – il devait autant que possible –, en tant qu'homme, être bon. Mais alors, en tant que souverain, il devait être juste. Et alors que le Pouvoir est devenu plus abstrait, un corps élu, directement ou indirectement, plutôt qu'une personne, une institution dotée de représentants, ceux-ci ont toujours bien sûr le devoir d'être personnellement bienveillant à l'égard des autres, mais leur charge doit être assurée dans le respect strict du droit, indépendamment de toute compassion.

De la cité à l'individu

La philosophie antique et médiévale reflétait une vision de la société unie dans ses croyances et ses valeurs, ordonnée à un bien commun qui était l'existence et la préservation de la Cité. Il y avait des écoles philosophiques et religieuses, le débat n'était pas exclu; mais l'unité de la Cité n'était pas remise en cause. Cette conception ne saurait prospérer aujourd'hui dans le contexte des démocraties modernes dans lesquelles le bien de chacun prévaut définitivement sur le bien du tout. Mais là où Aristote et plus généralement les penseurs anciens fondaient la cité sur une communauté tendue vers la même finalité, la recherche du même bien, les cités modernes vivent plus de disparité. L'envol de l'individualisme a créé des perspectives différentes à chacun et le cadre de l'État moderne a changé pour devenir celui qui permet de vivre ensemble à des gens orientés vers des buts différents, ne partageant pas les mêmes conceptions du monde, pour autant qu'elles ne soient pas agressivement incompatibles. C'est en ce sens qu'Aristote disait que l'amitié était nécessaire pour constituer une cité car le lien d'amitié authentique était pour lui une allégeance partagée au bien.

Au surplus, l'histoire a montré à quels dangers les Hommes étaient soumis chaque fois qu'ils s'en remettaient complètement à une autorité supérieure pour dire le bien. Il est apparu qu'il valait mieux que chacun puisse se tromper plutôt que de risquer de se voir imposer un bien arbitraire. Il en est né la volonté de rechercher subjectivement pour chacun son bonheur individuel, son bien particulier, et nécessairement un certain relativisme. Chacun récuse même les points de repère issus de l'histoire, de la tradition, de la sagesse commune, de la raison. Le bonheur, comme le dit Kant dans une formule célèbre, ne serait « qu'un idéal de l'imagination » :

« Le concept de bonheur est un concept si indéterminé, écrit-il, que, malgré le désir qu'a tout homme d'arriver à être heureux, personne ne peut jamais dire en termes précis et cohérents ce que véritablement il désire et il veut. La raison en est que tous les éléments qui font partie du concept du bonheur sont dans leur ensemble empiriques, c'est-à-dire qu'ils doivent être empruntés à l'expérience, et que cependant pour l'idée du bonheur un tout absolu, un maximum de bien-être dans mon état présent et dans toute ma condition future, est nécessaire. Or il est impossible qu'un être fini, si perspicace et en même temps si puissant qu'on le suppose, se fasse un concept déterminé de ce qu'il veut ici véritablement. Veut-il la richesse? Que de soucis, que d'envie, que de pièges ne peut-il pas par là attirer sur sa tête! Veut-il beaucoup de connaissance et de lumières? Peut-être cela ne fera-t-il que lui donner un regard plus pénétrant pour lui représenter d'une manière d'autant plus terrible les maux qui jusqu'à présent se dérobent encore à sa vue et qui sont pourtant inévitables, ou bien que charger de plus de besoins encore ses désirs qu'il a déjà bien assez de peine à satisfaire. Veut-il une longue vie? Qui lui répond

que ce ne serait pas une longue souffrance? Veut-il du moins la santé? Que de fois l'indisposition du corps a détourné d'excès où aurait fait tomber une santé parfaite, etc. Bref, il est incapable de déterminer avec une entière certitude d'après quelque principe ce qui le rendrait véritablement heureux: pour cela il lui faudrait l'omniscience. On ne peut donc pas agir, pour être heureux, d'après des principes déterminés, mais seulement d'après des conseils empiriques, qui recommandent, par exemple, un régime sévère, l'économie, la politesse, la réserve, etc., toutes choses qui, selon les enseignements de l'expérience, contribuent en thèse [règle] générale pour la plus grande part au bien-être. Il suit de là que les impératifs de la prudence, à parler exactement, ne peuvent commander en rien, c'est-à-dire représenter des actions de manière objective comme pratiquement nécessaires, qu'il faut les tenir plutôt pour des conseils (*consilia*) que pour des commandements (*praecepta*) de la raison: le problème qui consiste à déterminer d'une façon sûre et générale quelle action peut favoriser le bonheur d'un être raisonnable est un problème tout à fait insoluble¹⁴¹. »

Désormais pour la philosophie moderne, depuis Kant et jusqu'à Rawls, le droit ne peut plus être celui qui se règle par rapport au bien mais celui qui respecte la liberté qu'a chacun de choisir son genre de vie et sa conception de la vie bonne. La démocratie des droits de l'homme ne permet plus que la société décide pour les personnes du bien qui doit être le leur en fonction de croyances morales, philosophiques, ou religieuses, qui ne sont plus unanimement ou quasi-unanimement partagées comme elles pouvaient l'être autrefois.

141. KANT, *Fondements de la métaphysique de mœurs* (1785) II^e section, Traduction V. Delbos, Ed Delagrave, 1997, pp. 131-132.

Rawls propose donc une méthode pour respecter le bien de chacun plutôt que d'imposer un bien à respecter.

« La justice pose les limites, écrit John Rawls, le bien indique la finalité. Ainsi, le juste et le bien sont complémentaires, ce que la priorité du juste ne nie en rien. Cette priorité veut simplement dire que, si une conception politique de la justice, pour être acceptable, doit respecter des formes de vie variées auxquelles les citoyens puissent se dévouer, il n'en demeure pas moins que les idées du bien sur lesquelles elle s'appuie doivent respecter les limites – l'espace autorisé – qu'elle a elle-même fixées¹⁴². »

Ainsi, alors que selon Aristote le bien prévalait sur le juste puisque celui-ci était ordonné à celui-là, Rawls affirme désormais le primat du juste sur le bien en considérant que « la thèse de la priorité du juste [sur le Bien] était un élément essentiel de ce qu'[il] avait appelé libéralisme politique¹⁴³ ».

En réalité il n'est pas certain que le débat de la prévalence du juste sur le bien ou l'inverse soit un bon débat. Il y a bien sûr une sorte de congruence entre le juste et le bien ainsi que le note Rawls :

« Le désir d'agir justement et celui d'exprimer notre nature de personnes morales libres s'avèrent être pratiquement le même désir¹⁴⁴. »

142. John RAWLS, 1993, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, p. 288.

143. Cf. l'article « *La priorité du juste et les conceptions du bien* », inséré dans *Justice et démocratie*, 1988.

144. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, § 86, p. 613.

Être une bonne personne, avoir un sens efficace de la justice, est effectivement un bien pour cette personne. Nous avons le désir d'agir justement, et ce désir fait partie de notre bien.

Le juste ne peut pas être au service du mal, mais le bien est d'une autre nature. Le juste est ce qui tend à remettre à chacun le sien, ce qui lui revient ; le juste attribue, partage ou départage. Le bien est ce vers quoi chacun tend pour réaliser sa propre nature et à ce titre chacun a besoin d'abord de sa liberté. Le juste doit donc d'abord respecter la liberté de chacun, pour permettre à chacun de réaliser son bien.

La doctrine moderne rétablit les droits de l'individu et les fait primer sur ceux de la société. C'est le renversement opéré par les nominalistes et poursuivit jusqu'au XX^e siècle ; mais chaque fois, ou presque, le particulier n'est valorisé et la priorité ne lui est donnée que pour le soumettre bientôt au Tout, sous une forme ou sous une autre, pour un prétexte ou pour un autre. Indépendamment même du collectivisme qui se fait une doctrine de la dissolution de l'individu dans la masse, la théorie trouve toujours une raison en forme d'excuse pour que l'Homme abandonne sa liberté et jusqu'à sa rationalité à la société, de Hobbes à Rousseau, de celui-ci à Rawls. Le dernier avatar de ce grand abandon est plus subtil et plus sournois, il est dû à une sorte de poison que les Hommes ingèrent volontairement pour se livrer librement à un nouveau Léviathan qui impose, au travers des médias autant que de la culture ou des lois et de la jurisprudence de juges acquis à la nouvelle doxa, des comportements conformes, standardisés, politiquement corrects en dehors desquels il n'est point d'avenir, point de salut, point même seulement de liberté d'agir, d'être, de vivre.

Au fond, c'est l'ancienne doctrine du bien commun comme supérieur au bien particulier et déterminant du juste qui s'impose à nouveau. Là où elle faisait l'objet d'une acceptation consensuelle liée par une communauté de vie et de

religion, elle est désormais le fruit d'un autre ralliement à une philosophie de l'égalité d'une part et à une conception libertaire de l'individu d'autre part, une forme de religion laïque en quelque sorte qui veut à son tour utiliser tous les ressorts de la société, et surtout la loi, pour contraindre chacun à se plier à ses normes, à se comporter comme elle l'entend. Mais entre l'ancienne et la nouvelle doctrine, l'écart est immense parce que la nouvelle doctrine s'exerce soi-disant au nom de la liberté des personnes qu'elle soumet plus que jamais à sa loi, alors que l'ancienne doctrine affichait ouvertement que la collectivité primait sur les individus. La fiscalité en est le témoin et l'outil privilégié qui veut, en France plus qu'ailleurs, raboter les revenus et les patrimoines pour sacrifier au nouveau veau d'or qu'est l'égalité sur l'autel de laquelle Rawls, l'auteur présumé de référence en matière de justice, est censé avoir définitivement sacrifié.

CHAPITRE VII

LIBÉRALITÉ ET BIEN COMMUN

Le bien est sans doute la fin de l'homme. Aristote expose en prologue à son *Éthique à Nicomaque* que l'homme tend naturellement vers le bien, et que tout art et toute recherche, de même que toute action et toute délibération tendent, semble-t-il, vers le Bien. Mais Aristote reste nuancé: « Aussi est-il évident, écrit-il, que le bien ne saurait être quelque caractère commun, général et unique. » Et contrairement à ce que pourrait laisser croire l'histoire de la querelle des universaux, Thomas d'Aquin, le Docteur de l'Église cite lui-même Aristote pour le reprendre à son compte: « La prudence ne se rapporte pas seulement aux universels, mais doit connaître aussi des singuliers. » Thomas pourtant insiste sur le fait que toute loi est ordonnée au bien commun et que toutes les fins particulières s'y rapportent. Qu'est-ce que la loi? Saint Thomas répond que c'est une ordonnance de raison, en vue du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté; « puisque la loi ne prend sa pleine signification que par son ordre au bien commun, tout autre précepte visant un acte particulier ne prend valeur de loi que selon son ordre à ce bien commun. C'est pourquoi toute loi est ordonnée au bien commun¹⁴⁵. » Et il a donc tendance à faire confiance à l'Autorité pour définir le bien commun et le faire appliquer ou sanctionner son non-respect.

145. Ia, IIae, q.90.

Mais la prudence s'impose. Augustin d'Hippone avait dit dans son traité sur le libre arbitre que « la loi humaine ne peut prohiber tout ce qui se fait de mal. Car la loi humaine voudrait-elle éliminer tous les maux, il s'ensuivrait que de nombreux biens se trouveraient supprimés et avec elle l'utilité du bien commun qui est nécessaire à la vie des hommes en société¹⁴⁶. » Et c'est pourquoi Thomas d'Aquin qui reprend le grand Augustin conclut que : « Afin donc qu'aucun mal ne demeurât non défendu et impuni, besoin était que survînt la loi divine par laquelle tous les péchés sont prohibés¹⁴⁷. » Les pères de l'Église font donc la part des choses. Ils savent que toute cité a ses faiblesses, que la volonté d'éradiquer tout le mal conduit à faire table rase de l'homme qui est écartelé entre le bien et le mal par sa nature même. La Loi divine est donc là pour entrer dans le royaume des cieux, mais pas pour permettre à la société de faire vivre les hommes. Certes, Thomas d'Aquin reste persuadé que le bien est ce que tous les êtres désirent et « c'est sur cet axiome, dit-il, que se fondent tous les autres principes de la loi naturelle... Il s'ensuit que l'esprit humain saisit comme des biens dignes d'être réalisés, toutes les choses auxquelles l'homme se sent porté naturellement... Tout ce qu'il faut faire ou éviter relève de la loi naturelle¹⁴⁸. » Mais le droit naturel n'est pas le seul à régir la vie des hommes.

La question de savoir quelle est la loi qu'il faut suivre est celle de tous les temps. Les juristes se sont référés très tôt à la loi naturelle.

« La loi vraie, disait Cicéron, est la raison juste en accord avec la Nature; elle est d'application universelle, invariable

146. SAINT AUGUSTIN, *De Lib. Arb.* I, chap. 5, cité par Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia IIae, q.91, art. 4.

147. Ibidem.

148. Ibidem, Ia IIae, q.94, art.2.

et éternelle ; elle invite au devoir par ses commandements et détourne du mauvais chemin par ses interdictions [...]. Les lois ne seront pas différentes à Rome ou à Athènes, et elles ne différeront pas d'un jour à l'autre : une seule loi éternelle et invariable sera valide pour toutes les nations et en tout temps¹⁴⁹. »

Et saint Paul a repris cette idée en considérant que tout homme peut suivre la Loi, c'est-à-dire celle de Dieu, sans même l'avoir reçue, car c'est une loi naturelle inscrite dans le cœur de chacun :

« Or quand les Gentils, qui n'ont point la Loi, font naturellement les choses qui sont de la Loi, n'ayant point la Loi, ils sont Loi à eux-mêmes. Et ils montrent par là que l'œuvre de la Loi est écrite dans leurs cœurs ; leur conscience leur rendant témoignage, et leurs pensées s'accusant entre elles, ou aussi s'excusant¹⁵⁰. »

Cette idée était alors très moderne d'imaginer que le droit puisse se déterminer indépendamment des préceptes religieux, qu'il puisse se nourrir du fond du cœur des hommes autant que de leur raison. C'est dans ce substrat antique que les règles du droit et les enseignements religieux se sont souvent rejoints comme par un accord naturel établi sur leur fondement commun de l'empathie et de l'intelligence humaines. En même temps, le droit et la religion n'ont pas évité le risque de la confusion de l'un à l'autre.

149. *De Republica*, III, 22.

150. *Épître aux Romains*, 2, 14 et 15.

Éthique de réciprocité et règle d'or

Une très ancienne règle de vie commune se retrouve dans la plupart des traditions religieuses pour définir le comportement éthique d'un individu par la mesure de ce qu'il est prêt à accepter de la part d'un autre à son égard. C'est le grand principe, sur la base duquel repose toute organisation sociale équilibrée, qui consiste à éviter de faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qu'ils nous fassent. Armand Laferrère rappelle que le rabbin Hillel résumait ainsi la loi à l'époque de Jésus: « Ce que tu ne voudrais pas que l'on te fit, ne l'inflige pas à autrui. C'est là toute la Torah, le reste n'est que commentaire. Maintenant, va et étudie¹⁵¹. » Zoroastre aurait dit « Tout ce qui te répugne, ne le fais pas non plus aux autres¹⁵². » Le Bouddha aurait également tenu des propos similaires: « Ne blesse pas les autres par des moyens que tu trouverais toi-même blessants¹⁵³ » et l'épopée du Mahâbharata le formule autrement: « On ne doit pas se comporter envers les autres d'une manière qui nous répugne nous-mêmes. C'est le cœur de toute morale¹⁵⁴. » Mais ce n'est pas de la morale, seulement de la précaution, de la politique en ce sens qu'il s'agit d'un principe de sagesse sociale. La règle est là, toujours négative: Ne fais pas à autrui; et toujours dans l'intérêt bien compris de celui qui l'applique, pour se prémunir du mal des autres, une éthique intelligente de réciprocité en quelque sorte. C'est ce que les textes appellent, depuis quelques siècles, la règle d'or qui tend à éviter de faire à autrui ce qu'on ne voudrait pas qu'il vous fasse. Le *Livre de Tobie* le dit déjà: « Ce

151. Talmud de Babylone, traité Shabbat 31 a, cité par Armand LAFERRÈRE, *La liberté des hommes*, Odile Jacob, 2013, p. 221.

152. Shayast-na-Shayast 13, 29, *ibidem*.

153. Udana-Varga, 5, 18, *ibidem*.

154. Mahâbharata, 114, 8, *ibidem*.

que tu serais fâché qu'on te fit, prends garde de jamais le faire à autrui¹⁵⁵. » Saint Augustin enseigne que dans tous les contrats de droit, il faut respecter la maxime commune : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse¹⁵⁶. » Le précepte annonce l'impératif catégorique de Kant : « Agis seulement d'après la maxime grâce à laquelle tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle¹⁵⁷. » Cela veut dire qu'une règle d'action n'est morale que si elle est universalisable, applicable non seulement par moi, mais aussi par tous. Ce principe était, selon Thomas d'Aquin, inscrit dans les *Décrétales* de Grégoire IX (1234) : « Quiconque fixe un point de droit pour autrui, doit s'appliquer ce droit à soi-même. » Et l'autorité du Sage déclare : « Supporte toi-même la loi que tu as établie¹⁵⁸. »

Puis il y a une autre règle, plus exigeante, qui dépasse le droit pour relever du domaine de la charité et de la morale. Elle est introduite par l'Ancien Testament dans le *Deutéronome* qui dit : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même ; je suis l'Éternel¹⁵⁹ » et aussi dans le *Lévitique* qui dit déjà « Tu aimeras ton prochain comme toi-même¹⁶⁰ » avant que le Christ ne le redise à son tour¹⁶¹. Mais le Christ va plus loin : « Tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites le vous-même pour eux¹⁶². » « Que chacun de nous fasse ce qui plaît à son prochain, en vue du bien, dans un but constructif » dit saint Paul¹⁶³. Le Christ précise son enseignement dans son

155. Chapitre 4, 16.

156. *De Ordine* 2, 8, 25. PL 32, 1006 ; cité par Elisabeth DUFOURCO, *L'invention de la loi naturelle*, Bayard, 2012, p. 227.

157. *Fondements de la métaphysique des mœurs*.

158. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Ia Iae q.96, art. 5, réponse 3.

159. *Deutéronome* 19,18.

160. *Lévitique*, 19,18.

161. Matthieu 22,39.

162. Matthieu 7,22.

163. Lettre aux Romains, 15,26,11.13.

Sermon sur la Montagne : « Tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le de même pour eux, car c'est la loi et les prophètes¹⁶⁴. » La règle d'or devient règle de Dieu et bouleverse l'ordre des relations. Il ne s'agit plus de se prémunir du comportement d'autrui, mais de se porter au-devant d'autrui pour satisfaire à ses besoins. Il ne s'agit plus d'une règle négative, mais d'une obligation positive, sauf que cette obligation ne relève que de la morale, de la règle de vie personnelle, elle est offerte à ceux qui voudront la pratiquer, librement acceptée par eux. La règle est porteuse de sens moral et non politique. Le Christ propose à chacun d'avoir un comportement bon, tourné vers les autres, mais cela relève de la décision individuelle, pas d'une obligation sociale. Il dit cela dans le cadre de son *Sermon sur les Béatitudes*, qui proclame que seront heureux les pauvres, les malades, les miséricordieux... D'une certaine manière, le Christ offre d'ailleurs lui aussi une compensation à celui qui suivra son conseil et fera pour les autres tout ce qu'il aimerait qu'il lui soit fait, car il sera heureux. Mais cela relève de sa seule liberté et de l'ordre de la foi.

La loi d'airain

La loi humaine n'est pas d'or, mais plutôt d'airain, elle est plus dure, plus réaliste... plus humaine. La Loi est une chose et la loi en est une autre. La Loi donnée par Dieu à Abraham puis renouvelée par le Christ est une loi de charité, elle est d'abord d'adorer Dieu seul, d'honorer ses parents, de savoir se reposer le 7^e jour. En même temps, elle reprend, elle inclut la loi naturelle dans ses préceptes négatifs :

164. Matthieu 7, 12.

« ... tu ne tueras point, tu ne commettras point d'adultère, tu ne porteras point de faux témoignage contre ton prochain, tu ne convoiteras point la maison de ton prochain ; tu ne convoiteras point la femme de ton prochain, ni son serviteur, ni sa servante, ni son bœuf, ni son âne, ni aucune chose qui appartienne à ton prochain ».

Le Christ reprend la loi pour la dépasser.

« Et voici, raconte Matthieu (19, 17-21), un homme s'approcha, et dit à Jésus : Maître, que dois-je faire de bon pour avoir la vie éternelle ? Il lui répondit : Pourquoi m'interroges-tu sur ce qui est bon ? Il n'y a qu'un seul être qui soit bon. Si tu veux entrer dans la vie, observe les commandements. Lesquels ? lui dit-il. Et Jésus répondit : Tu ne tueras point ; tu ne commettras point d'adultère ; tu ne déroberas point ; tu ne diras point de faux témoignage ; honore ton père et ta mère ; et : tu aimeras ton prochain comme toi-même. Le jeune homme lui dit : J'ai observé toutes ces choses ; que me manque-t-il encore ? Jésus lui dit : Si tu veux être parfait, va, vends ce que tu possèdes, donne-le aux pauvres, et tu auras un trésor dans le ciel. Puis viens, et suis-moi. »

Le Christ parfait la loi humaine par des prescriptions qui vont au-delà de la vie sociale pour accomplir l'homme dans son intimité, dans sa relation à Dieu qui passe par les autres, ses prochains. Mais cette Loi n'est pas du ressort de l'État, de l'autorité temporelle, mais seulement du domaine du spirituel.

La loi interdit ce qui porte atteinte aux autres, ce qui détruit l'ordre social protecteur de la vie sociale. Mais elle ne fait pas la morale, elle n'est pas bienveillante par elle-même. L'Évangile est d'ailleurs très net à ce sujet. Matthieu (18, 23-35) raconte l'histoire du serviteur impitoyable :

«C'est pourquoi, voici à quoi ressemble le Royaume des cieux: Un roi décida de régler ses comptes avec ses serviteurs. Il commençait à le faire, quand on lui en amena un qui lui devait une énorme somme d'argent. Cet homme n'avait pas de quoi rendre cet argent; alors son maître donna l'ordre de le vendre comme esclave et de vendre aussi sa femme, ses enfants et tout ce qu'il possédait, afin de rembourser ainsi la dette. Le serviteur se jeta à genoux devant son maître et lui dit: "Prends patience envers moi et je te paierai tout!" Le maître en eut pitié: il annula sa dette et le laissa partir. Le serviteur sortit et rencontra un de ses compagnons de service qui lui devait une très petite somme d'argent. Il le saisit à la gorge et le serrait à l'étouffer en disant: "Paie ce que tu me dois!" Son compagnon se jeta à ses pieds et le supplia en ces termes: "Prends patience envers moi et je te paierai!" Mais l'autre refusa; bien plus, il le fit jeter en prison en attendant qu'il ait payé sa dette. Quand les autres serviteurs virent ce qui était arrivé, ils en furent profondément attristés et allèrent tout raconter à leur maître. Alors le maître fit venir ce serviteur et lui dit: "Méchant serviteur! J'ai annulé toute ta dette parce que tu m'as supplié de le faire. Tu devais toi aussi avoir pitié de ton compagnon, comme j'ai eu pitié de toi." Le maître était fort en colère et il envoya le serviteur aux travaux forcés en attendant qu'il ait payé toute sa dette. »

Matthieu souligne ce qui ressort du Royaume des cieux et ce qui relève du droit humain. La mansuétude, la remise des dettes à celui qui ne peut pas payer est de l'ordre de la charité, du don qui prévaut dans la relation d'amour entre Dieu et les hommes et c'est cette attitude que le Christ est venu enseigner. Lorsque les hommes n'adoptent pas librement cette loi d'amour, c'est la loi d'airain qui s'applique, celle qui régit les relations sociales. Le maître n'était pas obligé de remettre la

dette. Et quand il comprend que le mauvais serviteur n'est pas capable de la même bonté que lui, il le remet entre les mains de la justice des hommes. La loi n'est pas faite pour être la pâle imitation de la charité, chacune est dans son ordre et celui de la loi est nécessaire quand celui de la charité est souhaitable. C'est parce que la loi est imparfaite, implacable, qu'il est bon d'y adjoindre le regard des hommes, de permettre le pardon, d'y laisser l'ouverture du don au-delà de toute réciprocité. La loi n'est jamais fixée définitivement, elle est en évolution permanente comme le disait déjà saint Paul de la Création : « Nous le savons, en effet, toute la Création jusqu'à ce jour gémit en travail d'enfantement¹⁶⁵. » Et c'est aussi pourquoi à côté de la loi, il faut la charité pour aider à en parfaire l'œuvre.

Autrefois, la charité s'occupait des pauvres. Ce n'était pas parfait non plus. Mais la liberté de chacun était respectée du moins et rien ne dit que les résultats n'étaient pas meilleurs. Comme le rappelle le père Coulanges

« Pour Jean-Paul II, tout comme pour Benoît XVI, charité et justice ne s'opposent pas. Bien au contraire, c'est la pratique de la charité qui fait de l'homme quelqu'un de juste, au sens biblique du terme, c'est-à-dire un homme ajusté à la volonté de Dieu. Si l'on renonce à tenir un discours en termes de classes sociales et d'antagonismes, les objectifs de la justice et de la charité peuvent être réconciliés et devenir éclairants pour tout homme et toute femme de bonne volonté¹⁶⁶. »

C'est ce que disait autrement Frédéric Ozanam, convaincu que la charité a un rôle essentiel à jouer dans la société par la vertu de charité :

165. Romains 8, 22.

166. Pierre COULANGE, *L'option préférentielle pour les pauvres*, Éditions Parole et Silence, 2011, p. 181.

«L'ordre de la société repose sur deux vertus: justice et charité. Mais la justice suppose déjà beaucoup d'amour; car il faut beaucoup aimer l'homme pour respecter son droit qui borne notre droit et sa liberté qui gêne notre liberté. Cependant la justice a des limites; la charité n'en connaît pas¹⁶⁷. »

C'est le message de la Bible dans le psaume 144/145: « Que tes œuvres, Seigneur, te rendent grâce et que tes fidèles te bénissent! Les yeux sur toi, tous, ils espèrent: tu leur donnes la nourriture au temps voulu. » Et c'est aussi ce que dit Isaïe au chapitre 55:

«Vous tous qui avez soif, venez, voici de l'eau! Même si vous n'avez pas d'argent, venez acheter et consommer, venez acheter du vin et du lait sans argent, sans rien payer. Pourquoi dépenser votre argent pour ce qui ne nourrit pas, vous fatiguer pour ce qui ne rassasie pas? Écoutez-moi bien, et vous mangerez de bonnes choses, vous vous régalez de viandes savoureuses!»

Mais la parole divine n'est pas celle de la terre, elle est celle du ciel: « Autant le ciel est élevé au-dessus de la terre, autant mes chemins sont élevés au-dessus de vos chemins, et mes pensées, au-dessus de vos pensées », dit encore Isaïe. Augustin saura l'exprimer en distinguant la cité céleste et la cité terrestre. Oui, Dieu promet le paradis à ceux qui croient en lui, mais il n'est pas pour aujourd'hui. En ce bas monde, chacun peut et chacun doit œuvrer pour améliorer le sort des autres et le sien propre. C'est la charité qui, bien ordonnée, commence

167. Cité par P. Coulange, *ibidem*, p. 75.

par soi-même car Dieu dit aussi d'aimer son prochain comme soi-même.

Fatale confusion

Un chrétien, le pratiquant d'une quelconque autre religion, un humaniste, peuvent librement considérer que ce n'est pas suffisant de suivre la loi naturelle ou le droit positif, qu'il doit être plus exigeant avec lui-même, ne pas se contenter de ne pas faire de mal, mais se faire un devoir personnel de faire du bien. Heureusement que l'humanité secrète nombre d'hommes de qualité, parfois des saints ou des héros, qui viennent illuminer le monde de leur libre détermination en faveur des autres.

Mais toute confusion entre la règle de Dieu et la règle d'airain est dangereuse et risque d'ouvrir le passage d'un monde libre à un monde soumis. Car il est acceptable d'être contraint de ne pas faire de mal à autrui, mais l'autorité ne peut pas obliger les hommes à faire le bien qui relève de leur seul libre arbitre. Et lorsque la « règle d'or » ou quelque chose qui s'en approche est utilisée pour dicter la règle politique, le pire est à craindre. Parce que le bien ne s'impose pas, ne se décrète pas ; il n'est pas le fruit du pouvoir, mais du libre-échange entre individus. Parce que lorsque l'État veut dispenser le bien, il reste à définir le bien qu'il veut prodiguer et avec quels moyens. Et la réalité est que lorsque l'État dispense le bien, c'est toujours avec le bien des autres et que nul droit ne le lui permet. La recherche du bien commun relève de la loi naturelle, celle que nous avons « dans le cœur », mais personne ne sait vraiment quelle est cette loi, sinon quant aux grands principes. Car nous ne possédons pas la vérité et nous ne sommes pas capables de la connaître tout entière. Elle n'appartient, au mieux, qu'à Dieu.

Et lorsque l'État se substitue aux individus pour faire le bien, c'est-à-dire prétend faire le bien des autres, ou obliger

chacun à faire le bien, il prend un immense risque, le risque d'imposer un bien qui n'en est pas un. À vouloir faire le bien des autres malgré eux, il n'est pas rare de leur faire le plus grand mal. Ce ne peut donc être qu'avec d'infinies précautions, la main tremblante, que l'État peut s'engager dans cette voie hasardeuse du bien des autres. Lorsque la loi veut entrer dans le domaine de la morale, lorsqu'elle ne veut pas seulement protéger la propriété, mais la répartir, non seulement protéger la vie des uns et des autres, mais obliger à favoriser le bonheur de tous, lorsqu'elle veut régir les rapports entre parents et enfants, supprimer la charité au profit de la seule justice... elle prend le risque qu'à défaut de propriété garantie, tous soient plus pauvres, qu'un bonheur imposé soit le malheur de beaucoup, que les enfants ne soient plus éduqués... Car le législateur ne saurait se substituer aux individus pour savoir ce qu'ils veulent comme bonheur, il ne peut être parent à la place des parents, il ne saurait faire prospérer la propriété au lieu et place des propriétaires. Ce n'est pas pour autant qu'il ne faille pas chercher la justice. Dans le Sermon sur la montagne, en proclamant : « Heureux ceux qui sont persécutés pour la justice », le Christ enseigne clairement que la justice est un bien au point qu'on puisse être persécuté pour elle, qu'il faut témoigner pour elle. Mais les Béatitudes sont d'un autre ordre que celui de la loi, elles mettent sur le chemin de Dieu qui ne peut être qu'un choix individuel car s'il était contraint, il ne saurait y mener. L'amour transcende la dure nature. C'est aussi pourquoi la nature est insuffisante à accomplir l'homme et la loi de nature ne peut être que le cadre nécessaire au lien social mais non suffisant à la rédemption.

Les ambitions de toute bienveillance publique sont les prémisses d'un nouveau totalitarisme que prévenait déjà Emmanuel Kant en 1793 :

« Personne ne peut me contraindre à être heureux à sa manière (c'est-à-dire à la manière dont il conçoit le bien-être des autres hommes) ; par contre, chacun peut chercher son bonheur de la manière qui lui paraît bonne, à condition de ne pas porter préjudice à la liberté qu'a autrui de poursuivre une fin semblable (c'est-à-dire de ne pas porter préjudice au droit d'autrui), liberté qui peut coexister avec la liberté de chacun grâce à une possible loi universelle. Un gouvernement qui serait fondé sur le principe de la bienveillance envers le peuple, comme celui d'un père envers ses enfants, c'est-à-dire un gouvernement paternaliste (*imperium paternale*), où les sujets sont forcés de se conduire d'une manière simplement passive, à la manière d'enfants mineurs, incapables de distinguer ce qui leur est vraiment utile ou nuisible et qui doivent attendre simplement du jugement du chef d'État la manière dont ils doivent être heureux et simplement de sa bonté qu'également il le veuille, est le plus grand despotisme qu'on puisse concevoir (c'est-à-dire une constitution qui supprime toute liberté pour les sujets qui ainsi ne possèdent aucun droit)¹⁶⁸ ».

La bienveillance est une qualité, mais pas celle qu'on attend d'un gouvernement. Un gouvernement doit gouverner, pas être bienveillant. Une ONG doit être bienveillante si c'est dans sa vocation, une Église doit l'être parce qu'en principe cela relève de sa mission... Il s'agit donc de naviguer sur une crête étroite, tout à la fois de permettre que la société dispose d'un cadre suffisamment stable, clair, acceptable par le plus grand nombre, pour que la vie sociale soit possible, mais aussi que ce cadre ne soit pas étouffant, pas oppresseur, pas liberticide. Il s'agit que la collectivité définisse ce qu'il ne faut pas faire pour

168. KANT, *Théorie et Pratique*, II^e partie, § 5.

tuer la collectivité sans laquelle l'homme ne serait plus qu'un loup pour l'homme, sans garde-fou, sans repos pour vivre. Il faut qu'elle laisse à chacun le droit et même qu'elle favorise l'exercice de sa liberté, qu'elle laisse à chacun la possibilité de faire plus que de s'abstenir, d'aller au-devant des soucis de ses contemporains, d'adopter s'il le veut des préceptes évangéliques. Mais ce sont deux ordres différents entre lesquels le danger extrême est que l'un empiète sur l'autre, que l'ordre social se fasse compassionnel, qu'il veuille utiliser ses immenses moyens pour faire le bien qu'il n'appartient qu'à chacun de nous de vouloir et de faire ou de refuser de faire.

En réalité, c'est même quand la société a compris que ce qu'elle appelait le bien commun avait plus de chance d'advenir par la liberté des individus que par l'action de l'autorité que le Progrès a fait des progrès fulgurants. Le progrès économique a été rendu possible par le fait qu'à partir d'un certain moment, les entrepreneurs ont été reconnus par la société et que la fonction d'entrepreneur est devenue désirable, non seulement pour l'argent qu'elle procurait mais aussi pour la reconnaissance qu'elle permettait d'en obtenir. Ils ont ainsi pu contribuer au bien commun de manière individuelle, en créant des produits nouveaux et incomparables pour satisfaire aux besoins de l'humanité.

La vraie bienveillance n'est pas universelle, mais le fruit de l'attention de chacun à d'autres que soi ; elle n'a rien d'obligatoire sauf à devenir autre chose que de la bienveillance, tout au plus une obligation d'assistance à personne en danger. La bienveillance n'est bienveillance que par et dans le libre choix des individus tant à l'égard des personnes que des modalités retenues pour l'exprimer. Cela ne signifie pas que la bienveillance ne peut pas relever d'une forme d'obligation morale personnelle. Mais l'État ne peut pas se l'arroger et surtout l'imposer à tous.

Il faut se méfier des institutions publiques qui s'arrogent des pouvoirs qu'elles n'ont pas, soi-disant pour répondre à des besoins publics qu'elles ont identifiés mais qui ne sont pour les hommes en charge de ces institutions trop souvent qu'un moyen de se faire valoir, de justifier de leur fonction et de continuer d'en profiter. La civilisation occidentale est née sur la base des enseignements de la Bible qui tend toujours à limiter les pouvoirs des puissants, en instituant¹⁶⁹ des pouvoirs concurrents, les rois, les juges, les prêtres, les prophètes; en laissant à ces derniers une liberté quasi-totale de parole; en établissant la propriété par le cadastre qui vient empêcher le pouvoir d'attenter au bien des individus sauf à prendre le risque de s'attirer les foudres des prophètes comme le roi Achab en fit l'expérience après avoir volé la vigne de Naboth¹⁷⁰.

169. Cf. *Le Pentateuque*.

170. *Livre des Rois*, chapitre 21.

CHAPITRE VIII

L'APPROPRIATION PUBLIQUE DU BIEN COMMUN

La revendication générale du bien commun

Thomas d'Aquin résume bien l'esprit du temps médiéval en affirmant que « le roi est celui qui gouverne le peuple d'une seule cité ou province, et cela en vue du bien commun¹⁷¹. » Mais le bien commun est alors a minima. Il se réduit à maintenir la paix et le salut des hommes dit le Docteur de l'Église :

« C'est en effet à procurer le salut de ce qu'il a pris la charge de gouverner qu'un gouvernement doit porter son effort. Ainsi le rôle du pilote est de préserver son navire des périls de la mer et de le faire parvenir à bon port sans le moindre dommage. Or le bien et le salut des hommes agrégés en société est de conserver cette unité [harmonieuse] qu'on appelle paix ; que celle-ci s'éloigne, l'utilité de la vie sociale disparaît ; bien plus, la société désunie devient insupportable à ses membres. Voilà donc à quoi doit par-dessus tout s'appliquer le chef de la société : à procurer l'unité qui fait la paix¹⁷². »

Saint Thomas souhaite ordonner toute la vie des hommes à Dieu et que le pouvoir leur permette de vivre selon la vertu.

171. *De regimine principum*, chapitre I, 13.

172. *De regimine principum*, chapitre II, 15.

Mais il sait aussi que cette fin, dans sa perfection, n'est pas de ce monde : « Il n'appartient pas au gouvernement humain, mais au gouvernement divin de le conduire à cette fin¹⁷³. » Le Docteur de l'Église s'avance donc avec prudence. Il sait que le monde des hommes n'est pas un monde parfait. Il assigne une triple tâche au souverain. D'abord celle de choisir et renouveler à bon escient les hommes qui l'accompagnent dans la gestion du royaume.

« Deuxièmement, il faut que, par ses lois et ses décrets, par les châtiments et les récompenses qu'il établit, il détourne ses sujets de l'iniquité et les pousse à des œuvres conformes à la vertu ; prenant modèle sur Dieu qui a donné une loi aux hommes et récompense ceux qui l'observent alors qu'il châtie ceux qui la transgressent. En troisième lieu, le roi aura cet autre devoir particulier de protéger contre toute agression du dehors l'ensemble de ses sujets. À quoi lui servirait-il en effet d'éviter les périls intérieurs, s'il n'avait le moyen de conjurer les périls extérieurs¹⁷⁴ ? »

Le roi n'est au service du bien commun que dans la charge de ses devoirs régaliens que sont la sûreté, la sécurité et la justice de ses sujets. Et encore, il est admis qu'il délègue largement à ses féodaux et autres institutions intermédiaires telles que l'Église, les corporations, jurandes, villes... Thomas d'Aquin considère d'ailleurs que, hors les cas de guerre, le souverain ne doit pas lever d'impôts, et qu'il doit vivre et faire vivre ses fonctions royales du produit de ses domaines, ce qui démontre suffisamment combien il limite la tâche du roi. La notion de bien commun est très vague ou très générale ; elle n'ouvre pas encore à des devoirs précis.

173. Ibidem, chapitre XIV, 111.

174. Ibidem, chapitre XV, 122.

Lorsque Thomas d'Aquin fixe au pouvoir le rôle d'assumer le bien commun, il l'entend dans une communauté encore solidaire et baignée par une religion unique qui assigne aux hommes et à l'Église, et non à la collectivité, le devoir de charité. Le pouvoir est alors un pouvoir limité, régalien. La société est alors organique, constituée de communautés imbriquées et plus ou moins dépendantes et hiérarchisées. Dans ces communautés, la solidarité peut encore se développer de manière spontanée, naturelle. Mais la constitution des États qui s'élabore à partir de la Renaissance et la séparation du religieux et du politique qui s'esquisse avec la division du monde chrétien après l'apparition de la Réforme viennent modifier le cadre des rapports sociaux, en changer la nature et la dimension. Dans les anciens mondes grec et romain, l'évergétisme, reprenant l'ancienne tradition des liturgies, permettait la prise en charge des pauvres. Il s'agissait pour les plus riches, qu'ils fussent simples citoyens ou chargés de fonctions civiles, – jusqu'à l'empereur parfois comme le fit Trajan –, d'étaler leur munificence en dépensant une partie de leur fortune au profit des plus démunis. L'État assurait parfois lui-même les distributions ; mais il eut vite une préférence pour laisser les institutions privées s'en charger en leur assurant simplement protection et privilèges, comme l'autorisation de recevoir des legs accordée à l'Église par Constantin en 321 et celle étendue à de nombreux établissements d'assistance par ses successeurs aux IV^e et V^e siècles. Ce fut alors l'Église, relayée notamment à partir du XII^e siècle par des confréries privées et parfois par les municipalités, qui avait mission de s'occuper des pauvres. À la fin du Moyen Âge, la société laïque qui se construit se voit dotée peu à peu des fonctions d'assistance aux pauvres jusque-là dévolues aux institutions ecclésiastiques qui devaient y consacrer une partie de leurs ressources (en principe le quart) ainsi que les souverains le rappellent régulièrement aux dites

institutions (cf. la loi anglaise de 1391 ou la constitution de Charles Quint en Allemagne du 9 juillet 1548). Mais dans un premier temps, ce sont surtout les institutions communales, soucieuses de leur environnement immédiat, qui furent plus attentives aux pauvres. La prise en charge par l'autorité royale, par l'État, n'intervient que plus tardivement, lorsque le pouvoir royal veut s'affirmer à côté ou contre celui de l'Église.

L'inflation progressive du bien commun

Au fond, le bien commun a toujours été présent dans l'histoire politique. Mais la politique a longtemps été restreinte et réservée au pouvoir suprême du prince. La montée en puissance des villes au bas Moyen Âge en même temps que les nécessités de la guerre vont modifier sensiblement cette approche en élargissant la notion de bien commun et l'ouvrant au partage des collectivités urbaines.

Au bas Moyen Âge, le bien commun devient une expression commune après la diffusion des idées d'Aristote et de Thomas d'Aquin sans doute autant que des controverses créées par Marsile de Padoue dans son *Defensor pacis* (1324) ou encore les vers de Dante Alighieri qui décline que le bien commun est le but de toute société et de toute loi¹⁷⁵. Le poète de cour Eustache Deschamps en donnait lui-même la définition :

« Qu'est-ce que le Bien Commun ?
Ce qui peut regarder
Proufit de tous, jeunes et anciens,
Garder la loy, son païs et les siens¹⁷⁶ »

175. *Monarchia*, II, v.2.

176. *Studies in European Urban History* 22, *De Bono Communi*, Brepols, p. 14.

Le Bien Commun est le gardien de la paix et de l'unité d'un royaume. Il répond d'abord au souci de sécurité intérieure et extérieure des sujets. Le souverain toutefois concrétise le bien commun en se penchant sur le sort des villes. En 1322, Charles IV établit une foire à Nîmes en période de carême après s'être assuré que cette décision n'aille pas à l'encontre du *comune bonum*. C'est aussi *pro bono communi* que Jean Le Bon consent en 1360 un nouvel octroi ou encore que Charles V considère « le proffit et Bien Commun de noz sujets » pour décider qu'à Millau tout le sel devra désormais être vendu en place publique¹⁷⁷. Les décisions en ce sens sont légions.

Jusqu'au XIII^e siècle, le financement du Bien Commun était encore souvent l'apanage, à côté du Prince, de la frange la plus aisée de la population agissant au nom de la *caritas*, une charité que les administrés de la ville rendaient volontiers à leurs concitoyens directement ou au travers de confréries ou autres institutions charitables. Leur importance est considérable pour promouvoir par dons et legs toutes sortes d'œuvres d'assistance aux pauvres et aux malades. Dans le Bas-Rhône, nous dit Albert Rigaudière, « près des deux tiers des fondations d'hôpitaux pour la période médiévale sont dues à des initiatives privées¹⁷⁸. » Il en alla de même de la construction des ponts et notamment du fameux pont d'Avignon, dû à l'initiative de Bénézet, qui fut pour l'essentiel financé par des quêtes. Des villes comme Montpellier ou Agde financèrent aussi leurs murailles par la prise en charge de particuliers indépendants et regroupés à cet effet.

Mais peu à peu, les dépenses sont trop lourdes pour des finances particulières et l'objet de l'attention publique devient trop large. Face aux budgets en difficulté des insti-

177. Cf. idem, article d'ALBERT RIGAUDIÈRE, *Donner pour le Bien Commun et contribuer pour les biens communs dans les villes du midi français du XII^e au XV^e siècle*, p. 14.

178. Ibidem, p. 32.

tutions charitables, les pouvoirs municipaux interviennent et s'y substituent comme en témoigne l'emprise mise par la ville sur les hôpitaux de Marseille, Narbonne, Avignon et tant d'autres au milieu du XIV^e siècle. De même les œuvres en charge des ponts ou des fortifications et de la défense passent sous contrôle municipal. En même temps, d'autres ouvrages urbains requièrent de l'argent pour offrir à la population des fontaines ou des voies, des théâtres ou des jardins. Il faut alors faire appel à l'impôt bien dénommé comme un « commun » dans le midi de la France.

« Les exemples les plus précoces qui ont pu être relevés concernent l'Auvergne du XIII^e siècle, après cependant Montpellier où il est fait état de la levée d'un "commun" dès 1232. Peu après, en 1239, la charte de franchise accordée aux habitants d'Ambert autorise ses consuls à lever des *communes* destinées *ad necessitates ville*, tandis que celle de Vodable de 1262 prévoit que chaque contribuable devra s'acquitter régulièrement d'une *commune suum*. Moins de vingt ans plus tard, en 1280, c'est aux consuls d'Aurillac qu'est reconnu le droit de *liberre comunes tallias facere et per se levare*. Puis, en 1291, leurs collègues de Montferrand se voient officiellement octroyer « pouvoir et puissance de mettre sus et imposer, toutes et quantesfoiz il leur plaira, tailles et autres mises de deniers communs sur les habitants de ladite ville¹⁷⁹. »

Ainsi sont nés les impôts locaux sous la forme des communs.

Les villes adoptent cette référence au bien commun pour leur politique. Mais dans une acception de plus en plus large. Le bien commun sert à renforcer le contrôle des prix alimentaires,

179. Albert RIGAUDIÈRE, *ibidem*, p. 47.

à surveiller les marchés ou la qualité des produits, à rechercher la fraude ou l'usure, à protéger la santé ou la salubrité... Les municipalités hollandaises disent que l'entretien des polders relève du bien commun tandis que le conseil de la ville de Zurich déclare qu'en protégeant les oiseaux insectivores, il agit au nom du bien commun. Chacun voit le bien commun à sa manière parfois contradictoire, en favorisant la concurrence ou en la limitant: au XV^e siècle, Augsbourg impose un marché libre de la viande deux fois par semaine pour le bien commun des pauvres et des riches tandis que Cologne interdit les machines textiles qui améliorent la production et réduisent l'emploi¹⁸⁰.

À dire vrai la notion de bien commun prend aussi souvent la forme *d'utilitas rei publicae* ou de *communis utilitas* ou encore *d'utilitas publica*. Mais le sens est identique ou du moins très voisin.

«Quels que soient les mots ou expressions utilisés qui permettent d'entrevoir la notion toujours fuyante de Bien Commun, tous évoquent des décisions prises par des autorités qui se réfugient en permanence derrière la volonté d'apporter une amélioration à la situation de leurs destinataires. Tous autorisent à affirmer que le Bien Commun dans la ville des derniers siècles du Moyen Âge se décline en plus de sécurité, d'égalité, de confort dans le cadre de vie, de prospérité dans l'économie, d'honnêteté dans les transactions, de bonne entente, de paix sociale, d'amitié et de solidarité, sans oublier une meilleure prise en compte des dommages causés par la guerre. Ainsi conçu, le *bonum commune* a quelque chose d'impalpable et de fondamenta-

180. Ibidem, pp. 146 et 147.

lement moral, même si sa lente construction passe obligatoirement par des réalisations matérielles et concrètes¹⁸¹. »

Le bien commun en dispute

Mais le bien commun est souvent prétexte pour affirmer un pouvoir contre un autre ou pour imposer telle ou telle décision, et notamment fiscale. À la fin du Moyen Âge, c'est en invoquant le Bien Commun que les ducs de Bourgogne se heurtèrent fréquemment à leurs villes elles-mêmes mobilisées pour défendre contre eux leur Bien Commun. Celui-ci a souvent permis « aux acteurs du politique d'afficher la position de force qu'ils estiment leur revenir¹⁸². » Quand les villes instituaient des mesures de régulation des marchés, elles se heurtaient souvent aux corporations qui dénonçaient ces dispositions au nom d'un bien commun que les villes invoquaient pour justifier de leur position. Déjà le Bien Commun est comme un mot magique que personne ne peut combattre sauf à le faire également en son nom comme le firent Lyon et les villes voisines à la fin du XV^e siècle, chacune pour s'approprier l'exclusivité des foires. Sous l'intérêt général sourdent le plus souvent des intérêts particuliers.

C'est un processus d'uniformisation de la société qui est ainsi engagé par le roi et achevé par la Révolution. Car le souverain de Bodin construit la société en s'appropriant le bien commun,

181. Albert RIGAUDIÈRE, cf. *ibidem*, p. 27.

182. *Ibidem*, Elodie LECUPRE-DESJARDIN et Anne-Laure VAN BRUAENE, p. 7.

« Il est celui par lequel les parties de la vie collective vont s'unir, organiser leurs échanges, commercer entre elles; il doit créer le lien social qui n'existe pas naturellement¹⁸³. »

Mais à vouloir être acteur de la constitution sociale, le souverain, et désormais l'État souverain, a vidé la société de sa densité. Il a voulu modeler la société et il ne l'a que réduite à l'anémie au mieux, à une forme d'esclavage au pire, en se substituant aux individus et aux communautés intermédiaires, en les soumettant à sa règle plutôt que de vivre de leurs forces vives. Il s'est détaché de la société pour avoir voulu être au-dessus d'elle, créant une séparation définitive entre l'État et la société. Et de plus, en considérant que le souverain est à lui-même sa propre mesure, en en faisant l'auteur de la loi, il en fragilise la puissance efficiente qu'il ne fait plus dépendre d'une reconnaissance de la nature des choses.

Bodin considère que le souverain est naturellement dépositaire du Bien de la République, seul à le déterminer en conséquence de sa nature; il est celui par qui la justice s'infusera dans la République. Pour lui, dit Gaëlle Demelemestre,

« Il est de l'essence du souverain de savoir ce qui est bien pour l'ensemble des ménages du territoire, ce qui revient à joindre comme consubstantielles à la souveraineté, les références au bien et au droit d'une communauté. »

Il annonce ainsi l'État providence. Il annonce aussi l'État administratif en préférant le modèle de l'organisation administrative avec ses règlements et commandements au modèle de la justice délibérative avec ses parties et ses sentences, sa jurisprudence qui donne peu à peu force et substance au droit.

183. G. DEMELEMESTRE, *Les Deux souverainetés et leur destin, Le tournant Bodin — Althusius*, p. 85.

Il survalorise la loi du souverain comme le fera bientôt la Révolution dont la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen dira en son article 4 que :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

Ainsi s'instaure un légicentrisme qui a le mérite d'établir le règne de la loi et la faiblesse d'en rester à une loi auto fondatrice, auto limitante, auto normée, comme une aire de liberté qui fixe aussi les barrières au-delà desquelles la liberté ne doit plus s'exercer, une liberté octroyée par un pouvoir qui la régit et qui, s'il l'a donnée, peut la reprendre.

Certes, Bodin se garde d'aller plus loin, jusqu'aux prémices d'une forme de totalitarisme, parce que s'il donne comme tâche première au monarque de redistribuer justement les biens, conformément aux anciennes définitions de la scolastique et de l'école de Salamanque, cette redistribution ne vise encore que les honneurs, les mérites, les fonctions plutôt que directement la richesse ou les revenus. Il laisse à l'appréciation individuelle ce qui relève de la sphère privée des sujets et notamment ce qui a trait à l'économie. Il est d'ailleurs en rupture avec la tradition classique en ce sens que, selon lui, le souverain ne peut pas même se saisir du sujet du bonheur de ses sujets.

« La finalité politique n'a pas de visée éthique ; elle est tout entière tournée vers le souci de permettre aux hommes de vivre ensemble suivant un juste ordonnancement, sans virer au chaos. Le pouvoir n'a pas en conséquence à être mis

au service du bonheur des sujets puisque cette dimension humaine n'est pas d'ordre politique¹⁸⁴. » »

En quelque sorte Bodin apparaît résolument moderne en ce sens qu'il donne à l'État des droits incommensurables, mais que dans le même temps il réserve les droits des individus et la liberté naturelle et la propriété des biens,

« car il n'y a point de chose publique, s'il n'y a quelque chose de propre, et ne se peut imaginer qu'il n'y ait rien de commun, s'il n'y a rien de particulier¹⁸⁵ ». »

C'est en ce sens aussi qu'il est favorable à la liberté de conscience, à la liberté de religion dans un temps où celle-ci est bien mise à mal.

Le secours des pauvres

Parallèlement, l'idée humaniste que le souverain devait s'occuper des pauvres était née déjà au XV^e siècle devant la montée de la misère.

« Dès lors, note Michel Mollat, l'idée était partout admise qu'il appartenait à l'État de s'occuper des pauvres ; Geiler de Kaysersberg la formulait très clairement. C'est d'ailleurs ce qu'expose, vers 1500, son compatriote anonyme, auteur du *Livre des cent chapitres*, conservé à Colmar, célébrant l'avènement d'une société nouvelle à la huitième phase de l'histoire du monde. Si les souverains ne se chargent pas d'établir un ordre social harmonieux, le Seigneur lâchera la bride aux

184. G. DEMELEMESTRE, *ibidem*, p. 56.

185. BODIN, *Les six livres de la République*, cité par G. Demelemestre, p. 59.

pauvres, qui seront les artisans de sa colère et les artisans de leur libération¹⁸⁶. »

Mais ce n'est alors encore qu'un vent de millénarisme avant que les États ne se réapproprient cette revendication. Le fait est caractérisé le plus tôt en Angleterre après la réforme d'Henri VIII et sa séparation d'avec l'Église de Rome qui le conduit à supprimer en 1539 tous les ordres religieux. Le régime des secours publics aux pauvres dut alors nécessairement être sécularisé, le législateur devant désormais pourvoir aux besoins que les établissements religieux ne pouvaient plus prévenir ni satisfaire¹⁸⁷. Bientôt Edouard VI proclama expressément l'obligation faite aux villes et aux villages d'entretenir leurs pauvres. En 1562, l'aumône devint obligatoire et en 1572 une taxe fut instituée pour assurer le financement de cette charge avant qu'en 1601 la reine Elisabeth établit un Statut des pauvres pour organiser les secours publics.

Ainsi, progressivement, les pouvoirs publics se sont emparés du secours aux pauvres, souvent d'ailleurs pour éviter les troubles que cette pauvreté – la mendicité, l'oisiveté – pourraient entraîner. Dans toute l'Europe des législations interdisent la mendicité, essaient d'obliger les pauvres à travailler.

Certes, Montesquieu avait déjà, dans l'*Esprit des Lois* en 1748, défendu l'idée que l'État devait s'occuper des pauvres : « Quelques aumônes que l'on fait à un homme nu dans les rues, ne remplissent point les obligations de l'état, qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable, et un genre de vie qui ne soit point

186. Michel MOLLAT, *Les pauvres au Moyen Âge*, Éditions complexes, 1992, p. 329.

187. Cf. Joseph-Marie DE GÉRANDO, *De la bienfaisance publique*, Bruxelles, 1839, tome second, pp. 491 sq.

contraire à la santé¹⁸⁸. » Mais ce qu'il propose, c'est de mettre tout le monde au travail parce qu'un homme qui a du travail n'est pas pauvre. À cet égard d'ailleurs il défend la politique susvisée d'Henri VIII en Angleterre en considérant que la charité que faisaient les moines entretenait les pauvres dans la misère plutôt qu'elle ne les aidait à en sortir : « Henri VIII voulant réformer l'Église d'Angleterre, détruisit les moines, nation paresseuse elle-même, et qui entretenait la paresse des autres, parce que pratiquant l'hospitalité, une infinité de gens oisifs, gentilshommes & bourgeois, passaient leur vie à courir de couvent en couvent. Il ôta encore les hôpitaux où le bas peuple trouvait sa subsistance, comme les gentilshommes trouvaient la leur dans les monastères. Depuis ce changement, l'esprit de commerce et d'industrie s'établit en Angleterre¹⁸⁹. » Et c'est pourquoi il ne préconise que des secours momentanés, particuliers pour éviter que les pauvres s'enferment dans la pauvreté mais plutôt qu'ils soient contraints de s'en extraire.

Mais avant le XVIII^e siècle, il n'est pas encore institué de droit des pauvres aux secours. Il faut la Révolution française pour considérer que la nation a une dette à l'égard des pauvres, et donc que ceux-ci ont une créance. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en préambule de la Constitution du 24 juin 1793 affirme en son article 21 que :

« Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. »

À partir de ce texte fondateur de droits-créances pour les pauvres, les deux siècles suivants vont multiplier doucement

188. Chapitre XXIX.

189. Ibidem.

mais sûrement les politiques d'assistance et la reconnaissance des droits des pauvres. L'industrialisation et l'urbanisation vont accélérer le phénomène. La démocratie aussi qui s'installe partout avec ses vertus et néanmoins le risque permanent qu'elle verse dans la démagogie. Montesquieu déjà considérait que s'il convient qu'en certains cas « l'état a besoin d'apporter un prompt secours », c'est « soit pour empêcher le peuple de souffrir, soit pour éviter qu'il ne se révolte¹⁹⁰. » L'aveu est clair : les secours sont autant pour éviter la souffrance que pour empêcher la rébellion. Il y a là la réminiscence de l'ancienne politique romaine du pain et des jeux offerts au peuple pour le tenir tranquille, un poison lent qui entraîna sans doute la chute de Rome à terme en favorisant sa déliquescence et qui pollue désormais trop souvent les démocraties. Dans cette volonté de l'État de substituer sa providence à la providence divine, il y a sûrement beaucoup de bonne volonté et en même temps la volonté, au demeurant inefficace à long terme, de contenir le peuple, de le maîtriser et peut-être de l'exclure.

Le champ du bien commun

La question reste de savoir à qui revient d'assumer le bien commun ? À la collectivité ou aux individus, ou aux communautés qu'ils forment librement entre eux ? Car si « Les rois sont sans contredits les serviteurs du peuple, puisque leur pouvoir n'a d'autre fin raisonnable que le bien public¹⁹¹ », sont-ils les seuls à devoir y concourir ? Ne sommes-nous pas tous responsables du bien public ? La réalité est sans doute que plus personne ne s'en sent responsable parce que des décennies de propagande et de pratique collectivistes ont fait

190. *L'Esprit des Lois*, chapitre XXIX.

191. Edmond BURKE, *Réflexions sur la révolution de France*, Hachette, coll. Pluriel, p. 37.

croire à chacun qu'il avait tout à attendre de l'autre au pire et de la collectivité au mieux.

Bien sûr que la justice et le bon ordre de la collectivité exigent de tendre vers la réalisation, dans les rapports humains, à ce que les latins appelaient le *bonum* et l'*aequum*. Mais pourquoi abandonner cette tâche, ce devoir entre les mains de l'État? Chacun de nous en est chargé et chacun de nous y a sa part de réalisation. Certes l'État a la sienne propre au regard des moyens qui lui sont confiés, mais il n'a nulle obligation d'en décharger tout le monde. Mieux, il a l'obligation morale de faire participer le plus grand nombre à cette préoccupation qui est le ciment des sociétés au lieu que le fossé qu'il crée entre lui et les citoyens en les empêchant de s'en occuper constitue sans doute une des causes principales de la déréliction dans les démocraties d'aujourd'hui.

Le bien commun est le prétexte de tous les hommes politiques. Il s'est d'ailleurs plutôt transformé en rappel à l'intérêt général, mais pour eux, c'est la même chose, c'est le moyen de faire croire qu'ils écartent l'intérêt particulier. Car, comme le dit Pascal Salin,

« Les hommes politiques prétendent agir non par intérêt, contrairement aux acteurs du marché, mais par bienveillance et souci de l'intérêt général; mais en fait, ils agissent par intérêt puisque leur première préoccupation consiste à obtenir le vote de ceux qu'ils prétendent satisfaire. Ils ne défendent pas l'intérêt général mais des intérêts bien particuliers et, par ailleurs, leur action risque fort de nuire à tout le monde. »

Nous pouvons même accorder le crédit que certains hommes politiques croient réellement agir pour le bien commun. Lorsqu'ils veulent être réélus, ils se persuadent

que c'est parce qu'ils seront mieux à même que d'autres de réaliser ce qu'attend la communauté dont ils espèrent être les représentants. Les dirigeants d'associations sont eux-mêmes fréquemment atteints de ce syndrome. Ils sont convaincus qu'ils font œuvre utile, – ce qui est d'ailleurs parfois, voire souvent, vrai – à titre purement bénévole et peut-être même sacrificiel. En fait ils ne vivent plus que pour leur cause dont ils deviennent parfois les petits tyrans. Quand ils ne se font pas payer en argent sonnante et trébuchante, ils se font rémunérer en honneurs et représentations que leur rôle leur permet d'obtenir ; ils se dévouent pour être reconnus, sans s'en rendre compte peut-être. Ce qui ne veut pas dire qu'ils ne font pas œuvre utile. Si les hommes ne travaillaient pas pour leur intérêt personnel, ils ne travailleraient pas beaucoup, c'est d'ailleurs ce qui se passe dans les sociétés collectivistes. Et de la même façon, si les hommes politiques ou les dirigeants d'associations et autres œuvres dites caritatives, n'en avaient pas une récompense, sous quelque forme que ce soit, des honneurs à la simple satisfaction de réussir quelque chose, ils ne seraient pas nombreux à y consacrer autant de temps et de sueur.

CHAPITRE IX

BIENS COMMUNS / BIENS PUBLICS

Au demeurant, il ne faut pas confondre le bien commun et les biens publics, même si les biens publics ont généralement vocation à contribuer au bien commun.

Les biens publics sont ceux qui sont entre les mains de la collectivité publique, ou produits par elle. Traditionnellement, on peut considérer comme des biens publics ceux qui répondent simultanément à deux critères :

- Que le service soit ouvert ou offert à tous, sans que l'un puisse s'en exclure, sans que les bénéficiaires aient à en être identifiés, sans qu'il soit possible d'écarter un consommateur qui refuse de payer alors qu'il utilise le bien concerné, ce que Samuelson appelait la non-excluabilité.
- Que le bénéfice qu'en tire l'un n'ampute pas celui que pourraient en recevoir d'autres, c'est-à-dire que la consommation du bien puisse être faite par plusieurs individus sans diminuer la valeur ou la consistance ou l'usage du bien, ce que Samuelson appelait la non-rivalité.

La défense nationale est le prototype même du bien public produit pour protéger tous contre les périls extérieurs sans que la protection puisse en être refusée ni que celle de

l'un ne vienne réduire le service rendu à d'autres : même si quelqu'un refuse de payer ses impôts, il est cependant protégé d'une agression d'un pays ennemi par la Défense de son pays (non-excluabilité) et le fait qu'il soit ainsi protégé ne diminue pas la protection de ses voisins (non-rivalité).

Mais cette définition ne suffit pas pour déterminer quel bien doit être considéré comme public au sens de nécessairement public, car si tel était le cas un service de télévision ou de radio ou encore un service de Wifi installé dans une ville pourraient être considérés comme des biens publics.

Ronald Coase, prix Nobel d'économie, a démontré qu'il y avait sans doute peu de domaines où l'intervention de la collectivité publique était nécessaire en reprenant l'exemple du phare que nombre d'économistes avant lui avaient utilisé pour justifier le rôle de l'État dans l'économie.

« C'est une fonction propre au gouvernement, disait John Stuart Mill, de construire et d'entretenir des phares, des balises, etc. pour la sécurité de la navigation : en effet, il est impossible que les navires en mer, qui tirent profit d'un phare, soient amenés à payer un droit à l'occasion de l'utilisation de ses services, personne ne construirait des phares pour des motifs d'intérêt personnel, à moins d'être indemnisé et rémunéré par un prélèvement obligatoire effectué par l'État¹⁹². »

Et Henry Sidgwick, dans the *Principles of Political Economy*, affirmait de la même manière :

« Il existe certains services dont l'appropriation par ceux qui les accomplissent ou qui souhaiteraient les acquérir est

192. *Principes d'économie politique* cité par Ronald COASE dans *L'entreprise, le marché et le droit*, Éditions d'organisation, 2005, p. 214.

pratiquement impossible. Par exemple, il arrive souvent que les avantages d'un phare bien placé puissent être largement appréciés par un navire auquel on ne pourrait pas imposer, sans difficulté, un droit de passage¹⁹³. »

Enfin Samuelson a développé le même argument :

«Voici un autre exemple de service gouvernemental : les phares. Ces derniers sauvent des vies et des cargaisons, mais les gardiens de phares ne peuvent se rendre auprès des capitaines afin d'en percevoir les redevances. Ainsi, nous avons ici une divergence entre l'intérêt privé et le coût de l'argent [comme le verrait n'importe quel individu assez hors du commun pour tenter de faire fortune en se lançant dans le commerce de phares], et l'intérêt et les coûts sociaux réels [tels que mesurés par les vies et les cargaisons sauvées, par comparaison avec : 1. le coût total du phare ; et 2. les frais supplémentaires qui résultent pour un bateau de plus d'observer le feu d'avertissement]. Les philosophes et les hommes d'État ont toujours reconnu le rôle nécessaire du gouvernement dans de tels cas de divergence d'économie externe entre les bénéfices privés et sociaux¹⁹⁴. »

Samuelson note au surplus que même s'il était possible de percevoir une redevance par un mécanisme de marché, ce ne serait pas nécessairement optimal parce qu'il ne coûte rien de faire profiter du phare à un bateau supplémentaire qui passe alors que s'il existe une redevance, la collectivité prend le risque que le bateau détourne sa route pour éviter de payer la redevance, ce qui aurait un coût social pour elle. Il considère

193. cité par Ronald COASE, *ibidem*.

194. *L'économie : introduction à l'analyse économique*, cité par Ronald Coase, *ibidem*, p. 215.

ainsi que le phare doit être un bien collectif parce qu'il n'est pas excluable, c'est-à-dire qu'on ne peut pas empêcher le capitaine d'un navire d'en profiter sauf à fixer une redevance qui représente un risque social, le risque que le bateau ne fasse pas profiter le territoire concerné de son arrivée au port. Mais alors ne faudrait-il pas aussi considérer que l'État doit nourrir tous les individus pour ne pas prendre le risque qu'ils ne se nourrissent pas et se laissent mourir, ce qui ruinerait la population du pays? Ou encore que l'État abreuve et donne des prés à toutes les vaches et construise des usines pour éviter qu'il y ait un manque de vaches et d'usines... ?

Ronald Coase a eu la bonne idée d'aller regarder comment les phares avaient été construits et gérés au Royaume-Uni. Et il a découvert que jusqu'au milieu du XIX^e siècle, l'État avait bien essayé de s'arroger le monopole des phares et balises au travers de la Trinity House, organisation dédiée à cet effet. Dotée de ce monopole, celle-ci s'opposa à ce que des particuliers bâtissent des phares, mais sans succès, car elle n'en construisait pas suffisamment alors que le besoin s'en faisait sentir et que des promoteurs privés étaient prêts à se lancer dans l'aventure de la construction de nouveaux phares et parvinrent à obtenir des autorisations à cet effet de la Couronne. Ces investisseurs privés percevaient des droits de passage dans les ports par des mandataires qui pouvaient représenter plusieurs phares. Le système marcha si bien que :

« En 1820, 11 seulement des 46 phares existants avaient été bâtis à l'origine par la Trinity House, alors que 34 avaient été construits par des particuliers¹⁹⁵. »

195. Ronald COASE, *ibidem*, p. 227.

Après quoi, la Trinity House obtint d'exercer effectivement son monopole en soutenant qu'elle pourrait ainsi réduire les redevances et rendre service à la nation en favorisant le trafic maritime. Elle racheta donc les phares privés. Mais en réalité, elle dut maintenir ses tarifs aux mêmes niveaux qu'antérieurement pour faire face aux coûts d'achat, comme les propriétaires privés le faisaient pour faire face à leurs coûts de construction. Ce n'est qu'en 1848, après complet paiement et remboursement de ses emprunts d'acquisition que la Trinity House put réduire ses prix, comme peut-être auraient pu le faire les propriétaires privés des phares dans la même situation.

La conclusion de Ronald Coase est tranchée : « L'histoire antérieure montre que, contrairement à la conviction de nombreux économistes, un service de phares peut être assuré par une entreprise privée¹⁹⁶. » Il faut donc ajouter que ne doivent être considérés comme des biens publics que ceux dont la production ou le service ne peuvent pas être assurés par le secteur privé. Or il apparaît que de très nombreux biens et services que l'habitude a établis comme des biens publics par définition peuvent aussi être produits par le secteur privé, du moins sous forme de concession, comme par exemple les postes ou les transports publics, mais aussi les pompiers ou les équipements sportifs...¹⁹⁷

Faut-il repenser les Biens communs ?

Dans un article, au demeurant ambigu, *The Tragedy of the Commons*, le biologiste Garrett Hardin¹⁹⁸, défend la propriété pour éviter la disparition ou le gaspillage des biens communs tels que l'air, l'eau... Il analyse l'usage que peuvent faire des

196. Ibidem, p. 239.

197. Cf. Henri LEPAGE, *Demain le capitalisme*, collection Pluriel, 1978, pp. 275 sq.

198. *Science, New Series*, Vol. 162, No. 3859. Dec. 13, 1968, pp. 1243-1248.

bergers d'un pâturage qui serait commun à eux tous et il tire la conclusion que chacun aurait alors intérêt à épuiser les ressources des champs ainsi à la disposition commune, chacun ayant plus à perdre à limiter son usage des « communs » qu'à gagner à en profiter au détriment de la collectivité, jusqu'au jour où les prés s'épuisent et où les troupeaux trop nombreux ne peuvent plus s'alimenter suffisamment.

La réaction habituelle des sociétés est de multiplier les lois et les règlements, mais cette politique ne conduit qu'à une fonctionnarisation croissante de la vie sociale et à une administration de la collectivité sous le contrôle tatillon et inutile de gardiens qu'il faut multiplier à l'infini. Car alors *Quis custodiet ipsos custodes?*, qui gardera les gardiens? rappelle-t-il selon le mot attribué à Juvenal (I^{er} siècle après J.-C.). Une alternative à la propriété et/ou à l'usage commun n'a pas besoin d'être parfaitement juste pour être préférable, dit-il.

« L'alternative que nous avons choisie est l'institution de la propriété privée combinée avec le droit d'hériter. Ce n'est pas parfaitement juste car les héritiers peuvent ne pas être les plus aptes à gérer les biens reçus en héritage. Nous devons admettre que notre système légal de propriété privée et d'héritage est injuste – mais nous le défendons parce que nous ne sommes pas convaincus, en ce moment, que quelqu'un ait inventé un meilleur système. L'alternative aux biens communs est trop horrible à envisager. L'injustice est préférable à la ruine totale¹⁹⁹. »

Il se rallie à la propriété privée pour éviter la ruine de la société qu'annonce nécessairement selon lui tout système de

199. Ibidem.

propriété collective. Ce n'est pas très positif, mais sans doute juste par défaut.

À l'encontre de cette position, Elinor Ostrom, prix Nobel en 2009, s'est attachée à démontrer que Harding avait tort, notamment parce qu'il raisonnait exclusivement sur les ressources naturelles et non sur les biens immatériels soumis à d'autres défis en matière de rareté. Par exemple, souligne-t-elle, le savoir ne doit pas connaître de limitations d'accès car son partage n'appauvrit personne alors qu'il enrichit la connaissance et favorise le développement de tous²⁰⁰. Mais plus généralement tout un courant défend désormais l'idée que de nombreux biens devraient être considérés comme communs, ceux qui sont :

« nécessaires à la survie de l'espèce (l'eau, l'air, le climat, la nourriture saine, etc.), ceux qui sont essentiels pour garantir un développement libre et harmonieux de la personnalité (la connaissance, l'accès aux soins, la sauvegarde des savoirs ancestraux, le patrimoine artistique, etc.) et des biens qui sont stratégiques pour la bonne marche de la vie active, que ce soit l'espace urbain...? Les activités universitaires...? voire la finance spéculative²⁰¹. »

À ce train-là, il ne restera pas grand-chose qui ne soit pas commun, d'autant que cette présentation n'a pas la prétention, nous disent les auteurs, d'épuiser le vaste domaine des « biens communs » ! Et même s'ils n'écartent pas la possibilité de la

200. *La Gouvernance des biens communs: pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, 1990, Bruxelles, Éditions De Boeck, 2010.

201. Béatrice PARANGE et Jacques DE SAINT VICTOR, *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 21, ouvrage collectif issu d'un colloque tenu le 23 octobre 2012 à l'université de Paris VIII.

gestion privée de certains biens communs, ils ouvrent sans limite le champ de la gestion commune. Les changements climatiques justifieraient désormais la gestion commune de la couche d'ozone. La Charte de l'environnement française, du 1^{er} mars 2005, proclame en son préambule que l'environnement « est le patrimoine commun des êtres humains ». Définissant bientôt les biens communs comme « des actifs qui doivent être préservés dans l'intérêt de tous »²⁰², les défenseurs des biens communs se prétendent les défenseurs du présent en même temps que du futur.

Ces auteurs font observer que les Latins déjà, et dès le I^{er} siècle après J.-C. avec Virgile ou Cicéron, évoquaient la mer ou l'air, ou encore le sol pour les morts, comme des *res communes*. Vincenzo Mannino note encore que les plages étaient considérées selon les cas comme *res publicae*, c'est-à-dire propriété de l'ensemble du peuple, ou biens communs. Le droit de propriété est légitime pour Vitoria du fait même que l'homme a l'aptitude à acquérir et disposer. Si originellement les choses étaient communes, pense-t-il, les hommes ont agi pour se partager, s'approprier les biens par la ruse, la force, le travail, la coutume, la convention, l'usurpation... La possession crée des différences de richesse contraignant certains à la dépendance. Mais si à l'origine, la possession a contribué à la pacification des relations sociales en conférant aux hommes une autonomie, les biens ne sont pas tous privatisables. Selon l'impératif du droit des gens, les biens utilisables par tous doivent rester communs : l'eau, l'air, le gibier, les forêts.

Plus tard, la République de Venise revendiquera son indépendance à l'égard du Saint Empire romain germanique comme à l'égard de la Papauté, en soulignant que la ville avait

202. Émilie GAILLARD, *ibidem*, p. 135.

été construite sur la lagune, un bien commun qui était libre de toute puissance supérieure. Puis Grotius fera, au XVII^e siècle, de la liberté des mers le fruit de l'appartenance de celles-ci à la catégorie des *res communes omnium*.

Agriculture et pénurie

C'est sans doute plus généralement avec les invasions barbares et sur les débris du monde romain que la notion de biens communs s'est développée dans des villages isolés où émergeait une économie de subsistance. Ces populations dont la démographie était en chute libre cherchaient de nouvelles règles destinées à assurer leur perpétuation et à faire face à la vacance des propriétés. Il s'agissait de fonder de nouvelles solidarités en même temps que de répondre à de nouvelles exigences économiques de pénurie. L'importance des biens communaux ressort clairement de l'histoire anglaise. La Magna Carta de 1215 contenait déjà plusieurs articles (44, 47, 48, 53) relatifs au droit de la forêt; mais ces articles furent retirés de la nouvelle version publiée en 1216 et, en 1217, fut publiée, en complément de la Magna Carta, une charte concernant exclusivement la forêt. Le terme « forêt » désignait non seulement les terrains densément boisés que nous appelons ainsi aujourd'hui mais aussi des landes ou des prairies, et même des champs, des villages ou des villes auxquels Henry II, Richard et Jean avaient successivement étendu le régime particulier des forêts où les droits du souverain étaient protégés. La Charte de la forêt restaurait les droits traditionnels des hommes libres, ce qui explique à la fois la faiblesse de sa notoriété et l'ire du roi, qui la déchira en 1227, à sa majorité. La Charte permettait aux hommes libres de jouir de droits tels que *panage* (pâturage pour leurs porcs), *estover* (ramassage du bois), *paissance* (pâturage des bovins et ovins), ou *tourbage*

(tourbe utilisée comme combustible). Elle limitait la gravité des sanctions, sous le contrôle de cours spéciales, réunies régulièrement (le tribunal de Quarante-Jours par exemple, art. 8). La peine de mort était ainsi supprimée pour ceux qui capturaient un chevreuil, remplacée par de fortes amendes ou une peine d'emprisonnement. Et ce n'est que sous le règne de Victoria que les forêts furent progressivement rendues au droit commun, et la Charte de la forêt fut définitivement abrogée en 1971²⁰³.

En Angleterre les biens communaux furent donc longtemps importants. En 1600 la moitié des terres arables auraient encore été en jouissance collective avant que le mouvement des enclosures déjà engagé au siècle précédent ne s'accroisse pour qu'en 1750 cette proportion tombe au quart et qu'en 1830 la plupart des terres soient définitivement encloses. Il y a donc eu effectivement des périodes de gestion collective plus ou moins généralisées de certains biens et notamment de terres. Mais ce rappel à l'histoire n'apporte pas confirmation du bien-fondé de l'extension des « communs ». Cette notion des communs a d'ailleurs existé, et plus longtemps, sous une autre forme, différemment, dans le droit anglo-saxon qui partageait les droits sur la terre et connaissait une autre notion de la propriété que celle du continent. Les seigneurs y détenaient le droit de réattribuer les tenures paysannes, considérées comme non héréditaires, à l'occasion du décès de chaque titulaire. Mais plus encore et surtout, cette gestion des « communs » autant que l'incertitude que la non hérédité des tenures paysannes faisaient peser sur l'agriculture des aléas qui ont entravé son essor et que les enclosures ont libéré. Parallèlement au mouvement anglais des enclosures, et après lui, la France connut aussi une restriction des biens communaux,

203. *Wild Creatures and Forest Laws Act*, 1971.

notamment sous l'influence des physiocrates à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle avant que la Révolution française ne vint définitivement consacrer une conception plus absolue de la propriété.

Jacques de Saint Victor observe d'ailleurs que la gestion des biens communs correspond le plus souvent à une pratique de sociétés holistes, « où l'individu n'existe pas et où seul le groupe compte puisque c'est lui qui travaille en commun » et il pose la question : « Comment concevoir un commun qui n'opprime pas l'individu²⁰⁴ ? » Les communautés qui pratiquent les « communs » sont généralement des communautés fermées aux étrangers qui risquent de diminuer la part du « commun » dont jouit la Communauté. Il observe encore « que les choses possédées en commun ne circulent pas²⁰⁵. » Et c'est la raison pour laquelle les gestions communes sont des entraves au développement et ne peuvent tout au plus convenir qu'à des collectivités réduites, fermées et isolées. Et c'est lorsque ces collectivités lèvent le voile et permettent l'appropriation privée qu'elles prennent leur élan en donnant à chacun la liberté de se rendre maître de son travail, de ses idées, de sa création matérielle ou intellectuelle.

C'est précisément en invoquant la propriété intellectuelle que les tenants du retour des biens communs tentent de justifier leur thèse. Ils s'indignent du scandale que représenteraient les droits de propriété sur les médicaments, empêchant de porter secours aux populations les plus démunies, ou de celui des OGM développées de manière oligopolistique dans le monde et forçant les agriculteurs à racheter chaque année leurs semences alors qu'auparavant ils pouvaient utiliser une partie de leur propre production pour réensemencer.

204. Ibidem, p. 76.

205. Ibidem, p. 78.

La propriété intellectuelle est ainsi revendiquée comme une propriété commune pour être au service de tous.

Il est vrai que l'emprise d'une grande entreprise, la société Monsanto, est très dominante dans la culture des OGM. Et cette domination n'a été rendue possible que parce que Monsanto a pu disposer de brevets protégeant ses productions. Pourtant cette protection est fragile et provisoire. Les brevets n'ont une durée de protection que de 20 ans, mais à partir de la date d'invention et non de celle de mise sur le marché. Dans les faits, l'entreprise n'a donc qu'une dizaine d'années pour exploiter ses brevets sur le marché et rentabiliser sa recherche. Les agriculteurs sont effectivement obligés de racheter leurs semences chaque année auprès du producteur Monsanto. Mais après l'expiration du délai susvisé de 20 ans (à partir de 2015 pour les premiers brevets déposés), ils seront libres d'utiliser leurs graines de l'année précédente pour ensemencher l'année suivante. Monsanto et les autres devront mettre sur le marché de nouveaux produits, plus performants, s'ils veulent que les agriculteurs du monde entier s'approvisionnent encore chez eux. Car rien n'oblige les agriculteurs à acheter des semences transgéniques. S'ils le font, c'est que cela leur permet d'augmenter considérablement leur production et leurs profits en même temps que l'humanité tout entière y gagne : l'augmentation des rendements agricoles est le meilleur moyen de faire face à l'augmentation de la population mondiale qui croît chaque année de 128 millions d'individus.

Les droits de propriété intellectuelle

Doit-on garantir la propriété des idées, ne serait-ce que pour un certain temps ? La propriété intellectuelle est d'abord une question de principe. Elle est ensuite un enjeu économique important : les brevets freinent-ils la recherche, ou bien,

au contraire, favorisent-ils le développement de nouveaux produits ?

La protection de la propriété intellectuelle est un débat vieux..., comme les libéraux qui ont probablement été les premiers à s'intéresser à cette question. Certains d'entre eux considèrent que la plus grande liberté doit régner et que rien ne devrait interdire d'utiliser les idées de chacun, du moment qu'elles sont du domaine public. Pour eux, la mise à disposition pour tous de toutes les innovations publiques favoriserait le progrès et amplifierait les découvertes. Celles-ci pourraient ainsi s'enchaîner plus facilement, sans être entravées par les interdictions d'usage, ou les surcoûts qu'imposent les droits de propriété dont peuvent bénéficier les auteurs de création artistique, industrielle, ou autre.

Cette conception heurte pourtant ceux qui sont attachés au droit de propriété. Peut-on imaginer que quiconque puisse plagier le livre d'un auteur et le publier sous son propre nom ? Et pourquoi défendre le droit de propriété accordé à ceux qui ont découvert les terres les premiers, et le refuser à ceux qui trouvent des idées, des techniques ou des concepts ? Ainsi, pour John Locke, le droit d'auteur est un droit naturel de propriété, dont dispose chaque individu sur le travail de son esprit. C'était à cette conception que se référait Le Chapelier en 1791, quand il a défendu l'établissement du droit de la propriété intellectuelle comme « la plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés ». Toute production appartient à celui qui l'a élaborée, considère Bastiat ; il est donc de ce fait inadmissible de faire dépendre ce type de propriété du bon vouloir des législateurs.

Pourtant, il y a une grande différence entre le propriétaire de biens corporels, et le penseur qui émet des hypothèses, des théorèmes, produit des œuvres de l'esprit, livre sa vision du monde, découvre des moyens ou des procédés... La diffé-

rence est que le bien du premier ne peut pas lui appartenir en même temps qu'appartenir à un autre, alors que le « bien » du second peut être produit, peut-être même quasiment à l'identique, par d'autres que lui. Il n'y a pas de rivalité nécessaire dans la possession. Il n'est pas rare que des idées germent au même moment en différents endroits du monde, et que des techniques similaires apparaissent en différents lieux. La raison en est sans doute que, l'innovation étant le plus souvent le fruit de l'évolution générale d'une culture intellectuelle, ou technique, elle est la conséquence des progrès antérieurs qui ont amené une découverte à son éclosion. Ces productions s'appuient donc sur le travail intellectuel mené par d'autres, soit au travers de l'acquis direct des inventions ou des œuvres antérieures, soit au travers de l'appropriation indirecte par la formation, l'éducation, etc. C'est cette notion qui pousse certains auteurs, comme Pierre-Joseph Proudhon, à considérer que ces œuvres sont la propriété de tous.

La propriété intellectuelle n'est donc pas totalement de même type que la propriété des biens matériels. Elle est le fruit exclusif de l'homme, l'œuvre immense de sa créativité inépuisable. Mais ce fruit peut avoir été enfanté par plusieurs cerveaux. C'est pourquoi le Droit a eu la sagesse de proposer des traitements différents pour des situations qui ne l'étaient pas moins. Alors que la propriété des biens est en général garantie sans limitation de durée, celle des droits de propriété intellectuelle n'est protégée que pour une durée différente, dans chaque type de Droit, suivant les pays: 20 ans pour les brevets, le temps d'utilisation de quelques années de plus pour les marques, et 50 à 90 ans après leur mort pour les droits d'auteur. Mais le Droit distingue encore le droit de « paternité » qui oblige ceux qui font référence à l'œuvre à citer son auteur, du droit d'exploitation qui ne peut pas être perpétuel.

Ce compromis satisfait la conception utilitariste, inspirée en particulier de Jeremy Bentham, selon laquelle la protection des droits de la propriété intellectuelle permet de favoriser la recherche en autorisant ceux qui y ont investi à en obtenir un rendement satisfaisant. Elle a le mérite en outre de laisser chacun libre de se placer, ou non, sous le système de protection légale. C'est le cas par exemple de Coca Cola qui n'a pas déposé sa formule magique afin de la protéger, mais a préféré la cacher. Différemment c'est le cas des constructeurs automobiles comme Tesla ou Toyota qui ont préféré mettre dans le public une grande partie de leurs brevets concernant l'utilisation de batteries électriques pour favoriser la diffusion de systèmes qui ne pourront fonctionner que s'il y a de très nombreux utilisateurs et des « stations-service » adaptées pour eux et leur nouveau modèle. L'utilité et l'efficacité économique y trouvent leur compte²⁰⁶.

C'est d'ailleurs le message que délivre Elinor Ostrom plutôt que celui d'une collectivisation des biens communs que certains ont voulu lui faire endosser. Elle ne condamne pas la propriété privée et ne prétend pas que l'État doit se charger du bien commun, ni même seulement que la gestion des biens communs doit être collective. Elle insiste à juste titre sur le fait que dans certaines situations, une gestion collective des biens communs peut être efficace, ce qui n'est pas toujours le cas. Et ce qui ressort de son analyse est que les utilisateurs de biens communs peuvent s'organiser pour gérer ensemble lesdits biens mieux qu'ils ne le feraient si ceux-ci étaient partagés entre eux. Mais elle évoque des communautés volontaires et généralement petites, exclusives d'apports étrangers.

206. C'est ce que confirme de manière très concrète une Étude de la New Direction Foundation (New Direction Foundation, The benefits of Research & Innovation, March 2014, <http://newdirectionfoundation.org/content/benefits-research-and-innovation>).

Ces organisations de type coopératif peuvent fonctionner efficacement lorsque leurs participants y adhèrent librement et lorsque la puissance publique tend à les favoriser plutôt qu'à les entraver. Elle insiste sur le caractère expérimental de ces outils de gestion, tous différents, qui se construisent avec le temps en accumulant les acquis qui réussissent. Cette mise en commun de moyens et de règles satisfait d'autant mieux à ses buts, selon elle, qu'elle se construit sur les microréalisations de quelques-uns servant de modèles à la communauté pour en étendre le champ d'application. Au fond elle souligne que c'est lorsque les « appropriateurs » de la ressource ont des droits sur elle, c'est-à-dire des droits de propriété, fussent-ils partagés, qu'ils gèrent le mieux, et qu'ils y sont encouragés s'ils agissent dans le cadre d'un état de droit qui respecte leur liberté de gestion et d'organisation et qui la fait respecter par tous.

Le bien commun est sans doute essentiellement l'ensemble des conditions qui permettent de vivre ensemble et il s'agit d'un dosage qui n'est pas défini a priori ; il est différent selon les pays, les époques, les circonstances... Mais dans la détermination de ce dosage, il ne faut jamais oublier que s'il s'agit de faire vivre ensemble des hommes, ce sont eux qui doivent être les premiers intéressés, qui doivent être respectés en priorité, qui doivent dire ce qu'ils veulent. Il n'est pas vraiment possible de déterminer de manière parfaite et définitive ce qu'est le bien commun, mais tout au plus de se situer dans une recherche permanente du bien commun, parce que toute solution est imparfaite et suppose d'être adaptée ou révisée de manière régulière. Mais il y a plus de risque à ce que l'État s'empare du bien commun plutôt que de laisser les hommes le construire à leur mesure.

L'État ne peut pas être infallible dans la détermination du bien commun qu'il entend promouvoir. Il ne peut l'être ni plus

ni moins que chacun des citoyens qui constituent une nation. Il n'est pas possible de soutenir sérieusement, comme le veut la doxa contemporaine, que c'est « l'État qui incarne le bien commun²⁰⁷. » Si l'État s'arroge, ou s'il lui est confié par les citoyens, le monopole du bien commun, ses erreurs, inévitables, seront celles de toute la nation, elles causeront du tort à tous, seront lentes à déceler et lentes à y remédier. Alors que lorsque les personnes privées commettent leurs propres erreurs, celles-ci portent moins à conséquence, elles servent de contre-modèle pour que d'autres évitent de les reproduire. Il est plus facile et plus rapide d'y mettre fin.

La réalité est que bien souvent, l'État érige en bien public ce qu'il veut contrôler et il a un appétit toujours grandissant à tout contrôler. C'est exactement ce qui ressort de la décision du président américain Obama, dans un élan de justice dénaturée, d'ériger internet en bien public pour bannir toute discrimination dans le traitement des paquets de données qui transitent chaque jour dans les câbles qui sillonnent la planète. Cet immense réseau que représente internet a pourtant été développé par des entreprises privées pour se rendre service entre elles. Ce ne sont pas elles, mais les États, et notamment l'État américain, qui restreignent l'accès à internet pour des raisons idéologiques ou espionnent les communications pour des raisons de « sécurité nationale ». Internet n'a pas à être neutre mais libre car il est normal que les acteurs du réseau puissent décider de leurs relations commerciales. À défaut ce sont sans doute les plus modestes qui en pâtiront car ils ne pourront plus bénéficier d'offres restreintes, mais adaptées à leurs besoins et bon marché.

Cela ne veut pas dire pour autant que l'État, et avec lui les autres collectivités publiques, doit être étranger au bien

207. Philippe AGHION et Alexandra ROULET, *Repenser l'État*, Seuil, 2011, p. 12.

commun. Tout au contraire les collectivités publiques ne se justifient que par son accomplissement. Mais ce bien commun doit tout entier et quasi exclusivement tendre à permettre à chacun de réaliser le bien dans le respect de sa liberté. À cet égard, et selon la conception de John Rawls, comme sa théorie de « la justice comme équité », le bien commun ne se retrouve pas dans une société politique unifiée par une doctrine unique, religieuse, philosophique ou morale. Il consiste plutôt à permettre la coexistence de doctrines diverses et parfois opposées, pour autant qu'elles acceptent de se respecter et de se plier à des règles communes qui autorisent leur vie commune.

CHAPITRE X

LA PAUVRETÉ : SOUMISE OU LIBÉRÉE PAR LA RICHESSE ?

Quand Thomas d'Aquin souhaite que la société soit orientée vers le bien commun des hommes qui la composent, il entend que le cadre fixé et respectueux de la liberté permette à chacun d'atteindre ses fins. Mais fort de sa foi, il imagine que la société peut sans doute imposer à chacun son orientation, voire que l'homme puisse être sacrifié à la société.

Car il considère qu'« il n'y a pas d'identité entre l'intérêt propre et l'intérêt commun. Les intérêts propres divisent, tandis que l'intérêt commun unit. Aux effets différents répondent des causes différentes. Il faut donc, en plus de ce qui meut au bien propre de chacun, quelque chose qui meuve au bien commun de l'ensemble²⁰⁸. » Cette approche permet déjà une intrusion qui pourrait être gravement limitative de la liberté des sujets dont le souverain se voit ainsi confier la tâche de les conduire à la vertu. Quelle prétention immense que d'imaginer que le pouvoir d'État en est capable!

La réalité est pourtant différente. L'intérêt individuel n'est pas nécessairement opposé à l'intérêt général et même, le plus souvent, il lui est favorable. En parlant du dirigeant d'entreprise vilipendé pour rechercher son intérêt personnel, ou du moins celui de l'entreprise, Milton Friedman écrit à juste titre que :

208. *De regimine principum*, chapitre I, 7.

« En recherchant son propre intérêt, il travaille fréquemment à celui de la société plus efficacement qu'il ne le fait quand son intention est vraiment de le faire. Je n'ai jamais su, ajoute-il, que beaucoup de bien ait été fait par ceux qui se donnaient l'air de travailler pour le bien public²⁰⁹. »

L'histoire montre qu'en dépit du caractère provocateur d'un tel propos, celui-ci est le plus souvent vérifié par les faits ainsi qu'en témoigne, contre la croyance commune, l'histoire du progrès humain et plus particulièrement celle de l'avènement des sociétés industrielles.

Bien commun et liberté

La société industrielle n'a pas fait passer le monde de l'ombre à la lumière. Avant elle, les sociétés antiques et médiévales avaient connu leur grandeur, de riches productions culturelles et des innovations exceptionnelles à la mesure de leur époque. De nombreuses aventures avaient déjà conduit ces sociétés aux confins des mondes géographiques, scientifiques, politiques ou intellectuels. Mais chaque fois déjà, ce sont sans doute les avancées de la liberté qui avaient relâché des énergies suffisantes pour que la créativité humaine soit capable de s'épanouir. La liberté des citoyens grecs a donné naissance à des philosophies fondatrices en même temps qu'aux prémisses des sciences exactes et aux principes de la démocratie. Rome a construit les cadres d'une société de droit. Ancré dans le judaïsme en même temps qu'il est venu l'accomplir, l'avènement du christianisme a apporté un nouveau message de liberté d'une part dans l'affirmation que chacun a le choix de son salut dans la reconnaissance de sa qualité d'enfant de

209. *Capitalisme et liberté*, Éditions À contre-courant, 2010, p. 216.

Dieu, et d'autre part dans l'idée alors révolutionnaire que la religion doit être séparée de la politique en rendant à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu. Malgré des années noires, inhérentes aux faiblesses des hommes, ces germes de Jérusalem, Athènes et Rome ont ensemble mûri pour produire une civilisation nouvelle appelant à plus de liberté individuelle et, par là, ouvrant le champ à l'éclosion de forces issues d'initiatives individuelles débridées.

Dans ce contexte est née la société moderne, dans une lente évolution depuis la Renaissance et plus encore depuis le siècle des Lumières de l'agitation duquel sont sortis tout en même temps les excès de la Révolution française et d'un individualisme oublieux des communautés et des lois naturelles d'une part, et les promesses d'une vie nouvelle, moins soumise aux aléas de la nature physique, moins asservie aux contingences du quotidien d'autre part. La naissance de la société industrielle a été si longtemps décriée, – et elle l'est encore –, pour son inhumanité que ce n'est qu'avec beaucoup de précautions qu'il faut en vanter les bienfaits qui sont pourtant réels. L'histoire et la mentalité politique et populaire ont retenu les souffrances des paysans transformés en ouvriers des villes, elles ont raconté la misère des habitats sordides et le travail des femmes et des enfants exploités, sublimé les luttes des classes qui en seraient résultées. Tout est en partie vrai et mérite aussi, pourtant, un autre récit car l'histoire n'est pas si simple. Il faut connaître la misère des paysans avant de mesurer la misère de ceux d'entre eux devenus ouvriers, savoir d'où ils sont venus et où ils ont pu aller.

Les misères d'avant

L'histoire n'est pas toujours linéaire. L'Antiquité et le Moyen Âge ont connu leurs périodes de prospérité et celles de misère.

Il reste que la société d'avant la société industrielle était globalement moins favorable au sort des plus démunis, eux-mêmes généralement plus nombreux qu'ils ne l'ont été ensuite. Le monde d'hier n'était pas moins dur pour les pauvres et ceux-ci n'étaient pas moins nombreux. Rome entretenait, dit-on, 120 000 assistés aux derniers temps impériaux. On a parlé d'un raz de marée de la pauvreté dans la partie orientale du monde romain au VI^e siècle. Au Moyen Âge, le niveau de la pauvreté a été fluctuant bien sûr, mais généralement très supérieur à celui de l'époque contemporaine.

Saint Jean Chrysostome estimait à 50 000 le nombre d'indigents à Constantinople vers l'an 400. Au VI^e siècle, le législateur s'employa à freiner l'exode rural vers les villes, à interdire la prise en gage des terres et des outils de travail pour éviter aux impécunieux de tomber dans la marginalité, à protéger les jeunes filles achetées par des proxénètes dans les campagnes à des parents désemparés. Fut alors ré-institué un contrôle des pauvres, déjà établi en 382 mais tombé en désuétude, pour refouler les indigents des villes. Mais l'État essaya surtout de faire en sorte que des institutions privées se chargent d'assister les pauvres. L'autorisation de recevoir des legs accordée par Constantin à l'Église en 321 fut étendue aux IV^e et V^e siècles à bien d'autres établissements d'assistance et Justinien multiplia les garanties à leur profit. Les pauvres sont alors pris en charge par l'Église, sous le patronage de l'évêque, avant que le relais ne soit pris par les moines, notamment après l'expansion des abbayes bénédictines. Dans ces abbayes comme dans celles des autres ordres, la charité était institutionnalisée tant le besoin en était grand. À partir du XII^e siècle, des laïcs, souvent organisés en confréries de miséricorde, prirent en partie la relève des ordres monastiques pour assurer la charge des établissements d'assistance.

Les suzerains admonestaient, quand il le fallait, les églises et les enjoignaient de faire leur travail pour soulager la misère comme le fit Philippe Auguste à l'égard des prélats de son royaume. D'autres, tel Thibaud, comte de Champagne, organisaient eux-mêmes l'assistance aux indigents en prescrivant aux barons d'en faire autant. D'une manière générale, il était dans la tradition royale d'accorder des libéralités à nombre d'institutions en faveur des miséreux et des malades. Charles le Bon devait son surnom à sa générosité en faveur des victimes de la famine de 1126. Le rôle de l'autorité était aussi de veiller à ce qu'une bonne justice soit rendue aux pauvres, à ce que ceux-ci soient défendus.

« Au XIV^e siècle, raconte Michel Mollat, le comte de Savoie, Amédée VI, institua un avocat des pauvres ; de même en Castille, Alphonse XI (1337) régla les honoraires et obligea les alcades à fournir un avocat aux pauvres ».

Des villes comme Lyon ou Valence firent de même et l'institution fut généralisée en Italie et en Espagne au XVI^e siècle²¹⁰.

Sans doute il y eut quelques périodes plus heureuses, comme le milieu du XIII^e siècle, le « bon temps du roi saint Louis », qui permit à saint Bonaventure d'écrire en 1255 que la famine était une affaire du passé. Il avait tort malheureusement. Le siècle n'était pas fini que la pauvreté s'abattait à nouveau sur l'Europe. Selon Michel Mollat la région du Forez, à titre d'illustration, connut « trente-quatre années de disette, soit une année sur deux, entre 1277 et 1343²¹¹. » La famine s'étendit partout dans la péninsule ibérique en 1302 et partout en Europe dans les années 1315/1317. Il rappelle la chronique de Ferdinand IV de Castille :

210. Michel MOLLAT, *Les pauvres au Moyen Âge*, Éditions Complexe, 1992, p. 176

211. Ibidem, p. 193.

« Les hommes mouraient sur les places et dans les rues ; la mortalité fut si grande que le quart de la population mourut et la famine telle que l'on mangeait du pain de chien, et que jamais en aucun temps, l'humanité n'en connut une aussi grande ni une pareille mortalité²¹². »

Les ruses du climat, de la sécheresse extrême à la pluie sans fin selon les cas, ajoutaient alors et causaient en même temps la disette et la maladie. Les récits n'en manquent pas du nord au sud de l'Europe, dans les villes et dans les campagnes. À Florence, accablée à plusieurs reprises depuis les années 1320, la famine fut telle en 1346 que selon les témoignages, la ville comptait six mille morts et la commune dut secourir les trois ou quatre cinquièmes de la population qui devait être alors de l'ordre de quatre-vingt à quatre-vingt-dix-mille âmes. Dans les campagnes aussi la pauvreté est le fruit de ces aléas climatiques et sanitaires. Mais elle est peut-être plus endémique là où les paysans n'ont pas de lopins de terre suffisant à leur subsistance. C'est le cas par exemple en Cambrésis vers 1300 où 33 % des paysans ont des terres insignifiantes et 12 % sont mendiants, ou en Picardie où à la même époque 33 % des paysans ont moins d'un hectare à cultiver et vivent dans la gêne et 12 % sont dépourvus de terres et dans la misère complète²¹³. En Catalogne, la pauvreté rurale a été estimée à 20 ou 25 %.

« Alors se développa dans toutes les campagnes le prolétariat rural des brassiers, manœuvres de bras, bergers et valets en France, des cottiers anglais, des Sörtner et Gärtner allemands. On a estimé que vers 1300 la moitié des paysans anglais subsistaient grâce au complément salarial du chef de famille. Vers la même époque, dans certains villages namurois, plus

212. Ibidem p. 194.

213. Ibidem, p. 204.

du tiers et jusqu'à 72 % des habitants étaient obligés de se louer²¹⁴. »

Au début du XIV^e siècle « les Tables des pauvres assistaient parfois le quart des habitants d'une paroisse dans le nord de la France²¹⁵. » Les chiffres se confirment partout : « À Lunel, en Languedoc, en 1295, les exempts pour cause de pauvreté forment 18 % des habitants recensés. À Carcassonne, neuf ans après, 33 % des gens sont "trop pauvres pour payer l'impôt". Les "estimes" toulousaines offrent de meilleures informations... on sait que près de la moitié des déclarants... se situaient au-dessous du minimum imposable... Les "menus" à Paris comptent 42 % des contribuables en 1297, 47 % en 1298 ; à Reims, pour les six paroisses de la ville en 1328, le pourcentage oscille entre 40 et 60 %. Comme à Toulouse, les mendiants ne figurent pas sur les listes²¹⁶... » Et encore, c'était avant la peste. Celle-ci ravagea l'Europe pendant un siècle. Arrivée d'Orient en 1348, elle décima les pauvres sans pour autant les faire disparaître car elle en créait d'autres.

La peste eut d'autres effets car en raréfiant la main-d'œuvre, elle en augmentait le prix et conduisit les autorités à s'en émouvoir pour interdire des hausses de prix inconsidérées à ses yeux. Là est né, en 1349, le « Statut des travailleurs », la réglementation anglaise sur les pauvres, plus complète et méthodique qu'ailleurs en Europe. En même temps qu'étaient décrétés un blocage des salaires et l'interdiction de changer d'emploi, la mendicité et l'aumône étaient interdites aux hommes valides. Au demeurant, en certains endroits la guerre, qui ajoutait la misère à la peste et aux agitations sociales vite réprimées, engendra des consé-

214. Ibidem, p. 205.

215. Ibidem, p. 206.

216. Ibidem, pp. 213/214.

quences négatives, contribuant à la baisse des salaires, comme à Florence où dans les années 1368-1370 le chômage sévissait entraînant une baisse des rémunérations pouvant atteindre 40 à 45 %. Les pauvres se multipliaient, mais avec eux les usurpateurs, les faux pauvres, oisifs, truands, vagabonds. Ce qui rend plus réservée la société à l'égard du pauvre. De 1350 à 1500 il y eut une augmentation du nombre des pauvres en même temps qu'un déplacement de la misère vers les villes. Le nombre de pauvres est alors couramment évalué à 30 % de la population, voire plus. En Bourgogne, expose Michel Mollat, « À Dijon en 1397, les feux misérables comptent pour 83 % ; en 1431 et 1433, ils sont encore 58 et 54 % auxquels s'ajoutent 27 et 34 % de feux mendiants²¹⁷. » Emmanuel Le Roy Ladurie a résumé la situation en parlant du « tohu-bohu famine-pestes-guerre, ou simplement après 1670 famine-épidémies-guerre » affectant une démographie bringuebalante²¹⁸. Tout n'était pas toujours dramatique au demeurant et les périodes fastes alternaient avec celles qui l'étaient beaucoup moins. Mais la question est de savoir si la transition de l'agriculture à l'industrie a été globalement bénéfique ou non et dans quelles conditions.

Les misères d'après

Or dans le long terme, il est devenu évident que toutes les catégories sociales ont profité de l'industrialisation et que la pauvreté dans le reste du monde est souvent liée à l'absence d'industrialisation. Beaucoup de nostalgie laisse penser que la vie campagnarde était idyllique, que l'ouvrier de la campagne, inséré dans une communauté disposant de terres communales,

217. Ibidem, Éditions Complexe, 1992, p. 283.

218. *Les paysans français d'Ancien Régime, du XIV^e au XVIII^e siècle*, Le Seuil, 2015, p. 105.

pouvait vivre déceimment et librement, ce qui était parfois vrai, mais souvent faux. L'analyse doit distinguer d'ailleurs les pays, voire les régions et les époques.

Dans son ouvrage *L'échelle du monde*²¹⁹, Patrick Verley utilise toutes les études et recensions sérieuses qui ont pu être faites pour mesurer l'évolution des niveaux de vie au cours du temps. Il en conclut que la révolution industrielle a été un processus lent affectant d'abord les campagnes. Une série proposée par E.A. Wrigley et R.S. Schofield pour l'Angleterre :

« ...laisse à penser, dit-il, à une forte hausse du pouvoir d'achat du début du XVII^e siècle au milieu du XVIII^e siècle, qui serait suivie par une nette détérioration jusqu'au début du XIX^e siècle²²⁰. »

Mais les situations ne sont pas toutes les mêmes :

« Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, alors que les salaires réels tendent à baisser en Angleterre du Sud, ils s'élèvent plutôt dans la partie Nord du pays, où leur niveau est bas, parce que le développement des activités industrielles y suscite une demande accrue de travail de la part des employeurs. Ainsi entre 1750-1754 et 1788-1792, alors que le salaire réel selon l'indice Phelps Brown-Hopkins baisserait de 20 %, celui du maçon londonien de 30 %, celui du charpentier londonien de 19 à 22 % selon le mode de calcul, celui du manœuvre de Greenwich ou celui de l'artisan de Greenwich de 24 %, le salaire réel du manœuvre du Lancashire augmenterait durant la même période de 14 %, celui du journalier agricole écossais de 21 % »²²¹.

219. Tel, Gallimard, édition de 2013.

220. Idem, p. 351.

221. Idem p. 356.

Il note pourtant une augmentation globale de la consommation des ménages sur l'ensemble des XVII^e et XVIII^e siècles et donc de leur pouvoir d'achat, liée aussi à d'autres facteurs tels l'amélioration sensible de la productivité agricole qui accompagne le mouvement des enclosures et des travaux d'aménagement des terres qu'il entraîne, le développement de la pluriactivité dans les campagnes (artisanat ou industrie/agriculture), la réduction du nombre de jours fériés, le travail des femmes et des enfants... Au début de l'ère industrielle,

« le journalier agricole qui devient manœuvre industriel voit sa rémunération s'élever. Si l'écart est faible au début des années 1820, il se creuse peu à peu, oscillant entre 30 et 50 % dans les années 1830 et 1840²²². »

Dans le courant du XIX^e siècle, la situation ouvrière a tendance à s'améliorer en dépit des descriptions apocalyptiques de Dickens et autres Marx.

« En termes d'évolution des pouvoirs d'achat, les différentes approches convergent vers l'idée d'une sensible amélioration des salaires réels, non que les salaires nominaux progressent beaucoup, mais parce que le coût de la vie diminue. L'indice Phelps Brown-Hopkins²²³ montre une hausse régulière du pouvoir d'achat de 1815 jusqu'aux années 1860 à partir desquelles le mouvement s'accroît vers des progrès beaucoup plus affirmés. Il conclurait à une hausse du pouvoir d'achat de 68 % entre les minima de 1810-1814 et le milieu du siècle (moyenne 1846-1850).

222. Ibidem, p. 397.

223. *Seven Centuries of the Prices of Consumables, Compared with Builders' Wage-Rates* by E.H PHELPS BROWN and Sheila HOPKINS, *Economica*, New Series, Vol. 23, N° 92 (Nov. 1956).

M.W. Flinn aboutit à un ordre de grandeur similaire pour les pouvoirs d'achat ouvriers : le gain serait compris entre 55 et 65 % dans la même période. La comparaison des termes de l'échange entre prix agricoles et prix industriels mène à la même conclusion²²⁴. »

Les analyses plus pessimistes ne peuvent s'appuyer sur aucune statistique, mais seulement sur les récits d'ambiance qui tiennent peut-être à la dégradation des conditions d'habitation dans les grandes villes et aussi sans doute à l'écart des revenus qui s'accroissent alors dans l'entreprise au profit notamment du nouveau groupe des cols blancs. Plus généralement, l'augmentation des inégalités de revenus et de patrimoine, notamment en Angleterre, met en relief la pauvreté des plus pauvres, quand bien même ces « plus pauvres » sont de fait devenus moins pauvres qu'avant, voire sensiblement moins pauvres.

C'est vrai aussi, et peut-être plus encore, aux États-Unis où dès le début du XIX^e siècle les salaires ont été sensiblement plus élevés que les salaires européens, de l'ordre de 25 à 50 % supérieurs aux salaires britanniques et de 60 à 100 % supérieurs aux salaires français, et où les évolutions à la hausse des rémunérations ont été proches de celles de l'Europe sous réserve de la rupture de la guerre de Sécession.

Ailleurs en Europe, où la révolution industrielle arrive plus tardivement, voire beaucoup plus tardivement, qu'en Angleterre, le salaire réel semble baisser presque partout dans le cours du XVIII^e siècle et jusqu'à la fin de celui-ci. À partir du début du XIX^e siècle les situations sont encore contrastées après les guerres napoléoniennes qui ont détérioré les niveaux et conditions de vie en bien des régions d'Europe.

224. Patrick VERLEY, *L'échelle du monde*, p. 397.

« Mais, quelles que soient les analyses, note P. Verley, il n'y a pas entre 1800 et 1850 de dégradation générale des revenus par tête. Et entre 1850 et 1900 il y a, à l'évidence, une sensible amélioration générale des pouvoirs d'achat presque partout »²²⁵

alors même que la population de l'Europe, Russie comprise, fait plus que doubler au XIX^e siècle et qu'une telle pression démographique était au cours des siècles précédents un facteur de détérioration des niveaux de vie. La croissance industrielle de ce siècle (2 à 3 % par an) est plus rapide que la croissance démographique (0,8 % par an).

En France en particulier, il ressort des travaux réalisés par J.-C. Asselain²²⁶ que les salaires réels auraient augmenté sensiblement entre 1789 et 1815 pour baisser ensuite avant de reprendre un mouvement important de hausse à partir des années 1850. Une évolution du même ordre, mais plus atténuée, aurait été celle des salaires réels en Allemagne sur la même période.

Tout au cours de ces siècles d'industrialisation, il apparaît ainsi que lorsque le processus d'industrialisation est enclenché durablement, le niveau de vie des classes populaires augmente lui-même durablement. C'est vrai pour l'Angleterre, la première nation entrée dans l'ère de l'industrialisation, à partir du début du XIX^e siècle. C'est vrai pour la France et à un moindre degré pour l'Allemagne, dont le décollage industriel a été plus tardif, à partir des années 1850. Cet essor économique et social ne peut pas ne pas être corrélé à l'esprit de liberté qui tend à précéder dans chaque pays, et en Angleterre avec près d'un siècle d'avance, les révolutions industrielles.

225. Ibidem, p. 387.

226. *Histoire économique de la France du XVIII^e siècle à nos jours, De l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale*, Poche, 1984.

Cet esprit de liberté est d'ailleurs aussi sans doute celui qui permet aux salariés de mieux s'exprimer, de s'organiser, de revendiquer et d'obtenir progressivement un meilleur partage des produits du progrès économique.

Cette liberté et l'écart croissant des revenus tout au long de ce siècle où se sont faites de grandes fortunes expliquent peut-être aussi qu'ait grandi au cours de ce siècle l'attention aux pauvres de la part des autorités publiques. À New York, la proportion de pauvres secourus passe de 1,1 % de la population de l'état en 1823 à 6,8 % en 1859.

Ricardo écrit qu'on vit mieux dans l'Angleterre de 1820 que dans celle de 1720. Tout est relatif au demeurant et ce qui compte est aussi la perception qu'en ont ceux qui vivent la misère. Car cette évolution ne veut évidemment pas dire qu'il n'y a plus de pauvres, que la misère a été éradiquée. Mais elle paraît sensiblement en retrait par rapport à la pauvreté qui sévissait, en moyenne, tout au long des siècles précédents et peut-être depuis toujours. Patrick Colquhoun publie un traité à Londres en 1806 dans lequel il estime que la pauvreté frappe 20 % des familles anglaises. Ce sont 20 % de trop, mais moins que les taux habituellement estimés aux périodes les plus courantes du Moyen Âge, entre celles de très grandes pénuries et celles de rare prospérité.

Le libéralisme a été coupable de ne pas être assez libéral plutôt que de l'être trop. En fait une certaine bourgeoisie a voulu s'approprier le libéralisme et c'est ce qui a été la cause de trop de dérèglements. Certes, globalement les ouvriers des industries naissantes ont vu dans la durée leur niveau de vie augmenter et surtout par rapport à celui qu'ils connaissaient antérieurement. Ils avaient quitté les campagnes parce qu'ils ne pouvaient plus y vivre et pas seulement du fait des enclosures. Mais il est vrai aussi que la façon dont les ouvriers ont été traités n'a pas toujours, tant s'en faut, été correcte. Pourquoi ?

Mais parce que la liberté avait été ôtée aux ouvriers de s'organiser et de s'exprimer. La loi Le Chapelier a été d'un excès à l'autre. Les corporations muselaient la liberté à l'intérieur des métiers. La loi Le Chapelier du 14 juin 1791 a interdit les coalitions et privé les ouvriers de la liberté d'association. Cette loi a été renouvelée par le Code pénal de 1810 qui soumettait à l'agrément du gouvernement toute association de plus de vingt personnes et réprimait toute coalition ouvrière tendant à la cessation du travail. Il a donc fallu attendre en France que quelques personnalités s'émeuvent, comme le docteur Villermé, légitimiste, pour que enfin la loi Émile Ollivier, le 25 mai 1864, supprime le délit de coalition et accorde le droit de grève. Après quoi, la loi autorisa en 1868 les réunions publiques, moyennant déclaration préalable avant que le 21 mars 1884 les syndicats soient légalisés (ils l'étaient depuis 1824 en Angleterre).

En réalité, la société se grippe lorsque ses membres ne peuvent pas s'associer librement. Cela ne veut pas dire qu'ils doivent pouvoir tout faire ensemble et au sein de leurs associations. Les associations de malfaiteurs sont interdites à juste titre autant que les crimes ou délits en bande organisée! Mais les citoyens ont raison de vouloir d'abord pouvoir s'organiser entre eux plutôt que de tout attendre de l'État. Et c'est lorsque l'État le leur interdit qu'ils sont inclinés naturellement à tout attendre de lui. Un sondage de mai 2014 réalisé à la demande de la Croix Rouge fait apparaître, selon une conviction partagée par tous, le rôle majeur du citoyen dans l'entraide face à l'impotence de l'État. À 81 %, les citoyens croient à l'efficacité de leur action personnelle. Pour eux, les principales missions du secteur associatif sont de venir en aide à ceux qui en ont besoin (52 %) et de remplacer les pouvoirs publics (48 %). Et seuls 12 % d'entre eux ont envie d'agir par la participation politique!

TROISIÈME PARTIE :
JUSTICE ET LIBERTÉ

CHAPITRE XI

Le Bien de la société ou des individus ?

Une question essentielle est de savoir s'il est possible d'éviter ou de réduire toute contradiction entre les droits de l'individu et ceux de la collectivité, dans quelle mesure la collectivité peut imposer certaines contraintes, certaines charges, fiscales par exemple, à certains individus au bénéfice des autres. Il est assez communément admis qu'il existe un bien commun car il ne peut pas y avoir de société sans une vision partagée a minima de ceux qui vivent ensemble, et donc sans la mise en commun de quelques biens dans l'intérêt commun. À défaut la cohésion serait à ce point impossible que la société ne pourrait perdurer, si seulement elle s'était constituée, car ne resteraient pas ensemble des gens qui n'auraient rien en partage. Mais la question reste de savoir quel bien commun et qui en définit l'objet et qui en trace les limites. Où est le point d'équilibre entre l'individu et la société ?

Qui est le premier ?

Le débat revient notamment à savoir qui est le premier de l'homme ou de la communauté qu'il forme avec d'autres hommes. Bien entendu, il n'y a pas l'un sans l'autre et vice versa. Mais les avis divergent et selon que la communauté

vient avant ou après l'homme, la place réservée à chacun n'est pas la même, la justice est conçue autrement.

Aristote tient que la Cité est première et doit être préservée contre l'individu car celui-ci n'est rien sans elle sinon un animal. Et il est vrai que l'homme sans le passé préservé par la communauté dans laquelle il vient à vivre ne serait au mieux qu'un homme préhistorique, sans le bénéfice de l'histoire accumulée, sans la tradition qui conserve la mémoire et enseigne ce que d'autres ont parfois mis très longtemps à découvrir, à assimiler, sans cette transmission qui permet de partir d'un acquis pour aller plus loin. Il lui faudrait tout réinventer et il n'en aurait pas le temps. Voilà pourquoi beaucoup de philosophes et de juristes, anciens ou modernes, ont résolument ordonné l'homme au monde plutôt que l'inverse. Cicéron, dont le stoïcisme emprunte beaucoup à la philosophie grecque pour laquelle la Cité était première, considère que...

« de même que les lois préfèrent le salut public à celui des particuliers, ainsi un homme de bien, un sage soumis aux lois et qui connaît les devoirs du citoyen, a plus de soin de l'intérêt de tous que de celui d'un seul homme ou du sien propre²²⁷. »

Il ajoute encore :

« L'homme, ainsi que Platon l'écrivait à Archytas, doit se souvenir qu'il n'est pas né seulement pour lui, mais pour les siens et pour sa patrie, et qu'il ne lui reste qu'une petite portion de lui-même dont il soit le maître²²⁸. »

227. *De finibus*, Livre III, XIX.

228. *De finibus*, Livre II, chapitre XIV.

Marc Aurèle, dans la même lignée, soutient que le juste naturel, le véritable droit, ne peut être que social et que c'est le juste qui assure le vrai bien : le bien social.

« Souviens-toi donc toujours, écrit-il, que le véritable et naturel citoyen ne souffre jamais de ce qui ne fait pas souffrir la cité, et que la cité même n'éprouve aucun dommage quand la loi n'en éprouve point. Or, dans ces prétendus revers, il n'y a rien qui blesse la loi ; et, dès lors, ce qui ne blesse point la loi ne blesse point non plus, ni la cité, ni le citoyen²²⁹. »

Dans cette optique, la fin de l'homme juste est la réalisation du bien commun qui est le bien de la cité. Rousseau a puisé ses mânes chez les Anciens en devenant à son tour l'avocat d'une subordination sans condition de l'individu aux finalités de la cité et en y ajoutant une fausse note démocratique selon laquelle la volonté générale poursuivrait toujours le bien commun. La terreur y a trouvé son terreau.

Pourtant, et en même temps, il ne peut y avoir de communauté humaine sans les hommes qui la composent. La communauté des hommes n'a de sens que par et pour les hommes qui la constituent. Beaucoup des auteurs anciens ne disaient pas autre chose sauf à partir de la communauté plutôt que de l'homme pour définir les droits de celui-ci. L'Antiquité, la pensée, et jusqu'aux Nominalistes, ne sont guère soucieuses des droits individuels. Le renversement se fait progressivement en faveur de l'autonomie de l'homme que va proclamer Kant.

« Chez Kant, souligne Samatios Tzitzis, prédomine l'hégémonie du sujet comme créateur de valeurs conformes à une loi morale tirée de la raison individuelle. C'est en effet

229. *Pensées pour moi-même*, Livre X, 33.

l'autonomie qui ouvre à l'homme la voie de la morale et du droit ; la bonne volonté donne à elle-même sa loi. Cette loi est la loi morale qui dicte l'obéissance au devoir, à ce que Je dois faire comme agent moral²³⁰. »

Le bien commun n'est guère alors que le bien de chacun, mais la recherche par chacun de son propre bien doit aboutir à une société morale, doit favoriser le progrès de la civilisation. Il n'y a pas chez Kant de bien commun à proprement parler, mais il y a une exigence à tendre le droit vers la moralisation de la société. Cette morale n'est morale que pour autant qu'elle valorise la personne comme une fin en soi.

Est-il possible de prendre en compte à la fois la priorité de l'homme sans lequel il n'y aurait pas de communauté d'hommes et la cité sans laquelle l'homme ne serait rien ou pas grand-chose ? Cet équilibre était sans doute plus facile autrefois dans les Etats-cités de la Grèce antique, à l'échelle humaine d'une société dans laquelle les hommes pouvaient se connaître ou qui pour le moins partageaient les mêmes croyances et les mêmes fidélités. Quand il s'agissait de préserver la cité, c'était au travers de décisions qui impliquaient les acteurs des relations sociales en cause, dans une attention sans doute naturelle aux hommes qui en faisaient l'objet, fusse pour les condamner, parce qu'ils étaient connus de ceux qui avaient la charge de cette décision. L'Empire pourtant, ainsi que les mots de Marc Aurèle ci-dessus rapportés l'ont montré, a conservé cette vision du Tout l'emportant sur les parties. Et le fait que l'Empire restait d'abord Rome, ville éternelle étendue aux confins du monde, n'a pas su atténuer ce déséquilibre en faveur de la collectivité et au détriment de l'individu ; il l'aurait même aggravé en idolâtrant la personne de l'Empereur et la

230. *Introduction à la philosophie du droit*, Vuibert, 2011, p. 196.

figure de l'Empire. Les monarchies occidentales ont d'ailleurs perpétué cette vision hégémonique jusqu'à ce que les révolutions libérales, violentes comme en France ou plus progressives comme en Angleterre, viennent la combattre pour retomber, le plus souvent sans trop tarder, sous une autre forme d'hégémonie d'un État puissant et soi-disant bienveillant. Pire même, ce que la philosophie avait conservé de respect humain, elle l'a renié au nom de la raison en même temps qu'elle renversait les régimes de droit divin et elle a établi à leur place des États au sein desquels la tyrannie sociale était en germe et prête à s'afficher en puissance.

La naissance réciproque et hors contrat

Le rapport de l'homme à la cité est celui de l'œuf à la poule. Où est la cause et où est l'effet ? Il ne saurait y avoir d'homme né de nulle part. Robinson Crusoé ne s'est pas trouvé sur son île par génération spontanée. Mais à l'inverse, il n'y a pas de cité sans hommes qui la constituent. Il faut à la fois l'homme et la cité. Chacun se conçoit par l'existence de l'autre, les individus génèrent la cité qui permet aux individus de se multiplier. Les choses ne se sont pas faites pour autant dans un ordre établi. Le problème est que ceux qui ont essayé de trouver des solutions à partir d'un contrat social initial ont reconstruit une humanité qui n'a jamais existé, ils ont retrouvé une rationalité qu'aucun homme réel n'a jamais développée. Rousseau ou Hobbes ou Rawls imaginent des situations idéales, une communauté première et parfaite introuvable. Et le raisonnement ne peut tenir parce que l'humanité n'est pas parfaite, n'a jamais connu ce débat imaginé pour la beauté du modèle. Le spectateur non engagé, la délibération sous voile d'ignorance à partir d'une position originelle (Rawls) n'ont de justice qu'une idée désincarnée.

L'objectif de Rawls est de porter à un niveau plus haut d'abstraction la théorie du contrat social de Rousseau, Locke ou Kant. Son idée est :

« que les principes de la justice valables pour la structure de base de la société sont l'objet de l'accord originel. Ce sont les principes mêmes que des personnes libres et rationnelles, désireuses de favoriser leurs propres intérêts, et placées dans une position initiale d'égalité, accepteraient et qui, selon elles, définiraient les termes fondamentaux de leur association. Ces principes doivent servir de règle pour tous les accords ultérieurs... C'est cette façon de considérer les principes de justice que j'appellerai la théorie de la justice comme équité²³¹. »

Il place ainsi, de manière théorique bien entendu, les hommes dans une position originelle, sous un voile d'ignorance de leur position pour déterminer les principes de justice qu'ils choisiraient ainsi les uns envers les autres en imaginant que chacun pourra avoir l'une ou l'autre de toutes les positions sociales ou personnelles existantes de telle façon que le choix soit objectif et désintéressé, dicté par la seule raison. Et il bâtit son modèle avec sa raison en considérant qu'elle vaut toutes les raisons du monde, qu'elle n'est pas contestable parce que la raison est unique. Il n'hésite pas à imaginer que l'unanimité est quasiment assurée :

« La position originelle est caractérisée de façon à ce que l'unanimité soit possible; les réflexions de n'importe quel individu sont typiques de celles de tous... Chacun a un sens

231. RAWLS, *Théorie de la justice*, Le Seuil, Éditions Points, collection Essais, 2009, p. 37.

de la justice semblable et, de ce point de vue, une société bien ordonnée est homogène²³². »

Il fait l'hypothèse que dans cette situation, les personnes ainsi placées dans différentes positions retiendraient deux principes différents :

« Le premier exige l'égalité dans l'attribution des droits et des devoirs de base. Le second, lui, pose que les inégalités socio-économiques, prenons par exemple des inégalités de richesse et d'autorité, sont justes si et seulement si elles produisent, en compensation, des avantages pour chacun et, en particulier, pour les membres les plus désavantagés de la société... il n'y pas d'injustice dans le fait qu'un petit nombre obtienne des avantages supérieurs à la moyenne, à condition que soit par là même améliorée la situation des moins favorisés. »²³³

Il ne méconnaît pas les inégalités naturelles, mais les prend en compte pour définir ce qu'il faut en faire de manière à aller dans le sens de la justice :

« Ceux qui ont été favorisés par la nature, quels qu'ils soient, peuvent tirer avantage de leur chance à condition seulement que cela améliore la condition des moins bien lotis. Ceux qui sont avantagés par la nature ne doivent pas en profiter simplement parce qu'ils sont plus doués, mais seulement pour couvrir les frais de formation et d'éducation et pour utiliser leurs dons de façon à aider les plus désavantagés. Personne ne mérite ses capacités naturelles supérieures ni un point de départ plus favorable dans la société. »²³⁴

232. Ibidem, p. 304.

233. Ibidem, p. 41.

234. Ibidem, p. 132.

Il admet également que sa théorie repose aussi sur la priorité donnée à la liberté, mais en considérant, de la même manière, que « ce sont toujours ceux qui ont une moindre liberté qui doivent recevoir une compensation²³⁵. »

Mais imaginer que les hommes auraient le même point de vue dans la même situation, c'est les prendre pour des dieux ou pour des robots, c'est imaginer ce qui n'est pas du ressort de l'homme et concevoir, dès lors, une société qui n'est pas pour les hommes, mais pour des surhommes imaginaires. La société des hommes est celle d'individus tous différents, tous tiraillés entre anges et démons, tous capables d'une vision personnelle et originale du bien et du mal. Bien sûr, la nature humaine recèle un fond commun et dans leur commerce social, les hommes parviennent à s'entendre, heureusement, sur une vision commune à partir de ce qui fait la trame de leur humanité, de leur petitesse et de leur grandeur, ils y arrivent dans leur apprentissage de vie commune de génération en génération, dans l'analyse tacite ou implicite de la supériorité des avantages sur les inconvénients à entretenir cette vie ensemble. À l'inverse, la théorie de Rawls ne peut mener nulle part car elle présuppose des conditions impossibles et requiert une unanimité dangereuse autant qu'elle-même impossible, et dangereuse car impossible sinon par la mise en œuvre de la violence à l'encontre des récalcitrants. Rawls s'interroge lui-même: « Comment l'exigence d'unanimité pourrait-elle ne pas être une contrainte?²³⁶. » Mais il ne craint pas d'ignorer l'obstacle.

« Une raison, écrit-il, en est que le voile d'ignorance garantit que chacun devrait raisonner de la même façon et ainsi la condition est remplie automatiquement. Mais une raison

235. Ibidem, p. 284 .

236. Ibidem, p. 605.

plus profonde réside dans le fait que [...] dans la théorie de la justice comme équité, tous se mettent d'accord dès le départ sur les principes qui doivent arbitrer leurs droits mutuels. Ces principes reçoivent ensuite une priorité absolue si bien qu'ils commandent les institutions sociales de manière indiscutée et chacun conçoit son projet en conformité avec eux. Les projets pour lesquels il en va différemment doivent être révisés. Ainsi l'accord collectif préalable établit dès le début certains traits structuraux fondamentaux communs aux projets de tous²³⁷. »

Rawls ne s'affirme libéral que pour mieux instituer cette société unanime qui est l'alpha et l'oméga de toute société totalitaire et qui se réduit inexorablement à une unanimité opprimée sous un joug commun. Il reproduit en mille et une circonvolutions les avatars propres à toute idéologie qui enferme ceux qu'elle gouverne dans une pensée qu'elle croit si bonne qu'elle la veut unique, exclusive et finalement privative de toute liberté. Isaiah Berlin, avant Rawls mais déjà en parlant de lui ou de ceux qui l'ont précédé dans ce discours pré-totalitaire, dénonçait déjà :

« Cette monstrueuse supercherie qui consiste à assimiler ce que Untel choisirait s'il était ce qu'il n'est pas ou du moins pas encore, avec ce qu'en réalité il recherche et choisit...²³⁸. »

Considérer d'autres adultes responsables comme des enfants, c'est les avilir; décider pour eux, c'est les traiter en esclaves. L'artifice qui voudrait que cette contrainte soit encore liberté quand elle est imposée par une soi-disant volonté générale reste un artifice!

237. Ibidem, p. 606.

238. Isaiah BERLIN, *Éloge de la liberté*, Calmann-Lévy, coll. Agora, 1990, p. 181.

Les hommes ont tâtonné pour construire une société dont la justice n'est jamais achevée. Il n'y a pas eu de contrat entre les hommes pour créer la société ou instituer un État. Il n'a bien sûr jamais existé de contrat social et cette fiction philosophique porte en elle le danger d'imaginer que les hommes ont eu tout pouvoir de régler entre eux leurs rapports indépendamment de tout existant. L'histoire ne peut pas avoir été celle-ci. Il n'y a pas eu un avant et un après contrat. Ce contrat ne saurait être que celui que les hommes nouent progressivement tout au long de leur histoire, dans les heurs et malheurs de leur vie commune, dans les arcanes de leur vie sociale. Il ne s'agit pas vraiment d'un contrat, mais de l'acceptation plus ou moins libre, plus ou moins forcée d'une vie commune imposée le plus souvent par les nécessités. Peu à peu l'homme se libère de certaines contraintes par son habileté et son intelligence et il devient capable de mieux exprimer ses attentes, de réclamer sa participation à l'élaboration de la vie commune, voire un jour d'imposer cet échange de volonté qui devient contrat comme celui de la Magna Carta. Cette histoire se construit bien par la volonté des individus, de ceux du moins qui se battent pour ça, mais nécessairement en partant de leur héritage, pour l'utiliser ou parfois pour le contester.

L'ordre spontané

La société se bâtit ainsi par touches successives, par l'apport des uns puis des autres dans un jeu continu de progression et de régression, dans l'échange et parfois le combat. Les règles s'élaborent dans le débat où s'affrontent et s'unissent tour à tour les individus qui contribuent au développement de la société dont la construction n'est jamais issue d'un cerveau bien fait mais des mille et une contributions de la vie des

hommes, comme par la création d'un ordre spontané dans un désordre incessant.

La tradition libérale d'Adam Smith à Hayek exprime autrement cette idée que la société naît d'un ordre naturel, d'un échange entre les individus et la société qui les précède et les accueille. Benjamin Constant, dans son *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri* avait d'ailleurs, par une critique sournoise de Jean-Jacques Rousseau, anticipé Hayek, qui curieusement ne l'a pas cité, dans la définition de la loi comme le résultat d'un ordre spontané et préexistant plutôt que comme une création humaine :

«L'on a défini (j'emprunte cette remarque qui est juste et profonde à un écrivain dont le nom m'est échappé) "les lois comme l'expression de la volonté générale" : c'est une définition très fautive. Les lois sont la déclaration des relations des hommes entre eux. Au moment où la société existe, il s'établit entre les hommes certaines relations. Ces relations sont conformes à leur nature, car si elles n'étaient pas conformes à leur nature elles ne s'établiraient pas. Ces lois ne sont autre chose que ces relations observées et exprimées : elles ne sont pas la cause de ces relations qui au contraire leur sont antérieures. Elles déclarent que ces relations existent. Elles sont la déclaration d'un fait. Elles ne créent, ne déterminent, n'instituent rien, sinon des formes pour garantir ce qui existait avant leur institution. Il s'ensuit qu'aucun homme, aucune fraction de la société, ni même la société entière ne peut, à proprement parler et dans un sens absolu, s'attribuer le droit de faire des lois : les lois n'étant que l'expression des relations qui existent entre les hommes, et ces relations précédant les lois, une loi nouvelle n'est autre chose qu'une déclaration qui n'avait pas encore été faite de ce qui existait antérieurement.

La loi n'est donc point à la disposition du législateur. Elle n'est point une œuvre spontanée. Le législateur est pour l'univers moral ce qu'est le physicien pour l'univers matériel. Newton lui-même n'a pu que l'observer et nous déclarer les lois qu'il reconnaissait ou croyait reconnaître. Il ne s'imaginait pas sans doute qu'il fût le créateur de ces lois²³⁹. »

Adam Ferguson, l'économiste des « Lumières écossaises », observait déjà que si l'histoire a retenu le nom de grands législateurs et fondateurs d'États qu'elle continue d'admirer, la réalité est plus probablement que ces personnalités, toutes remarquables qu'elles fussent, n'ont pu établir des nations nouvelles que par le fruit de l'histoire, chacune par « le concours des dispositions et des désirs de son siècle²⁴⁰. » Une société est une construction complexe et imprévue rappelle-t-il :

« Souvent l'intérêt public est assuré, non parce qu'il est le but auquel les individus rapportent toute leur conduite, mais parce que chacun d'eux en particulier, est déterminé à défendre son propre intérêt. La liberté est maintenue par les débats et les oppositions soutenues et non par le zèle et l'affection unanimes pour un gouvernement équitable. Dans les états libres, les lois les plus sages ne furent peut-être jamais dictées par l'esprit et l'intérêt d'un corps en particulier ; après avoir été demandées, contredites, corrigées par différentes mains, elles parvinrent à la fin à rencontrer ce milieu, ce point de conciliation auquel les parties consentantes furent forcées l'une par l'autre d'acquiescer²⁴¹. »

239. *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, 1822, chapitre VIII.

240. *Essai sur l'histoire de la société civile*, 1767, 3^e partie, chapitre II.

241. *Ibidem*.

Et Hayek a repris la formule d'Adam Ferguson selon laquelle l'ordre collectif est le « résultat de l'action des hommes, mais non de leurs desseins²⁴². » Il n'y a pas de constitution de la société par un contrat, fut-il fictif, mais par un mouvement naturel créé par les choix rationnels des individus qui bénéficient eux-mêmes de toute la tradition trouvée à leur berceau et représentant ce que la société a accumulé jusqu'à eux de savoir et savoir-faire, d'apprentissage automatique transmis, parfois presque mécaniquement, et qui évite d'avoir à repenser l'entièreté du monde à chaque naissance. Cet ordre est spontané et presque involontaire. Analysant la fable des abeilles de Mandeville, Hayek écrit encore que :

« dans l'ordre complexe de la société, les résultats des actions des hommes sont très différents de ce qu'ils ont voulu faire, et les individus, en poursuivant leurs propres fins, qu'elles soient égoïstes ou altruistes, produisent des résultats utiles aux autres qu'ils n'avaient pas prévus et dont ils n'ont peut-être même pas eu connaissance; en fin de compte, l'ordre entier de la société, et même tout ce que nous appelons la culture, est le produit d'efforts individuels qui n'ont jamais eu un tel but, mais ont été canalisés à cette fin par des institutions, des pratiques, et des règles qui n'ont jamais été délibérément inventées, mais dont le succès a assuré la survie et le développement²⁴³. »

Enfin Milton Friedman exprime encore quelque chose de proche dans sa vision rationnelle du marché appréhendé comme un mécanisme d'équilibre naturel :

242. Ibidem.

243. F.A. HAYEK, « *Lecture on a master mind: Dr Bernard Mandeville* », Proceedings of the British Academy, vol 52, 1966 ; repris dans *New Studies in Philosophy, Politics, Economics, and the History of Ideas*, Londres et Chicago, 1978, p. 253.

« Les prix qui émergent des transactions volontaires entre acheteurs et vendeurs – en bref sur le marché libre – sont capables de coordonner des millions de personnes, dont chacune ne connaît que son propre intérêt, de telle sorte que la situation de tous s'en trouve améliorée[...] Le système des prix remplit cette tâche en l'absence de toute direction centrale, et sans qu'il soit nécessaire que les gens se parlent, ni qu'ils s'aiment [...] L'ordre économique est une émergence, c'est la conséquence non intentionnelle et non voulue des actions d'un grand nombre de personnes mues par leur seuls intérêts [...] Le système des prix fonctionne si bien et avec tant d'efficacité que la plupart du temps nous ne sommes même pas conscients qu'il fonctionne²⁴⁴. »

Le processus de découverte du droit

Le droit se conçoit dans ce mouvement qui s'apparente à une recherche esthétique tendant à retrouver dans les rapports des hommes la beauté et la vérité que livre l'ordre de la nature. Protagoras fait de l'art politique le moyen d'établir des rapports équilibrés entre les membres de la cité. À cet effet, il privilégie la justice et la pudeur, ce qui permet des échanges équitables et le respect de chacun par chacun. La vertu, que tous ont en partage, doit permettre de découvrir le sentiment de justice, l'intuition du juste qui existe en tous. Les courants sont déjà divers à Athènes. Platon et les sophistes, chacun à leur manière, développent une tout autre conception du droit, qui annonce déjà le constructivisme juridique des modernes. Mais le droit naturel, tel qu'Aristote l'a enseigné, a gardé longtemps la plus forte empreinte. Le droit concerne pour lui les affaires de la cité pour faire en sorte que les échanges

244. Cité par Jean-Pierre DUPUY, *Libéralisme et justice sociale*, Hachette, collection Pluriel, 2009, p. 315, voir Milton Friedman, *Free to chose*, Avon, 1981.

entre citoyens (*synallagmata*) soient équitables. Il trouve cette harmonie des relations juridiques dans la mesure, le juste milieu pour que chacun reçoive selon ses mérites, de manière proportionnelle. Cette proportion ne saurait découler de lois positives, mais plutôt de la loi ancestrale, de la coutume qui a résisté au temps, produit de la nature et de l'histoire. Pour atteindre à la justice, il faut comparer les situations, rechercher ce qui doit revenir à chacun. À cet égard, le droit n'est pas dit d'avance; il appartient au juge de le prononcer après avoir pesé les situations en y procédant avec prudence. Ces solutions construites au cas par cas font jurisprudence. Le droit n'est pas figé car les lois naturelles qui y président ne sauraient être connues de manière définitive et complète; elles se découvrent par le travail des juges qui tâtonnent dans cet exercice. La tradition ne saurait être figée. C'est le rôle du droit de la respecter et l'enrichir, de l'évaluer et le cas échéant de la tailler. Les juges accouchent du juste comme d'un travail de découverte qui retient les lois connues, les précédents appris et évaluent leur application aux cas présents selon le lieu, le moment et les personnes en présence. Le droit est souvent matière à compromis, à équilibre, à arbitrage, à concession et à ce titre il exige un art de la recherche, de la réflexion critique. Comme l'a expliqué Michel Villey, il faut traduire la formule des stoïciens pour lesquels « *Jus suum cuique tribuere* » non pas par « rendre à chacun ce qui lui est dû », mais plutôt par « attribuer », voire « découvrir » « ce qui revient à chacun ».

La cité est d'abord faite pour le bien des hommes, elle gère la justice en veillant que revienne à chacun ce qui lui est dû, et non seulement matériellement, mais aussi en ce qui concerne le respect. Et la cité doit le respect à chaque individu comme chacun doit le respect à chacun et à la cité qui y veille. Entre la cité et l'individu toutefois il peut y avoir conflit bien sûr, il peut arriver qu'une question cruciale se pose de savoir

s'il faut sacrifier quelques membres de la communauté pour sauver celle-ci tout entière. C'est le débat préalable à tout entrée en guerre. Lorsque la cité est agressée, ne doit-elle pas se défendre? Et si elle envoie alors de jeunes conscrits à la bataille et peut-être à la mort, ne sacrifie-t-elle pas l'homme, ces hommes-là, à la cité? Mais c'est évidemment pour que les autres hommes de la cité puissent continuer à vivre libres, c'est-à-dire à vivre tout simplement, dans la cité. La question peut exister dans certains cas limites : ceux qui étaient contre la peine de mort ont pu accepter que soit tué dans sa prison le terroriste Bader qui continuait à mener sa bande du plus profond de son cachot. Mais sous certaines réserves, qui sont l'exception, la cité doit être ordonnée aux individus. L'homme n'est pas fait pour la cité, mais la cité est faite pour l'homme. Cette règle doit prévaloir lorsque la cité prélève l'impôt pour assurer ses fonctions. Sans ressources, elle n'existerait pas et les citoyens seraient sans défense, sans justice, sans police, sauf à les organiser eux-mêmes et à y contribuer, c'est-à-dire à reconstituer les institutions de la cité! Il faut donc des contributions qui vont peser sur la propriété de chacun des citoyens contributeurs, atteindre leur patrimoine, réduire la récompense de leurs efforts. Mais ces dépenses sont faites pour eux aussi, pour protéger leur patrimoine et donc, d'une certaine manière, une partie de ce qu'ils sont au sens où Bastiat disait à juste titre que « l'homme naît propriétaire ». Cette contrainte peut être acceptable pour autant que l'autorité instituée ne l'impose pas sans le consentement des individus sous la surveillance desquels elle doit être placée. Ils doivent pouvoir s'associer autrement, former entre eux d'autres communautés s'ils le souhaitent. C'est en quelque sorte le message de Locke.

Un contrat précaire

Locke aussi a imaginé un pacte social. Mais son pacte est moins un pacte initial qu'un pacte permanent, moins celui d'une histoire originelle que celui d'un contrat toujours vivant dont les co-contractants sont encore libres de reprendre leur liberté si le contrat n'est pas respecté. C'est un contrat précaire, révoquant à tout moment pour non-respect par l'État de ses obligations. Plus encore, à l'opposé de Rousseau et ses épigones, le contrat de Locke est conçu pour protéger les individus, – leur liberté et leur propriété –, et non pour qu'ils les remettent définitivement entre les mains d'un État quelconque. Locke imagine l'homme avant la communauté politique :

« J'assure donc que tous les hommes sont naturellement dans cet état, que j'appelle état de nature, et qu'ils y demeurent jusqu'à ce que, de leur propre consentement, ils se soient faits membres de quelque société politique²⁴⁵. »

À cet égard, il se situe bien dans la tradition nominaliste, à l'opposé d'Aristote et de saint Thomas pour lesquels la communauté politique est naturelle comme l'homme lui-même. Locke en fait une construction contractuelle. À l'origine il y a donc des hommes libres et maîtres d'eux-mêmes. Par le travail ils peuvent s'approprier les biens de la terre. Mais parce que ceux-ci sont faits pour permettre aux hommes de vivre, ils n'en peuvent d'ailleurs prendre qu'autant qu'ils n'empêchent pas les autres d'en avoir aussi pour vivre. Et c'est parce que chacun ne peut guère, seul, jouir de ses biens et de sa liberté, que les hommes :

245. *Traité du gouvernement civil* (1680), Éditions GF Flammarion 2007, chapitre III, 15.

« recherchent la société, et qu'ils souhaitent de se joindre avec d'autres qui sont déjà unis ou qui ont dessein de suivre et de composer un corps, pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens; chose que j'appelle, d'un nom général, propriétés²⁴⁶ »

Car dans l'état de nature, il manque un juge impartial capable de terminer les différends et une autorité capable de faire exécuter les sentences. Pour Locke, l'homme a naturellement besoin de s'associer avec ses congénères pour protéger sa liberté et sa propriété qu'il ne peut défendre seul dans l'état de nature, pour créer une entité capable de résoudre les conflits. Mais la constitution d'une société civile ne doit pas pour autant priver les hommes de leurs droits naturels. La société civile n'est que le moyen pour l'homme de mieux assurer la protection de ses droits naturels, le droit positif n'étant qu'un moyen de protéger ces derniers.

Le bien ne saurait donc être celui de la collectivité sans être d'abord subordonné au bien des individus que la collectivité a devoir de faire respecter puisqu'elle a été constituée à cet effet. Le juste est donc naturellement lui-même ordonné aux fins pour lesquelles les hommes se sont associés et dès lors ne saurait être mesuré autrement qu'à l'aune du respect de la liberté et de la propriété des citoyens. Certes, Locke évoque « la tranquillité, la sûreté, le bien du peuple » comme la fin du gouvernement, mais comme le moyen de permettre précisément l'exercice par chacun de ses libertés et l'usage de ses propriétés. Ni le pouvoir, ni la loi ne peuvent donc attenter à la liberté et à la propriété qu'ils ont été chargés de défendre et qu'ils n'ont pour fin que d'assurer la conservation. Ainsi l'autorité :

246. Ibidem, chapitre IX, 123.

« n'a point le droit de se saisir d'aucune partie des biens propres d'un particulier, sans son consentement. Car, la conservation de ce qui appartient en propre à chacun étant la fin du gouvernement, et ce qui engage à entrer en société, ceci suppose nécessairement que les biens propres du peuple doivent être sacrés et inviolables²⁴⁷. »

L'autorité ne retrouve le droit de restreindre la liberté et la propriété que pour concourir au bien-être de la communauté. Mais ce droit, qui peut ouvrir à tous les abus, s'exerce sous le contrôle de tous.

Le peuple se réserve le droit d'abolir le gouvernement ou de le changer s'il agit d'une manière contraire aux fins pour lesquelles il a été revêtu de son autorité. Ce droit de révocation permanent fonde en quelque sorte la réalité du pacte entre le citoyen et le gouvernement établi pour le protéger et du consentement donné par celui-là à celui-ci sous condition de respect des conditions fixées *ab initio*. Alors que dans le pacte conclu par Hobbes, le sujet abandonne définitivement ses droits, sinon celui de penser, à Léviathan, chez Locke le citoyen les retient et se réserve de tous les reprendre si le pacte n'est pas respecté.

John Locke (1632-1704), élevé dans un puritanisme familial par son père qui collecte les taxes dans les ports maritimes, s'en tient aux fondements d'un gouvernement mandaté par les hommes pour garder leurs libertés et leurs propriétés. Tout gouvernement est tenu ainsi par ce pacte dont il est issu qui met à sa charge un devoir de respect et protection des citoyens et de leurs biens sur la base duquel il a été institué :

247. Ibidem, chapitre IX, 138.

« C'est pourquoi, la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés, pour la conservation desquelles bien des choses manquent dans l'état de nature²⁴⁸ »

« Cependant, quoique ceux qui entrent dans une société, remettent l'égalité, la liberté, et le pouvoir qu'ils avaient dans l'état de nature, entre les mains de la société, afin que l'autorité législative en dispose de la manière qu'elle trouvera bon, et que le bien de la société requerra; ces gens-là, néanmoins, en remettant ainsi leurs privilèges naturels, n'ayant d'autre intention que de pouvoir mieux conserver leurs personnes, leurs libertés, leurs propriétés..., le pouvoir de la société ou de l'autorité législative établie par eux, ne peut jamais être supposé devoir s'étendre plus loin que le bien public ne le demande. Ce pouvoir doit se réduire à mettre en sûreté et à conserver les propriétés de chacun... Ainsi, qui que ce soit qui a le pouvoir législatif ou souverain d'une communauté, est obligé de gouverner suivant les lois établies et connues du peuple, non par des décrets arbitraires et formés sur-le-champ; d'établir des juges désintéressés et équitables qui décident les différends par ces lois; d'employer les forces de la communauté au-dedans, seulement pour faire exécuter ces lois, ou au-dehors pour prévenir ou réprimer les injures étrangères, mettre la communauté à couvert des courses et des invasions; et en tout cela de ne se proposer d'autre fin que la tranquillité, la sûreté, le bien du peuple²⁴⁹. »

Il faut donc bien des impôts, mais seulement dans le respect de ce mandat civil et seulement avec le consentement du peuple ou de ses représentants :

248. Ibidem, Chapitre IX, 124.

249. Ibidem, Chapitre IX, 131.

« Il est vrai, d'un autre côté, que les gouvernements ne sauraient subsister sans de grandes dépenses, et par conséquent sans subsides, et qu'il est à propos que ceux qui ont leur part de la protection du gouvernement, paient quelque chose, et donnent à proportion de leurs biens, pour la défense et la conservation de l'État; mais toujours faut-il avoir le consentement du plus grand nombre des membres de la société qui le donnent, ou bien par eux-mêmes immédiatement, ou bien par ceux qui les représentent et qui ont été choisis par eux. Car, si quelqu'un prétendait avoir le pouvoir d'imposer et de lever des taxes sur le peuple, de sa propre autorité, et sans le consentement du peuple, il violerait la loi fondamentale de la propriété des choses, et détruirait la fin du gouvernement. En effet, comment me peut appartenir en propre ce qu'un autre a droit de me prendre lorsqu'il lui plaira²⁵⁰? »

Et si le gouvernement en fait mauvais usage ou s'il va au-delà du consentement qui lui a été donné, il devient illégitime et est susceptible d'être renversé :

« ...il n'y a qu'un pouvoir suprême, qui est le pouvoir législatif, auquel tous les autres doivent être subordonnés; mais cela n'empêche pas que le pouvoir législatif ayant été confié, afin que ceux qui l'administreraient agissent pour certaines fins, le peuple ne se réserve toujours le pouvoir souverain d'abolir le gouvernement ou de le changer, lorsqu'il voit que les conducteurs, en qui il avait mis tant de confiance, agissent d'une manière contraire à la fin pour laquelle ils avaient été revêtus d'autorité. Car tout le pouvoir qui est donné et confié en vue d'une fin, étant limité par cette fin-là,

250. Ibidem, Chapitre XI, 140.

dès que cette fin vient à être négligée par les personnes qui ont reçu le pouvoir dont nous parlons, et qu'ils font des choses qui y sont directement opposées ; la confiance qu'on avait mise en eux doit nécessairement cesser et l'autorité qui leur avait été remise est dévolue au peuple, qui peut la placer de nouveau où il jugera à propos, pour sa sûreté et pour son avantage²⁵¹. »

Pas d'impôt sans consentement donc.

Locke est l'héritier de la Grande Charte, la Magna Carta qui, dès 1215, soumet l'impôt au consentement du peuple alors représenté par les barons du roi. John Locke est le secrétaire de Lord Ashley, qui deviendra comte de Shaftesbury, hostile à l'absolutisme monarchique des rois « catholiques » Charles II (1660-1685) et Jacques II (1685-1688), et favorable au protestant Guillaume d'Orange (1650-1702) qui devient roi d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande, en 1689. C'est précisément l'année où Locke revient de son exil aux Pays-Bas et l'année suivant l'instauration du Bill of Rights qui déclare sans ambiguïté :

« Qu'une levée d'argent pour la Couronne ou à son usage, sous prétexte de prérogative, sans le consentement du parlement, pour un temps plus long et d'une manière autre qu'elle n'est ou ne sera consentie par le Parlement est illégale. »

En définitive, il demeure toujours vrai que la cité et les hommes qui la composent vivent de leur harmonie, se développent ensemble et dans un respect mutuel, sont constitutifs l'un de l'autre. Il s'impose toutefois que la cité n'a pas

251. Ibidem, Chapitre XIII, 149.

de raison d'être autre que les hommes qui vivent d'elle autant qu'ils la font vivre, la cité vide n'est plus une cité, tandis que l'homme reste un homme en dehors de la cité, sans doute amputé de sa capacité sociale, limité dans son épanouissement, mais il est toujours homme. C'est dans la mémoire de cette observation qu'il faut rechercher l'équilibre entre l'individu et la société.

CHAPITRE XII

LE BIEN COMMUN AU SERVICE DES INDIVIDUS

La volonté des individus n'est sûrement pas à l'origine d'un monde qui a existé avant eux, mais elle est le propre de l'homme par rapport au monde dans lequel il vit et c'est par cette volonté intelligente qu'il peut construire un monde en évolution permanente et faire en sorte qu'il s'améliore. Bien entendu, il ne peut pas tout faire et n'importe quoi. Il ne peut pas vivre seul sinon par une vocation érémitique hors du commun. Il doit tenir compte des paramètres de la vie biologique qui fait qu'il ne peut pas transformer la nature humaine. Il doit tenir compte de la psychologie humaine qui n'a guère été modifiée depuis que les hommes sont hommes, depuis que *L'Illiade et l'Odyssee* ou la Bible nous ont conté leur histoire. Il doit prendre en compte les passions des hommes, et leur soif de liberté, et leur désir de sécurité et cette contradiction permanente qui les affecte et cette insatisfaction qui est le signe d'une nature imparfaite mais tendue vers la perfection inassouvie. Il doit répondre à leur besoin de sociabilité et de « privacy », c'est-à-dire comme le disent mieux les anglais d'un territoire privé, personnel. Il doit saisir leur plaisir du partage et leur volonté de posséder. Il doit savoir que tout excès de richesse, tout excès de pouvoir risque de corrompre, que tout excès de liberté risque de conduire à l'anarchie, que tout excès de contrainte conduit à l'anémie des sociétés. L'homme n'est libre que dans la connaissance et la reconnaissance de

ses limites en même temps que de ses défis à aller toujours au-delà des mondes finis de son siècle, dans le respect de la nature humaine impuissante face aux turpitudes du corps et des éléments naturels, immense et illuminée par la force de son espérance et de sa volonté. Cette approche à la mesure de la grandeur et de la petitesse humaine réconcilie par le haut d'une certaine manière les nominalistes et les tenants des Universaux.

La volonté ne peut pas tout. Ceux dont la justice veut méconnaître l'homme dans ses fondamentaux sont des idéologues et bientôt les artisans de totalitarismes rouges, bruns, verts... Le pseudo savant soviétique Lyssenko a essayé dans les années 30 de soutenir que les caractères acquis étaient transmissibles de telle façon qu'on aurait pu fabriquer des petits communistes parfaits et les reproduire. Les Nazis ont voulu pour leur part utiliser la reproduction des plus beaux étalons humains pour obtenir une race aryenne pure. Mais Darwin avait raison contre eux tous : l'homme reste le fruit de son histoire génétique et de ses mutations progressives au moins autant que de son éducation. Ceux qui ont voulu supprimer la propriété privée ont engendré la misère. Dans l'un des derniers bastions communistes du monde, à Cuba, le peuple meurt de faim, comme en Corée du Nord, sauf quand épisodiquement le régime autorise de manière limitée les paysans à vendre les produits de leur lopin de terre privée et les personnes physiques à ouvrir des tables d'hôtes chez eux. Ceux qui ont institué une société sans classe ont bâti des nomenklaturas autrement plus avides de leurs pouvoirs. Ceux qui ont prêché l'égalité l'ont imposée par le bas et ont réintroduit des systèmes de passe-droits au profit des membres du parti.

Oui, Aristote a raison de vouloir tenir le juste milieu, qui n'est pas le marais. En tout, il faut savoir raison garder et ne pas vouloir faire fi de la réalité. Mais les hommes peuvent exercer

leur volonté individuelle pour tisser entre eux des liens sociaux qui, dans le respect de cette nature humaine, chercheront à développer leur humanité. La justice n'est pas un maquis où autant de conceptions que d'auteurs se côtoieraient et se déchireraient. La justice est chose humaine et dès lors elle est diverse à l'image des hommes, mais il apparaît aussi que précisément la quête de la justice est éternelle, qu'elle est une passion et un besoin au cœur de l'homme social, de l'homme politique dirait Aristote, qu'elle est capable d'être ordonnée, même si c'est toujours de manière précaire, par l'Homme.

C'est en ce sens que l'encyclique *Divini Redemptoris* du 19 mars 1937 exposait en son paragraphe 29 que :

« Dieu destina l'homme à vivre en société comme sa nature le demande. Dans le plan du Créateur, la société est un moyen naturel, dont l'homme peut et doit se servir pour atteindre sa fin, car la société est faite pour l'homme et non l'homme pour la société. [...] cela veut dire encore que c'est dans la société que se développent toutes les aptitudes individuelles et sociales données à l'homme par la nature, aptitudes qui, dépassant l'intérêt immédiat du moment, reflètent dans la société la perfection de Dieu, ce qui est impossible si l'homme reste isolé. Ce dernier but de la société est lui-même, en dernière analyse, ordonné à l'homme, afin que, reconnaissant ce reflet des perfections divines, par la louange et l'adoration, il le fasse remonter à son Créateur. Seul l'homme, seule la personne humaine, et non la collectivité en soi, est doué de raison et de volonté moralement libre. »

L'homme ne peut pas faire fi de la société, mais celle-ci ne peut pas oublier que l'homme reste l'agent libre et agissant au profit duquel doit être organisée la société.

Hugo Grotius rejoint Aristote pour dire que « l'homme se trouve dans le besoin de se réunir, c'est-à-dire de vivre avec les êtres de son espèce, non pas dans une communauté banale, mais dans un état de société paisible...²⁵². » Et « ce soin de la vie sociale... est la source du droit proprement dit, auquel se rapporte le devoir de s'abstenir du bien d'autrui, de restituer ce qui, sans nous appartenir, est en notre possession, ou le profit que nous en avons retiré, l'obligation de remplir ses promesses, celle de réparer le dommage causé par sa faute, et la distribution de châtiments mérités entre les hommes²⁵³. »

Mais encore faut-il discerner le bien. Celui sur la base de la recherche duquel peut s'ordonner une société, qu'il soit d'ailleurs celui des individus ou celui de la collectivité, ne saurait être seulement un bien apparent, éphémère, quelconque; il ne saurait être un bien trompeur, tronqué, menteur... Dans tous les cas, il faut savoir discerner le bien. Dans la Bible, au *Premier Livre des Rois*, le récit évoque le jeune roi Salomon auquel Dieu accorda d'avancer une requête à l'occasion de son intronisation. Et Salomon, déjà sage, demanda : « Donne à ton serviteur un cœur docile pour gouverner ton peuple, pour discerner entre le bien et le mal. » Il ne succomba pas à la tentation d'obtenir de l'argent, du pouvoir, des femmes. Il en vint à l'essentiel, à la recherche du juste. Car le juste n'est évidemment pas étranger au bien dans sa recherche du bien commun auquel il est ordonné et dont l'expression s'incarne dans le droit. C'est ainsi que le droit est lui-même ce qui est juste. Le droit, comme sens du juste, est le cadre du politique. « Enlève le droit, et alors qu'est-ce qui

252. Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, (PUF, Collection Quadrige, 2005, p. 9.

253. Ibidem, p. 11.

distingue l'État d'une grosse bande de brigands? » disait déjà saint Augustin²⁵⁴.

Mais comment reconnaître le bien? Dans nombre de sociétés anciennes, le bien a été donné par la ou les divinités, il a été dicté. C'est encore le cas de l'Islam qui voudrait que le droit, la charia, émane directement de son livre, de la parole de Dieu recueillie par son prophète. Ce fut autrement le cas du communisme, comme d'autres sociétés totalitaires, qui voulait imposer un droit issu d'une théologie laïque, d'une idéologie imposée. Le droit occidental s'est bâti différemment, à partir du droit romain fait de réalisme, de reconnaissance de la nature et d'exercice de la raison, et du christianisme qui lui a apporté le sens des limites, la modestie de la créature qui ne peut ignorer son créateur.

Et si l'Homme est reconnu comme la valeur ultime, son bien doit évidemment être la référence première, le fléau de la balance du juste. La société elle-même ne peut pas être ordonnée à elle-même, mais seulement aux hommes qui la constituent. La société est née avant les hommes d'aujourd'hui, mais elle n'a pu naître que parce qu'il y avait des hommes. Elle n'existerait pas sans les hommes et n'existe que pour eux. Elle ne peut donc pas exciper d'un bien qui lui soit propre au détriment des hommes qui la composent. Certes, il peut y avoir des exceptions, des cas dans lesquels la collectivité se voit obligée de sacrifier le bien de quelques-uns pour sauver le tout, mais ce n'est jamais au profit d'un bien collectif, et toujours au profit d'autres hommes, du plus grand nombre. Les combattants envoyés aux tranchées de la Grande guerre, et de toutes les autres, mouraient pour défendre leurs compatriotes, pas pour sauver une Nation irréelle, désincarnée. Les individus restent bien toujours comme l'enjeu du juste.

254. *De Civitate Dei*, IV, 4, 1.

Cette réorientation de la fin de la collectivité, et donc du bien commun, vers le bien particulier est parachevée lorsque Adam Smith énonce que le bien commun repose lui-même précisément sur l'intérêt particulier, ou plutôt sur la confrontation des biens particuliers.

« Mais l'homme, écrit-il, a presque continuellement besoin du secours de ses semblables, et c'est en vain qu'il l'attendrait de leur seule bienveillance [...] Il sera bien plus sûr de réussir, s'il s'adresse à leur intérêt personnel et s'il leur persuade que leur propre avantage leur commande de faire ce qu'il souhaite d'eux. [...] Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage. »²⁵⁵

Smith nous convainc que la recherche par chacun de son bien relève en plus de l'efficacité, que la cité elle-même trouvera son bien, c'est-à-dire son harmonie au profit de ses citoyens, dans le respect du bien de chacun. Mais l'efficacité est accessoire, elle parachève la beauté de la vision qui est non seulement belle mais utile. La recherche par chacun de son bien est morale avant d'être utile, elle correspond au besoin de chaque être et elle répond à l'exigence de la vie humaine sauf à tomber dans la barbarie et perdre son humanité. La liberté ne peut pas être déliée de tout, elle ne peut être que respectueuse des autres, responsable du devenir de la société qui permet précisément l'exercice de cette liberté.

255. SMITH, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations, Livre I, chapitre 2.*

Le préalable de la liberté

La liberté n'est pas une fin en soi, mais plutôt la condition nécessaire ou du moins très souhaitable pour que chacun atteigne sa fin. Car l'homme ne peut pas être responsable de sa fin sans disposer de la liberté de ses actes et de ses pensées. L'Homme n'est pas vraiment homme s'il n'est pas responsable de lui-même ; c'est ce qui en fait un animal différent des autres. Il n'est pas seulement un animal social, vivant en bande ou en groupe, en collectivité comme peuvent le faire les hordes de loups, les bancs de poissons, les fourmis dans leur fourmilière, les abeilles en leur ruche ou tous autres insectes en leur essaim ou mieux encore nos ancêtres les singes. Il assume sa responsabilité au sein de la cité, il peut s'opposer à la cité, la quitter, ce que, certes, un loup solitaire peut faire aussi, mais le loup ne la quitte pas parce qu'il rêve d'une autre cité.

Ainsi que l'exprime Charles Monnard, un intellectuel Suisse du XIX^e siècle, la liberté « n'est pas le but de la vie, mais la condition d'une vie complète, la condition de la civilisation, du développement de la pensée, de l'activité, de l'industrie, des lettres, des sciences, la condition du progrès de l'humanité²⁵⁶. » Elle est le préalable nécessaire et non suffisant car chacun peut, par définition, gâcher sa liberté, la mal user. Mais sans elle, il n'y a pas de société politique mais seulement une vie de termitière. La poursuite du bien n'a de sens que si l'homme est libre ; si au contraire il le fait parce qu'il en est contraint, le bien perd toute vertu pour celui qui le procure. L'homme lui-même ne vaut que par sa liberté, car si son essence était tout entière contenue dans sa naissance, il ne serait plus différent des animaux dont la matrice est donnée par leur fécondation. Chez l'homme, l'existence participe

256. Pierre BESSARD, *Charles Monnard, L'éthique de la responsabilité*, Institut libéral, 2014, p. 53.

bien sûr de son essence, mais en même temps elle l'accomplit et la magnifie. L'homme est fait pour amplifier le don qu'il a reçu, pour monter l'échelle de Jacob dont le dernier barreau est au-delà de l'avenir humain.

La liberté n'est pas une fin première, mais plutôt une fin seconde en ce sens qu'elle est non seulement utile, mais indispensable au plein épanouissement de l'Homme parce qu'elle est nécessaire à l'exercice par lui de son discernement, de sa capacité de choix, de sa responsabilité, mais qu'elle n'est pas à rechercher pour elle-même. Elle est toujours au service de quelque autre valeur ou vertu, elle est la condition préalable mais pas la fin en soi. Et néanmoins, la liberté est aussi constitutive de l'Homme, elle lui est consubstantielle en ce sens que sans liberté, il n'y a pas d'humanité. Cette liberté est parfois réduite à presque rien, à la liberté de penser au fond d'un cachot, mais elle est, là plus que jamais, la manifestation de l'humanité qui reste ce brin de vie libre contre vents et marées, contre peine et prison, capable de se battre « contre toutes les tyrans et toutes les sodomies ». Elle est la flamme qui veille encore, même vacillante, quand plus rien ne paraît encore possible; elle fait tenir l'homme debout parce qu'elle est son espoir, plus même, l'espérance qu'il peut encore capter au-delà de ses ténèbres. La liberté est le ressort de son sursaut lorsqu'il lui est refusé tout droit ou qu'au contraire il est assisté jusqu'à l'infantilisation, cette forme moderne du despotisme archaïque que représente l'État-providence. La liberté appartient à la nature de l'Homme non pas comme un donné, mais comme un combat. Elle lui est constitutive non pas parce qu'il la possède, mais parce qu'il lui est propre de pouvoir la gagner, tous les jours, de la défendre pour lui et pour les autres, de se l'approprier par ses qualités humaines et d'en vivre. Elle est l'esprit qui a animé l'humanité en marche, qui a permis son progrès toujours en avant malgré ses querelles et ses échecs.

Elle est, plus encore, la condition et le moyen pour chacun, individuellement, de grandir dans son humanité.

Au demeurant, et même si la liberté peut encore faire vivre sous le boisseau, il est préférable qu'elle vive en toute lumière, que l'État en permette l'exercice plutôt que de la juguler. La liberté politique est « l'espace à l'intérieur duquel un homme peut agir sans que d'autres l'en empêchent²⁵⁷. » La liberté est d'autant plus grande qu'elle est moins limitée par des immixtions extérieures ou autres ingérences. Il ne faut dès lors de contraintes qu'autant qu'elles sont nécessaires à la protection de la liberté des autres. Le débat bien entendu, serait trop simple s'il s'arrêtait là sur quoi beaucoup sont d'accord. Car la question suivante est celle de savoir si la liberté n'a pas besoin d'être soutenue pour s'exercer, si ceux qui ont plus ne doivent pas aider ceux qui ont moins pour permettre à ceux-ci de disposer de leur liberté qui différemment resterait purement formelle, mais pas réelle. À quoi sert d'être libre d'acheter de quoi se nourrir et se vêtir à celui qui est démuné de tout. C'est à partir de cette analyse que s'est développé l'État-providence avec la bonne intention de transformer des libertés formelles en libertés réelles au risque désormais plus qu'avéré que la providence enchaînât à son tour ceux qu'elle voulait libérer. Le marxisme sous toutes ses formes, chinoise, soviétique, cubaine ou autre, n'a jamais été que la forme paroxystique du collectivisme doux qui a envahi en particulier les vieux pays occidentaux comme si leurs citoyens étaient las de s'y prendre en charge et préféraient s'abandonner dans les bras de Léviathan comme d'autres imaginaient autrefois, à en croire Dostoïevski, que le Grand Inquisiteur avait mission de penser pour les hommes pour autant qu'ils les nourrissaient. Le « hic » de cette vision angélique au point d'être diabolique

257. Isaiah BERLIN, *Éloge de la liberté*, Calmann-Lévy, coll. Agora, 1990, p. 171.

est qu'à vouloir favoriser la liberté, l'État veut l'exercer à la place de ceux qu'il protège et les prive de leur libre arbitre soit par engourdissement dans la prise en charge totale de leur vie qui leur désapprend les exigences du choix, soit, notamment pour les récalcitrants, par l'enfermement au prétexte de ne pas contaminer les autres. À vouloir libérer les hommes à leur place, l'État dévore ceux qu'il nourrit, il détruit l'homme dont l'être est par essence dans la liberté de découvrir et devenir ce à quoi il est appelé, dans une liberté qu'il doit acquérir par lui-même, à défaut de quoi elle ne serait plus sa liberté et ne lui permettrait plus d'être lui-même. À vouloir leur donner les conditions de leur liberté réelle, l'État perd le sens des limites, manque inéluctablement de discernement sous la pression de ceux qui s'habituent tant à recevoir qu'ils demandent à disposer de toujours plus. À vouloir faire le bien, l'État se substitue à ceux qui doivent le faire et d'abord pour eux-mêmes selon l'observation de John Stuart Mill selon laquelle :

« La seule liberté qui mérite ce nom est celle de poursuivre notre propre bien comme nous l'entendons²⁵⁸. »

Au surplus, il s'y substitue généralement mal, ou du moins il a autant de risque de se tromper dans ce qu'il fait qu'un individu.

À la recherche de la vérité

La liberté est, par-dessus tout, nécessaire à chacun pour rechercher la vérité, elle est ordonnée à cet élan inépuisable de l'humanité en quête de la vérité. Là est la question centrale, celle de la vérité qui existe sans doute car comment n'y en

258. *De la Liberté*, chapitre 1^{er}.

aurait-il pas une, sauf à vivre dans un monde absurde, ce que dément son accomplissement. Mais qui connaît la vérité? Personne sinon Dieu, s'il existe. Car le croire est précisément du ressort de la vérité que personne ne connaît. C'est en ce sens que saint Paul nous dit que « La foi est une manière de posséder déjà ce que l'on espère²⁵⁹ ». Mais nul ici-bas ne peut prétendre posséder la vérité sinon modestement, en l'espérant. Avoir la prétention de connaître la vérité, c'est déjà vouloir l'imposer, car celui qui pense détenir la vérité ne peut pas ne pas vouloir la faire partager. C'est un bien trop précieux pour ne pas vouloir que tous en profitent jusqu'à leur imposer s'ils ne sont pas conscients du bien qu'ils méconnaissent, jusqu'à attenter à leur liberté sans dommage puisque lorsqu'ils découvriront cette vérité, ils ne pourront que l'adopter et remercier ceux qui les ont forcés à la voir en face. C'est un bien si précieux qu'il ne faut pas tolérer ceux qui s'y opposent ou même seulement ceux qui par leur comportement peuvent en faire échouer l'avènement universel ou pourraient risquer de le retarder. C'est ainsi que celui qui prétend posséder la vérité devient idéologue, enfermé dans le refus de la réalité et bien vite peut prendre le chemin du despotisme totalitaire.

La vérité demeure sous le voile de notre pauvre ignorance, elle est l'objet de notre inquiétude permanente plutôt que de notre certitude définitive. L'homme est un chercheur de vérité – et c'est à ce titre qu'il est chercheur de Dieu –, mais en même temps il reste dans les limites de sa nature imparfaite, infiniment petit dans sa connaissance et infiniment grand dans son espérance. Il tend vers la vérité comme une plante vers la lumière, mais il reste dans la caverne comme dirait Platon. Cette tension vers la vérité le fait vivre comme la lumière pour la plante, mais elle n'est pas vérité. Plus facilement, l'homme

259. Lettre aux Hébreux, chapitre 11.

peut reconnaître l'erreur parce qu'elle est fatale. Les chemins qui ont conduit au précipice ou sous l'avalanche peuvent être marqués d'un panneau « danger », voire barrés d'accès pour le bien des prochains promeneurs. Mais de tous les autres sentiers et toutes les autres voies pour atteindre le sommet, y compris celles qui ne sont pas encore créées, chacun peut avoir ses avantages et ses difficultés. Et comme les chemins sont infinis sur terre, comme ils sont innombrables encore à découvrir, des bons autant que des mauvais, il n'est jamais possible de soutenir valablement que l'humanité a enfin trouvé son meilleur mode de vie commune. Ce fut l'incroyable rêve de tant de conquérants, de tant de penseurs si sûrs d'eux qu'ils furent encore jusqu'à la fin du siècle dernier susceptibles d'imaginer que la démocratie marquait la fin de l'histoire²⁶⁰. Et si l'homme est incapable de disposer de la vérité, mais seulement de l'approcher, notamment par approximations négatives en rejetant tour à tour l'ivraie pour garder le bon blé, il ne peut rien imposer sinon pour l'interdire, avec beaucoup de circonspection et de prudence. Si personne ne connaît la vérité, il faut laisser le débat ouvert et d'autant plus que celui-ci favorise l'éclosion d'idées nouvelles d'où jaillissent généralement de nouvelles passerelles, toujours fragiles, vers la vérité. S'il n'est pas interdit d'interdire, c'est parce que pour vivre ensemble il faut bien admettre que la liberté des uns vient restreindre la liberté des autres. Les hommes sont dépendants les uns des autres et doivent se respecter les uns les autres pour pouvoir vivre ensemble. Mais personne ne sait avec certitude quels sont les meilleurs modes de vie commune, et ceux-ci évoluent selon les époques, varient selon les peuples et les territoires, selon les climats peut-être, l'histoire et la géographie... Il faut donc impérativement la liberté pour pouvoir sans cesse

260. Fukuyama, 1989.

discuter, échanger afin d'adapter les règles applicables. La vérité est insondable et méconnaissable et il reste du devoir des Hommes, parce que c'est l'essence de leur humanité, de la sonder et de la chercher. Et pour ce faire ils ont besoin de liberté comme la plante a besoin d'eau. La liberté permet de s'avancer dans les zones jusque-là inexplorées et d'enquêter sur ce qui était demeuré secret et de découvrir ce qui était caché, de dire ce qui était indicible. L'Homme est incertain et nul ne saurait le figer comme dans du formol, pour l'éternité; il est toujours le même et toujours changeant, toujours en quête d'une vérité impossible dont il ne cesse de vouloir s'approcher sans jamais l'atteindre. Ce mouvement est celui de sa vie dont il est amputé sans la liberté au point de s'étioler et régresser tant comme individu que comme membre de la société qui souffre aussi de cette amputation.

La liberté responsable

La liberté responsable est celle qui recherche la vérité précisément, son plus noble objet. Non seulement dans une démarche intellectuelle et parfois théorique pour laquelle tous ne sont pas faits, mais dans une attitude quotidienne, dans le choix des options possibles de chaque moment de la vie. Elle appartient à chacun et ne saurait lui être dérobée au nom de quoi que ce soit, car nul ne peut prétendre connaître la vérité à notre place.

La liberté responsable pourrait être au fond la boussole de la justice sociale, de l'action de la collectivité à l'égard de ses membres qui se rapprocherait d'autant mieux de son juste but qu'elle laisserait plus de liberté responsable à chacun. Avant d'assister corps et bien ceux qui sont en détresse, il s'agirait de se poser toujours la question de savoir si les mesures d'aide envisagées vont augmenter la liberté responsable de l'individu

ou l'amputer. Il y a bien des cas dans lesquels l'exercice de la liberté est limité, voire réduit à presque néant, par la misère physique, matérielle ou morale et la justice serait alors d'y remédier en réduisant cette misère. Mais encore faudrait-il que chaque décision s'avère autant que possible favorable à l'exercice plus grand de cette liberté responsable qui fait que chaque individu est un peu plus homme. L'assistance trouverait ainsi sa propre limite dans la liberté de ceux qu'elle secourt. Elle devrait éviter d'en faire des assistés pour autant qu'ils aient la capacité de reprendre le chemin par eux-mêmes, les aider à repartir par eux-mêmes plutôt que de les prendre en charge trop longtemps, leur réapprendre à marcher plutôt que de leur offrir un fauteuil roulant. C'est souvent une question de dosage délicat et il est difficile de reprocher à la communauté des hommes de trop aider ceux qui en ont besoin. Et pourtant, à en faire trop, elle fait mal et pour un résultat destructeur.

Le principe de base semble devoir être que la justice doit d'abord être ordonnée à l'homme et dès lors que l'homme se définit par rapport aux animaux par sa liberté d'être, la justice doit respecter contre vents et marées la liberté de chacun. Mais bien entendu cette règle facile à énoncer rencontre dans la pratique quotidienne mille et une difficultés à trancher. C'est le devoir des juges ou des politiques selon les cas et ils ne peuvent l'accomplir qu'en regardant avec attention ce qui a été fait dans des cas semblables antérieurement. Car l'homme reste le même au cours des siècles et il est bien rare que d'autres avant lui n'aient pas rencontré les mêmes situations, les mêmes dilemmes et les mêmes angoisses avant de dire le droit. Et l'histoire des hommes enseigne sur les conséquences et les risques et les chances données en fonction de chaque décision. La tradition est le pli du comportement des hommes, comme inscrit dans leurs habitudes qui ont réussi à

leur permettre d'aller en avant, de vivre mieux ou moins mal, elle a sélectionné ce qui est bénéfique ou ce qui l'a été à un moment donné. Il faut donc aussi parfois soulever la tradition, la mettre de côté quand elle est une entrave à aller plus loin. Car en même temps, chaque époque innove, l'homme n'arrête jamais d'avancer, de créer, de faire du neuf à partir de l'ancien et avec du vraiment nouveau aussi. C'est sa nature même que d'imaginer toujours mieux pour lui, de continuer sans cesse à découvrir le monde tel qu'il est et que nous ne connaissons jamais entièrement comme il est. La société est donc le fruit de la liberté de l'homme en même temps que celui-ci est le fruit de ce que les générations antérieures lui ont appris et lui ont légué sans même que parfois il le sache.

Mais qui veut des hommes libres doit les vouloir responsables de leurs actes et capables d'en être punis ou récompensés. La justice implique la responsabilité des individus face à leurs choix. Mais c'est aussi une question structurelle. La liberté est mieux respectée lorsque ce sont ceux qui en ont la capacité qui décident librement d'aider ceux qui en ont besoin. Elle est mieux respectée parce qu'elle exprime alors une vraie solidarité entre hommes libres tandis que lorsque l'impôt vient prendre en charge l'assistance, il transforme la bonté en obligation à l'égard de celui qui donne et le secours en droit pour celui qui reçoit. Ainsi se crée un rapport nouveau et irresponsable de part et d'autre.

CHAPITRE XIII

LA BONNE JUSTICE EST EN NÉGATIF

Il faut partir de ce qu'est l'homme en tant qu'homme, un agent souverain dont l'humanité repose précisément sur sa capacité de choisir ses propres fins, ce qui implique que le juste, qui respecte cette liberté, prévale sur le bien. Ce qui ne veut pas dire que le juste ne contribue pas au bien de l'individu, ni même que le juste ne contribue pas au bien commun, mais comme un effet à une cause. Car une société où la liberté des individus est érigée en critère de référence est en même temps une société bonne, pour autant que cette liberté ne soit pas exempte de respect mutuel, c'est-à-dire ne s'exerce que dans le cadre des règles du droit admis comme le liant de la société, qu'elle soit soumise à ce qui est précisément la justice. Celle-ci a pour objectif de faire vivre les gens ensemble sur un même territoire et en ce sens elle est d'ailleurs constitutive du bien commun. Mais les gens peuvent vivre ensemble de bien des manières, ils le peuvent sous une règle de fer, dans des cités transformées en camps comme ils le peuvent, du moins pour un temps sans doute précaire, dans une anarchie débridée et tumultueuse aboutissant bientôt à conduire tous contre tous, et ce n'est évidemment pas la justice, ni l'un ni l'autre. Le juste est soumis à la recherche de ce qui convient le mieux aux hommes, il est ordonné à l'homme et par là même ordonné aussi à la cité parce qu'il n'y a pas d'homme en dehors de la cité, qu'il n'y a de Robinson que par accident.

L'homme est tendu vers sa fin et Thomas d'Aquin comme Aristote ont sans doute raison que cette tension n'a de sens qu'orientée vers le bien, même si précisément c'est parce que dans sa nature l'homme est écartelé en permanence entre bien et mal qu'il y a tension. Et dans ce tiraillement de la vie, l'option du bien ne peut elle-même être bonne que si elle est libre. Différemment, elle serait factuelle mais sans valeur morale. Et si elle doit être libre, elle ne saurait être qu'individuelle. Cela ne veut pas dire que la communauté, familiale, locale... ne peut pas, ne doit pas favoriser, orienter, encourager au bien, mais elle ne saurait se substituer à l'homme sans risquer de supprimer l'humanité de l'homme, ce qui le fait homme, qui est ce choix entre les possibles. Elle ne saurait définir le bien et l'imposer, mais seulement recommander, avec prudence. Elle ne peut établir que des règles a minima de respect social pour permettre de vivre ensemble, pour permettre à chacun de faire le choix de tendre vers ce qu'il croit être le bien. Elle ne peut qu'empêcher ceux qui voudraient opter pour le mal de le faire lorsque ce choix a des conséquences néfastes pour les autres. C'est en ce sens que la justice humaine est essentiellement négative : Tu ne feras pas... ; alors que la justice divine est essentiellement positive : Tu aimeras... Mais la justice divine ne peut se présenter jamais que comme une recommandation, une proposition d'adhésion à chacun. Elle ne peut être imposée, sanctionnée.

Le respect mutuel

La liberté ne peut donc pas être dictée, elle ne peut pas être ordonnée par un autre. Tout au plus elle peut être limitée d'un commun accord pour assurer le respect de la liberté de l'autre. John Stuart Mill en concluait que pour régler les rapports de la société et des individus dans tout ce qui concerne la contrainte

ou le contrôle social, il fallait s'en tenir à un principe voulant « que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante²⁶¹. » Pour ce libéral du milieu du XIX^e siècle, hors la sécurité des autres et la protection de leur propre liberté, la liberté de chacun est souveraine. La question peut se poser parfois de savoir s'il n'y pas lieu que la loi exige des actions positives tendant au bien des personnes. C'est le cas par exemple de l'obligation d'assistance à personne en danger, mais c'est une forme d'exception admise par J.S. Mill à la règle qu'il pose que la loi ne peut qu'empêcher de nuire, qu'elle n'est pas faite pour faire le bien. Il ne s'agit pas de refuser toute autorité, mais plutôt de la cantonner dans ce travail de gardien du respect de chacun par chacun, travail pour lequel chacun peut subir d'ailleurs la contrainte de payer une contribution nécessaire à l'exécution d'une telle charge.

Comme le rappelle Isaiah Berlin, selon la grande tradition libérale, à laquelle il appartient et qui est celle de Constant, Mill ou Tocqueville,

« aucune société ne peut être dite libre si elle n'est pas régie par ces deux principes étroitement liés : en premier lieu, aucun pouvoir ne peut être considéré comme absolu, seuls les droits le sont, de sorte que tous les hommes, quelle que soit la puissance qui les gouverne, ont un droit absolu de refuser de se conduire de façon barbare ; en second lieu, il existe des

261. *De la liberté*, Gallimard, Folio, Essais, 1990, p. 74.

frontières – qui n'ont rien d'artificiel – à l'intérieur desquelles les individus possèdent des droits inviolables ; ces frontières sont définies par des règles si anciennes et si largement acceptées que leur respect fait partie de la conception même que l'on a d'un homme normalement constitué et, donc, de ce qu'est agir de façon barbare ou démente ; des règles dont il serait absurde de dire, par exemple, qu'elles peuvent être abrogées selon une procédure légale par des juges ou une assemblée souveraine. Quand je dis d'un homme qu'il est normalement constitué, j'entends aussi par là qu'il ne pourrait enfreindre ces règles aisément, sans un haut-le-cœur. Ce sont de telles règles qui sont bafouées, quand un homme est déclaré coupable sans jugement ou condamné en vertu d'une loi rétroactive ; lorsqu'on oblige des enfants à dénoncer leurs parents, des amis à se trahir mutuellement, des soldats à commettre des atrocités ; lorsque des hommes sont torturés ou assassinés, des minorités massacrées parce qu'ils déplaisent à la majorité ou au tyran. Même si le souverain les légalise, de tels actes provoquent toujours l'horreur, cela tient à ce que l'on reconnaît la nécessité morale – par-delà les lois – de barrières absolues empêchant un homme d'imposer sa volonté à un autre. Entendue en ce sens, la liberté d'une société, d'une classe ou d'un groupe, se mesure à la résistance de ces barrières, ainsi qu'au nombre et à l'importance des voies qu'elles laissent ouvertes à ses membres – sinon à tous, du moins à un grand nombre²⁶². »

La règle qui veut qu'on ne fasse pas à autrui ce qu'on ne voudrait pas qu'il nous fasse est au surplus celle de la vraie égalité, elle met les hommes en situation de totale égalité les

262. Isaiah BERLIN, *Éloge de la liberté*, Calmann-Lévy, coll. Agora, 1990, pp. 212/213.

uns par rapport aux autres, elle suppose et exige une stricte égalité devant le droit et l'universalité du droit qui s'applique à tous y compris au pouvoir qui édicte la loi dans le respect du droit. Cette règle impose la réciprocité et induit l'attitude morale dans l'intérêt de chacun qui devient l'intérêt de tous. Elle favorise l'échange et le respect des engagements, elle développe le sens de la responsabilité individuelle en traçant la limite de la loi dans le rapport de chacun aux autres plutôt que dans la seule volonté de la loi.

« Quand la loi et la Force, écrivait Bastiat, retiennent un homme dans la Justice, elles ne lui imposent rien qu'une pure négation. Elles ne lui imposent que l'abstention de nuire. Elles n'attendent ni à sa Personnalité, ni à sa Liberté, ni à sa Propriété. Seulement elles sauvegardent la Personnalité, la Liberté et la Propriété d'autrui. Elles se tiennent sur la défensive ; elles défendent le Droit égal de tous. Elles remplissent une mission dont l'innocuité est évidente, l'utilité palpable, et la légitimité incontestée²⁶³. »

À l'inverse, l'État-providence ne lutte pas contre l'égoïsme mais le favorise en devenant une source à exploiter, « la grande fiction par laquelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde » selon les mots de Bastiat.

La loi soumission

La loi a accompagné la naissance de cet État-providence depuis les nominalistes jusqu'à Rousseau en passant par Bodin et bien d'autres. C'est au moment même où l'Occident

263. BASTIAT, *La Loi*, Éditions Lulu.com, 2008, p. 40.

s'éveillait, dans un Bas Moyen Âge riche en débats intellectuels, que paradoxalement les nominalistes ont prôné l'individualisme tout en défendant le concept d'un droit nouveau fondé tout entier sur la volonté de son concepteur. En s'en remettant ainsi à la volonté du prince, auquel un peu plus tard Bodin conférerait une souveraineté sans partage, ils ouvraient la porte à l'enchaînement des peuples. Si entre les mains du souverain, la loi peut tout imposer aux hommes et si le souverain n'a pas de limites à son pouvoir, il en est bientôt fini de la liberté des hommes. Certes, Suarez ou Bodin se rapportaient encore à une forme de droit naturel qui préservait la sphère privée de chacun. Mais le verrou devait sauter avec Rousseau qui a emprisonné les gens dans un contrat social factice. Cette vision d'un contrat originel est un moyen de coercition au travers d'une philosophie assénée; elle s'accompagne chez ses concepteurs de cette idée moderne de domination et d'unicité de la raison. Rousseau comme Rawls pensent que le contrat qu'ils imaginent est obligatoirement bon pour tous, acceptable par tous parce qu'il est le fruit de la raison d'un spectateur objectif. Ils sont persuadés que la justice qui en découle peut et doit être imposée à tous car ceux auxquels il faut l'imposer ne sont que ceux qui n'ont pas encore été décillés, qui n'ont pas encore compris la valeur suprême que représente cette conception nouvelle bâtie pour le bonheur commun et universel. Sauf qu'ils n'ont conçu en fait leur image d'une société idyllique que pour eux et sans imaginer que peut-être elle pouvait être détestable pour d'autres. Rousseau est au comble de la tromperie intellectuelle et morale en imaginant que le pouvoir de tous, la volonté générale, est forcément bonne au point que chacun puisse s'abandonner entre ses bras. Il oublie simplement que ceux qui exercent le pouvoir sont rarement des héros ou des saints, qu'ils ont leurs propres intérêts et leurs appétits personnels, et qu'ils sont différents

des gens qu'ils gouvernent. La volonté générale, si seulement elle existe, n'est jamais une, mais diverse à l'égal de la communauté des hommes qui l'énoncent. Quand un pouvoir est seul aux commandes, il s'arrogue bien vite tous les droits et prétend, toujours pour le bien du peuple, savoir mieux que le peuple ce qui convient à celui-ci. L'évolution des sociétés occidentales tend vers l'adoption d'un système de loi-soumission, quand la loi de la République française par exemple tend à s'ingérer de plus en plus dans la vie des particuliers, au même titre que l'Islam qui est né et s'est développé sous le joug d'un livre dont les mots et les imams régissent ses mœurs, ses vêtements et ses comportements autant que sa nourriture, sa pratique religieuse et sa vie publique...

Sur les chemins qui ont pavé la construction de l'État moderne, l'Occident s'est appuyé aussi sur une mauvaise interprétation de Montesquieu. En écrivant que « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent », Montesquieu pouvait paraître s'être rallié à l'idée d'une loi-soumission dont les termes déterminent ce que chacun peut faire plutôt que de définir ce qu'il ne faut pas faire. Il faut pourtant relire Montesquieu entièrement. Son propos visait à combattre le despotisme dont le pouvoir est celui qui s'exerce sans loi ou par la loi du bon vouloir du prince. Montesquieu prime la vertu personnelle et le devoir de chacun à l'égard des autres.

« Il est vrai, écrit-il, que, dans les démocraties, le peuple paraît faire ce qu'il veut : mais la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir [...] La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent : et,

si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir²⁶⁴. »

Montesquieu pensait avec son siècle que la loi protège contre l'arbitraire. Il porta plus son attention sur la division des pouvoirs pour éviter le monopole de la souveraineté que sur le risque que par elle-même la loi puisse devenir tyrannique à son tour. Il a inspiré la Révolution française elle-même tout empreinte d'une volonté de libération avant de tomber à son tour dans la tyrannie. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a retenu cette définition négative de l'objet de la loi qui est celle de la loi-liberté, notamment dans ses articles 4 et 5. »

« Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

« Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. 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. »

Mais quand bien même, le préambule de la Déclaration apparaît défenseur des libertés, il affirme que c'est la loi qui est source de tous les droits, ce qui porte le germe de la loi-soumission à laquelle adhèrent aujourd'hui même des

264. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, livre IX, chapitre III.

penseurs réputés libéraux, sans doute à tort bien entendu, comme Rawls qui expose que pour lui

«La liberté est un ensemble de droits et de devoirs définis par les institutions. Les diverses libertés précisent ce que nous pouvons choisir de faire...»

Ce qui dans tous les cas revient à soutenir que la liberté dépend du législateur.

Ainsi peu à peu la loi a pris la place de la responsabilité individuelle, elle décide pour nous. Et l'État ne se prive pas de faire usage de la loi pour dicter nos libertés. Il supprime surtout notre responsabilité en se substituant à nous, en faisant à notre place, en payant ou faisant payer à notre place le médecin et le pharmacien, l'école et les musées, les pompiers, les théâtres, les retraites... La France est particulièrement sujette à ce syndrome parce qu'elle ne parvient pas à se dépouiller de l'État. La fonction publique, dont 55 % des députés sont issus (dans leur mandat 2012/2017), a colonisé les esprits autant que les rouages du pouvoir et plus généralement de la société. L'opinion dominante, et pas seulement à gauche, n'est plus capable d'imaginer qu'il y a une vie en dehors des cadres fixés par la loi et/ou par l'administration. Pour aider les entreprises, il a été imaginé avec le CICE (un sigle barbare pour un crédit d'impôts) de leur prélever des milliards pour leur rembourser ensuite, amputés des charges toujours exorbitantes de la grande machine administrative. Depuis 1981, l'ISF, très coûteux à force de tuer l'investissement et l'emploi, perdure pour permettre à l'administration de surveiller la vie des autres. Les prélèvements obligatoires atteignent des sommets et pourtant ils ne mesurent qu'une partie des charges que supportent les contribuables, particuliers et entreprises, au travers des mille et une contraintes auxquelles ils sont astreints pour respecter

des normes extravagantes et souvent inutiles. La France est accaparée par tous ceux qui profitent des petits avantages du système et s'y accrochent désespérément sous d'innombrables faux prétextes : à leur statut pour les fonctionnaires, à leur nombreux *clausus* pour nombre de professions réglementées, à leurs monopoles pour les syndicats ou pour certains métiers protégés indûment...

La France succombe sous le poids de la politique de distribution qu'elle a mise en place tout à la fois pour satisfaire à une idéologie égalisatrice et complaire à une clientèle facile à convaincre qu'il lui suffisait de tendre la main. Mais plus encore, elle est gangrenée par le doux poison de l'État-providence qui désapprend le travail et jalouse les récompenses du mérite en même temps qu'il multiplie les rentes et entretient, trop souvent dans une médiocre situation, une majorité de Français payés par l'argent public. L'État annihile ainsi peu à peu ceux qu'il nourrit. Il fige les statuts et entrave la mobilité sociale qui est la part de rêve et de réussite à laquelle chacun devrait pouvoir aspirer. Il tue l'esprit en s'arrogeant tous droits et tous pouvoirs et il rend les élus incapables de comprendre que les Français seraient plus heureux de réapprendre à vivre par eux-mêmes, débarrassés de la tutelle onéreuse et destructrice de majorités politiques qui se disputent désormais les haillons de leur tunique de Nessus.

Les Français sont si habitués à cette drogue de la perfusion étatique qu'ils sont les premiers à en vouloir toujours plus. Et ce ne sont pas les gens de peu, les plus pauvres, les moins intellectuels qui en sont ainsi demandeurs. Non, regardez les notaires et les avocats. Les premiers veulent conserver leurs rentes de situation monopolistique et leurs tarifs, les seconds s'arcboutent sur les « services acquis » que sont pour beaucoup d'entre eux les commises, les postulations ou les gardes à vue. Dans tous les

cas, et comme les huissiers, les pharmaciens ou d'autres, ils refusent la concurrence, ils préfèrent les rentes de situation. Ils sont à bonne école d'ailleurs puisque la première profession de France, la plus nombreuse est celle qui a les plus grands privilèges et qui s'occupe un peu de ceux des autres pour qu'on oublie de parler des siens. Vous avez reconnu les fonctionnaires bien sûr. Ils sont 5,4 millions, outre tous ceux qui ont des régimes équivalents ou alignés ou maintenus. Prenez par exemple les agents d'EDF ou France Telecom. Ces sociétés ont soit-disant été privatisées, mais leurs employés sont bien encore des agents, c'est-à-dire des gens à part, protégés, intouchables, choyés par leurs vacances à rallonge aux frais du consommateur via leur comité d'entreprise abondé par des prélèvements sur tarifs. Plus de 50 % des salariés français sont payés par de l'argent public ou parapublic en France et cela contribue à la déresponsabilisation générale et particulière.

Le résultat est que les Français sont de moins en moins responsables d'eux-mêmes et qu'à force de ne plus être responsables ni d'eux-mêmes ni de rien d'autre, ils croient que la liberté est de faire n'importe quoi ou de ne rien faire alors qu'elle n'est ni l'un ni l'autre.

Par sa prégnance, l'État a désappris la responsabilité aux Français et en faisant cela il a désappris la liberté. Et bien entendu d'abord au travers de l'école, dite de la République, qui est devenue un lieu de médiocrité sauf lorsque par chance, et elle n'est pas encore trop rare semble-t-il, – mais pour combien de temps! –, les élèves héritent d'un bon professeur; elle est un lieu de peur, d'irrespect, de décomposition sociale alors qu'elle devrait être un creuset de structuration par l'apprentissage du savoir et du savoir vivre ensemble. Elle n'apprend plus le respect parce que demander du respect, c'est obliger un enfant vis-à-vis d'un adulte et attenter à la liberté de l'enfant, parce que aussi c'est un risque pour l'adulte de

se faire insulter, voire tabasser. Elle n'apprend plus qu'à haïr l'histoire de ceux qui ont fait notre pays, dénigrer les entrepreneurs qui ont favorisé le progrès, moquer les intellectuels sauf lorsqu'ils sont de gauche ou d'extrême gauche. Elle est surtout un moule unique et destructeur pour les professeurs d'abord qui y perdent vite la bonne volonté et la foi de l'éducation qu'ils ont encore souvent quand ils commencent à exercer leur si beau métier, pour les enfants ensuite qui n'y trouvent pas les repères qu'elle serait censée leur apporter et qui parfois y perdent ceux que leur famille leur a encore enseignés. Pourquoi? Mais simplement parce que l'Éducation nationale est un grand monopole qui ne sait même plus combien il a d'employés et dont les ministres qui se succèdent à un rythme accéléré pour s'en occuper n'ont que le souci de donner leur nom à une énième loi généralement plus irresponsable et stupide que les précédentes.

La loi-liberté

Pour revenir à plus de liberté et de responsabilité, il faut nécessairement donner un autre sens à la loi, considérer désormais que la loi ne peut pas dicter les comportements de chacun sauf à remettre en cause la liberté de tous. Dans les pays libres, la loi a en principe pour vocation d'interdire ce que ses ressortissants ne doivent pas faire pour ne pas se nuire les uns aux autres. Il y est donc permis de faire tout ce que la loi n'interdit pas. Dans les pays totalitaires, la loi énonce ce que chacun a le droit de faire. Il n'y est donc permis de faire que ce que la loi permet. La différence est celle d'un état de droit à un État sans droit, celle entre une loi-liberté et une loi-soumission. Bien sûr, il y a des degrés, la matière n'est pas toute blanche ou toute noire. Et aucune loi humaine ne saurait être parfaite.

Quelle loi alors faut-il retenir? De la justice, il existe tant d'approches différentes que le scepticisme peut gagner la partie. La justice telle qu'on la concevait à Athènes n'était pas celle qui s'entendait dans la Sparte militaire, ni non plus celle qui s'appliquait dans l'aristocratique Thèbes et il en va de même de nos jours. Rawls donne priorité au principe d'égalité face aux besoins alors que Nozick privilégie le principe d'égalité des droits. Et nul n'est certain de détenir la vérité. La justice ne peut pas être non plus que ce que la loi dit, quand bien même la loi serait, au sens du *ius* latin ou du *common law* anglais, l'ensemble du droit applicable. Aristote dont le droit naturel est si protecteur des libertés dit néanmoins que ce que la loi « ne permet pas expressément, elle le défend »²⁶⁵, et il annonce ainsi les totalitarismes dans lesquels tout ce qui n'est pas permis est défendu au contraire des pays libres dans lesquels tout ce qui n'est pas défendu est autorisé.

Il ne s'agit pourtant pas d'être sceptique comme Montaigne :

« Quelle bonté est ce, que je voyais hier en crédit, et demain ne la sera plus; et que le trajet d'une rivière fait crime? Quelle vérité est ce que ces montagnes bornent, mensonge au monde qui se tient au-delà²⁶⁶? »

Ou comme Pascal qui en reprenait les mots de manière plus percutante :

« ...trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité. En peu d'années de possession, les lois fondamentales changent, le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine

265. *Éthique à Nicomaque*, V,15,1138 a.

266. *Essais*, livre II, 12.

d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà²⁶⁷. »

Il s'agit d'être prudent, d'avoir du discernement pour déterminer ce qu'il faut rejeter et ce qu'il faut considérer comme bien ou seulement acceptable. Certes, nous ne pouvons connaître le juste mais nous pouvons révéler l'injuste et nous en défendre, nous ne pouvons connaître le juste que par approximations successives, mais nous pouvons le chercher, nous pouvons l'approcher par la raison et l'observation du monde, et nous devons tendre à le trouver et à l'instaurer.

En définitive, l'approche pratique, concrète qu'Aristote et saint Thomas ont raison de privilégier pour établir la justice des hommes, montre qu'il existe des impasses de l'histoire personnelle ou collective des hommes. L'analyse permet d'écarter ce qui ne marche pas. Le droit détermine ainsi ce qui n'est pas souhaitable et il ouvre des voies possibles. Tout n'est pas faisable, mais nous ne savons pas tout ce qui est faisable. L'observation permet de connaître, parfois non sans drame pour les avoir vécus, la perversité de certaines idées, le vice de certains systèmes ou de certains comportements, l'erreur de certaines décisions. Elle ne donne pas de solutions toutes faites, elle ne crée pas de droit positif car toute règle de droit est un choix. Mais elle permet d'écarter certains choix, ceux qui ont démontré leur inanité. Elle révèle l'injuste à défaut de livrer le juste. Le juste, il se construit par une recherche attentive et permanente des solutions les mieux adaptées à chaque situation, par l'exercice de la raison, en scrutant l'histoire, en analysant la vie sociale, en rejetant les mauvaises solutions que le passé révèle et en avançant ainsi en tâtonnant parfois, par approximations négatives. Parce que la justice des

267. *Les Pensées*, 1^{re} partie, chap. De la justice. Coutumes et préjugés, 60-294.

hommes n'est pas celle d'un monde parfait et donc unique. Elle est humaine précisément, c'est-à-dire diverse, imparfaite, changeante en fonction de l'évolution du monde, en fonction des territoires auxquels elle s'applique, de leur population, de leur histoire, de leur devenir.

Il faut respecter la nature humaine, en quelque sorte respecter les fondamentaux qui font l'humain, les « Universaux » qui façonnent notre humanité, au service de l'Homme, de chaque individu. C'est en reconnaissant l'environnement dans lequel naît et se construit chaque homme, sa nature humaine, en en connaissant les limites et les immenses possibilités que la justice peut tracer peu à peu les lignes mouvantes du droit permettant à chacun de recevoir le sien tout en consolidant, pierre après pierre, l'édifice social et son harmonie. Il n'y a donc pas d'incompatibilité à retenir les principes de l'aristotélo-thomisme tout en valorisant l'individu, en en faisant l'alpha et l'oméga du droit, ce qui n'implique ni nécessairement de s'abandonner entièrement au subjectivisme, ni de condamner l'individu à une vie solitaire sur une terre sans origine et sans finalité. Dans cette perspective, le droit peut aisément distinguer les « droits créances » des « droits libertés », les « droits à » des « droits de ». Il peut aussi s'élaborer sans remettre en cause tout dieu créateur susceptible d'avoir donné la vie au monde et même de lui avoir enseigné une morale sans pour autant se mêler au quotidien des rapports de droits de son peuple ni imposer à chacun de croire à quoi que ce soit.

Mais surtout, de l'aristotélo-thomisme, il faut sans doute conserver la méthode faite de prudence et de réalisme. Il faut avec elle avancer pas à pas à la découverte des bonnes règles de chaque temps, bannissant les principes mauvais et choisissant ceux qui paraissent les mieux adaptés à chaque situation. Nous savons plus facilement reconnaître l'injustice que dire le juste.

Le premier devoir de justice est donc de combattre l'injustice, de s'y opposer.

Pour Hugo Grotius déjà, le droit qui est le fruit du commerce des hommes est compris dans le sens des Anciens comme *id quod justum est*, mais plus encore comme ce qui n'est pas injuste :

« Car le mot droit ne signifie autre chose ici que ce qui est juste, et cela dans un sens plus négatif qu'affirmatif, de sorte que le droit est ce qui n'est pas injuste²⁶⁸. »

Ce qui est injuste, c'est ce qui est contre la nature, c'est ce qui conduirait à détruire la société. Il dit encore « qu'on qualifie de justes des choses exemptes d'injustice²⁶⁹ »

Amartya Sen propose de combattre l'injustice plutôt que de rechercher une impossible justice, un improbable système de règles parfaites.

« Il existe, écrit-il, en sanskrit classique deux mots différents qui signifient "justice" : *niti* et *nyaya*. *Niti* est notamment utilisé pour évoquer l'organisation appropriée et le comportement correct. *Nyaya*, contrairement à *niti*, exprime un concept global de justice réalisée. »

Il opte résolument pour la Nyaya dans une démarche pragmatique consistant à lutter contre les situations d'« injustice criante » et à imaginer des solutions, fussent-elles partielles, pour y remédier. Sen cite Martin Luther King pour qui « l'injustice, où qu'elle soit, est une menace pour la justice, où qu'elle soit²⁷⁰. » Notre démarche doit être de tendre

268. *Le droit de la guerre et de la paix*, PUF, Collection Quadrige, 2005, p. 35

269. *Ibidem*, p. 39.

270. *L'idée de justice*, p. 477.

toujours à la justice, mais celle-ci est toujours difficile à trouver, généralement incertaine, rarement fixée pour l'éternité, elle peut dépendre des lieux, des époques, des circonstances. Mais l'injustice, elle, est sans doute plus aisée à traquer, du moins lorsqu'elle est manifeste, et à bannir, à condamner, à rejeter.

Cela ne veut pas dire que le juste n'existe pas, mais seulement qu'il se discerne d'abord en écartant ce qui est injuste. Ensuite, il faut déterminer les critères à partir desquels le juste sera cerné, quand il le pourra. Il ne s'agit pas de considérer que chacun a sa justice. Il y a bien une justice, mais l'imperfection humaine, congénitale à l'homme, ne permet pas toujours à celui-ci de l'appréhender. Les cultures, les époques, les façons de vivre... façonnent des références différentes, des aspirations dissemblables, des critères de jugement plus ou moins divergents... Il y a bien une vérité mais elle peut être vue distinctement de part et d'autre d'une frontière selon le mot de Pascal. L'injustice aussi sans doute. La peine de mort sera considérée comme juste ici et injuste ailleurs. La Cour de Karlsruhe a considéré en 1995 qu'un prélèvement possible de plus de 50 % des revenus devait être annulé. Le Conseil constitutionnel français a validé à plusieurs reprises l'ISF pourtant plus confiscatoire que l'impôt allemand sur le capital!

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

CHAPITRE XIV

LA RESPONSABILITÉ, CRITÈRE DU BIEN COMMUN ?

La justice souffre de plus en plus de ne plus être faite pour des hommes en particulier mais pour des catégories sociales. Elle a confondu le droit avec le nivellement des conditions et l'équité avec l'égalité. Elle a construit une grande machine à modeler les comportements, au prétexte parfois de les libérer selon la norme de Rawls pour lequel est juste toute mesure qui améliore le sort des plus démunis au risque d'appauvrir le monde entier. La justice s'est perdue en laissant la société être happée par l'État, modelée par la main qui a voulu la protéger. En 30 ans, les dépenses sociales ont augmenté de plus de 50 % en pourcentage du PIB (Produit Intérieur Brut) en France. C'est le signe de la croissance incessante de l'État prévoyance dont la charge n'est plus désormais ni maîtrisée ni supportable. Mais dans une Europe qui, dit Angela Merkel, « représente 7 % de la population mondiale, 20 % de la production et 50 % des dépenses sociales », la France est désormais, en 2015, championne toutes catégories. Selon l'OCDE celle-ci consacre 60 % de ses dépenses publiques au secteur social, soit 33 % du PIB contre 26,2 % pour l'Allemagne ou 23,8 % pour l'Angleterre, et 22,1 % pour la moyenne OCDE.

Cette dérive ancienne est le fruit d'un excès de bienveillance de l'État doublé d'une démagogie facile tendant à multiplier les prébendes, notamment à la veille des élections. Mais elle a

été particulièrement favorisée par la modification progressive du mode de financement de ces dépenses. Le déplaçonnement des cotisations, l'instauration d'impôt sociaux (la CSG/RDS en France) et la prise en charge d'une part de plus en plus significative des dépenses sociales par les budgets de l'État ou des collectivités locales ont fait que les assurances sociales ne sont plus des assurances, mais des dépenses de redistribution sociale. Plus personne n'en mesure le coût et aucun de leurs bénéficiaires n'a plus intérêt à en limiter la dérive. Ainsi les charges sociales, employeur et employé, ont grimpé sans cesse pour atteindre plus de 80 % du salaire net quand elles sont de l'ordre de 25 % dans de nombreux pays comme la Suisse ou l'Angleterre. Chacun cherche alors naturellement à se défausser sur les autres. Le patronat demande que les milliards (35 en 2014) qui financent la branche famille soient payés par d'autres impôts tels qu'une augmentation de TVA ou de CSG. Les salariés réclament une hausse des cotisations supportées par les employeurs. Le débat sur les retraites s'installe dans la médiocrité entre ceux qui veulent allonger la durée de cotisation et ceux qui souhaitent reculer l'âge de départ en retraite. Pour limiter le dérapage incontrôlé du budget de la Sécurité sociale, les listes s'allongent, année après année, de médicaments et autres prestations non remboursés. Mais c'est emplâtre sur jambe de bois. Il ne s'agit toujours que de remplir plus le tonneau des Danaïdes de ce gouffre social en augmentant indûment les prélèvements sociaux et fiscaux.

Jour de libération fiscale ou jour de libération sociale ?

Le jour de libération fiscale est l'indicateur de cette immense dérive. C'est un concept qui a vu le jour aux États-Unis en 1948 à l'initiative de Dallas Hostetler qui voulait montrer par

cet indicateur combien de jours dans l'année nous travaillons non pas « pour nous », mais « pour l'État », c'est-à-dire pour impôts et cotisations. C'était le *Tax freedom day*.

En France, l'association Contribuables Associés a été le promoteur, depuis 1999, du calcul de ce « Jour de libération fiscale », qu'elle calcule en fonction du poids de la dépense publique par rapport au PIB (57,1 % en 2013). Cela équivaut en 2013 à 209 jours des richesses produites par les Français qui sont dépensées par l'État, la Sécurité sociale et les collectivités territoriales. Pour sa part, l'institut Molinari, en partenariat avec Ernst & Young, produit son propre indice en calculant l'ensemble des charges qui pèsent sur un « salaire complet » : charges sociales salariales et patronales, et TVA, rapportées au salaire complet. Le calcul des économistes de l'institut Molinari et d'Ernst & Young aboutit à 206 jours de travail pour l'État avant la « libération fiscale », qui en 2015 a donc eu lieu le 27 juillet. En 2013, il était le 26 juillet pour Molinari et le 29 juillet pour Contribuables Associés. Les écarts sont ténus et accrédite les résultats. Ce qui est certain, c'est que ce jour de libération fiscale est de plus en plus tardif : le 28 juillet en 2010 et le 22 juillet en 2011, selon Contribuables Associés, le 14 juillet en 2009, le 12 en 2008 selon l'institut Molinari.

Des économistes de l'Observatoire français des conjonctures économiques, OFCE, payés par l'argent des contribuables avant leur libération fiscale, se sont élevés avec force contre la réalité de ces indices de libération fiscale. À dire vrai, ils ont considéré non sans raison que les prélèvements obligatoires ne sont pas toujours à fonds perdu pour le contribuable. L'État, disent-ils, produit des services qui représentent 18 % du PIB. Une partie importante des dépenses publiques, rappellent-ils encore, revient directement aux ménages sous forme d'indemnités, d'aides ou autres prestations. Enfin, la charge fiscale et

sociale des uns contribue, soulignent-ils, à verser des prestations sociales à d'autres qui verront ainsi arriver plus tôt leur jour de libération fiscale. Ils n'ont pas complètement tort. Il est vrai que les prélèvements obligatoires relèvent de la salade composée dont le tout est l'addition de choux et de carottes. Y sont inclus des cotisations en contrepartie desquelles sont délivrés des soins ou des retraites par exemple. Si ces prélèvements n'avaient pas lieu, ceux qui y sont aujourd'hui assujettis souscriraient sans doute, à la place des assurances privées.

Et pourtant le jour de libération fiscale garde toute sa valeur ; mieux, il a plus de sens qu'au regard simplement du fardeau fiscal qu'il représente pour ceux qui le supportent. Car le poids des prélèvements sociaux et fiscaux exprime surtout l'emprise de la collectivité sur les individus. Un niveau de 57 % de dépenses publiques, c'est aussi, évidemment, plus de 50 % des Français qui sont payés, directement ou indirectement, par de l'argent public ou parapublic. C'est donc en même temps une empreinte publique très forte qui marque le rapport au travail, les relations sociales... Le mode de fonctionnement public devient la référence, avec ce que l'on sait d'anémie au travail, de lourdeur d'organisation, d'improductivité... Les dépenses sociales ne relèvent plus de l'assurance, mais de la solidarité, sur la base des besoins de chacun et non de ses ressources, conclut le rapport de l'OFCE. En même temps, cela signifie que plus personne n'est responsable de sa consommation de soins, de la charge de sa retraite, des conséquences de son arrêt de travail pour quasi convenance personnelle au travers d'une rupture conventionnelle... Et dès lors que l'État, ou ses démembrements, prend en charge ce qui pourrait être assuré par le secteur privé, il instaure des monopoles qui empêchent toute comparaison de prix, il administre plus qu'il ne gère, rendant artificiels tous les calculs de charges et entraînant, sans

que personne ne puisse en calculer l'importance, des dérives au détriment des contribuables.

À la fin, c'est l'esprit des Français qui est collectivisé. Ils trouvent normal que tout soit gratuit sans comprendre que ce qui est gratuit coûte généralement très cher. Chacun pense qu'il ne paye pas ce qu'il paye doublement autrement, par des impôts excessifs et par des services imposés et trop souvent peu performants. Les indices de libération fiscale sont en fait bien plus que cela, ce sont des indices d'enfermement social. Ils mesurent la privation de liberté dont souffrent des citoyens obligés de se soumettre à des systèmes sociaux qu'ils préféreraient choisir s'ils en avaient l'opportunité, s'ils avaient encore l'idée, bien souvent anéantie par des décennies d'habitude et de propagande, que c'est possible. Ces indices évaluent le degré de liberté, ou de privation de liberté, des citoyens de chaque pays. Plus ils sont élevés moins ce pays est libre. Et en France ces indices battent des records, ce qui signifie que les Français sont de moins en moins responsables d'eux-mêmes.

Et en déresponsabilisant les citoyens, l'État les anémie, détruit leur humanité qui se façonne tous les jours dans l'exercice de sa liberté responsable. Mgr André Vingt-Trois rappelait opportunément que : « L'illusion d'une grande distribution des fonds publics continue de masquer les failles structurelles de notre pays et contribue à prolonger les rêves d'une société de consommation sans rapport réel avec les moyens disponibles ni dans les foyers, ni dans la société²⁷¹. » Au-delà d'un certain niveau de prise en charge, il ne sert à rien de continuer à dépenser sans compter. Au contraire l'alimentation de la machine sociale entretient la pauvreté matérielle et crée de la pauvreté morale en rendant ceux qui en profitent moins responsables et parfois plus du tout responsables. C'est

271. Revue *Liberté politique*, n° 57, p. 18.

un mensonge de faire croire que toujours plus d'argent, et donc toujours plus d'impôt résoudra les problèmes. Certes le monde connaîtra toujours des problèmes inhérents à l'imperfection de l'homme, à ses limites, à ses défauts..., mais ce n'est qu'en rendant autant que possible sa responsabilité à chacun que le monde pourra évoluer vers un mieux, pas en transformant la société en jardin d'enfants sous la férule tutélaire d'un État maître de tout.

Parce que la justice est faite pour les hommes, elle ne saurait ne pas se préoccuper de l'harmonie sociale, parce que les hommes ne peuvent pas vivre durablement en dehors d'un ordre acceptable pour le plus grand nombre et accepté par lui, sans un respect réciproque des individualités, c'est-à-dire tenant compte aussi de la situation de chacun, de ses capacités, de ses moyens pour faire en sorte que tous vivent décemment. C'est la justice distributive, au sens aujourd'hui de justice redistributive, dont aucun ordre juridique ne peut se désintéresser, ne serait-ce que parce qu'il est de l'intérêt de chacun que la place de tous soit assurée en ce monde pour qu'y règne la paix sociale. Mais la justice distributive ne veut pas forcément dire qu'il faut niveler les conditions, imposer la redistribution des plus riches aux plus pauvres au point que ceux-ci s'enlisent dans leur pauvreté, en fassent profession au détriment de leur propre nature qui ne peut être, comme pour chacun, que tendue vers l'effort d'améliorer son sort par son travail et son intelligence, quelle qu'elle soit.

C'est en ce sens que Ricardo dénonçait déjà au début du XIX^e siècle les lois sur les pauvres dont il redoutait qu'elles soient mauvaises pour les pauvres eux-mêmes en les entretenant dans la pauvreté plutôt qu'en essayant de les en sortir. Ses propos peuvent paraître excessifs et néanmoins ils étaient prémonitoires. Ils montrent aussi que le problème n'est pas d'aujourd'hui.

« La tendance directe et manifeste des lois sur les pauvres, écrivait-il, est diamétralement opposée à ces principes évidents, il ne s'agit pas, comme le législateur se proposait de le faire avec bienveillance, d'améliorer la condition des pauvres, mais bien de détériorer à la fois la condition des pauvres et celle des riches. Au lieu d'enrichir les pauvres, il s'avère qu'elles appauvrissent les riches; et tant que les lois actuelles resteront en vigueur, il est tout à fait dans l'ordre naturel des choses que le fonds destiné à l'entretien des pauvres ne cesse de croître jusqu'à ce qu'il absorbe la totalité du revenu net du pays, ou tout au moins ce que l'État nous en laisse après avoir satisfait ses propres exigences toujours pressantes pour financer les dépenses publiques.

Depuis qu'elle a été pleinement développée dans les excellents travaux de M. Malthus, la tendance pernicieuse de ces lois n'est plus un mystère; et chaque ami des pauvres devrait souhaiter ardemment leur abolition. Malheureusement, elles sont instaurées depuis si longtemps, et les pauvres y sont tellement habitués qu'il faut faire preuve de la plus grande prudence et de la plus grande habileté pour les supprimer. Les partisans les plus fervents de leur abolition s'accordent tous à dire qu'il est souhaitable d'éviter à ceux qui bénéficient de ces lois malencontreusement édictées, de sombrer dans la détresse, et que cette abolition doit donc s'opérer de façon la plus progressive possible.

...La nature du mal désigne le remède. Nous parviendrons graduellement à une situation plus saine et plus sûre en restreignant progressivement le champ d'application des lois sur les pauvres, en inculquant aux pauvres la notion d'indépendance et en leur enseignant que, pour subvenir à leurs besoins, ils ne doivent pas compter sur une charité systématique ou occasionnelle, mais sur leurs propres efforts, et que la prudence et la prévoyance ne sont ni sans

utilité ni sans profit. [...] Ce n'est pas en changeant la manière de collecter le fonds destiné à l'entretien des pauvres que le mal sera endigué. Si le montant du fonds augmentait ou si ce fonds était levé comme le stipulent certaines propositions de loi récentes par une contribution générale supportée par l'ensemble du pays, non seulement il n'y aurait là aucun progrès, mais bien une aggravation de la détresse que nous souhaitons voir disparaître²⁷². »

Ce débat est celui qui existe en France dans l'instauration d'un revenu minimum (RSI ou RSA), celui qui a eu lieu aux États-Unis avec la loi obligeant les Américains à s'assurer, celui qui préside à l'instauration ou non d'un salaire minimum. L'institution d'un salaire minimum part d'un bon sentiment et pourtant, les pays sans salaire minimum ont des taux d'emploi globalement meilleurs parce que le salaire minimum écarte de l'emploi ceux dont la capacité ne vaut pas, aux yeux des employeurs, ce salaire-là. Pour favoriser l'emploi quand même, l'État a dû en France permettre des réductions sensibles de charges sociales sur les bas salaires, mais c'est une rupture d'égalité et un poids considérable pour les finances publiques, c'est-à-dire pour les autres qui payent l'impôt. C'est pourquoi Ricardo disait déjà :

«...Comme tous les autres contrats, les salaires devraient être laissés au jeu libre et impartial de la concurrence du marché, et ne jamais subir les ingérences du législateur²⁷³. »

272. *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF Flammarion, 2010, pp. 127/128.

273. *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF Flammarion, 2010, p. 127.

Ce serait inimaginable aujourd'hui, mais ne faut-il pas détricoter la complexité du Code du travail et redonner de la liberté aux relations sociales ?

Qui trop embrasse mal étreint, dit le proverbe. C'est vrai de l'État-providence qui à trop grossir risque de se pervertir avant peut-être d'éclater comme la grenouille. Il risque surtout et plus encore de rendre un mauvais service à ceux qu'il veut assister, de les droguer d'assistance, de les fragiliser au lieu de les renforcer, de les diminuer au lieu de les grandir. C'est un tabou de remettre en cause les avantages sociaux, comme un manque grave d'humanité et pourtant Ricardo n'avait pas tort, ou pas entièrement tort. Il ne s'agit pas pour autant de laisser les plus démunis sur le carreau d'une société qui s'enrichirait sans eux, voire à leur détriment. Tout au contraire, la société ouverte est celle qui a enrichi l'Occident par sa liberté d'action autant que de parole et c'est en libérant la parole aussi sur ce sujet sensible que le monde peut évoluer pour réduire la pauvreté, qu'il peut avancer pour trouver le point d'équilibre, sans doute toujours instable, pour favoriser l'amélioration du sort des plus pauvres sans attenter à leur humanité, sans non plus attenter à la liberté des autres.

Le critère de l'autonomie

L'incertitude dans l'approche ne doit pas pour autant faire renoncer à la recherche de la justice fiscale comme de la justice dans son ensemble. Rawls a raison de considérer que la justice a besoin d'un critère ou de critères de jugement, de référence, d'appréciation. Il a tort de retenir la réduction de l'inégalité comme la mesure de la justice, de qualifier de juste toute mesure qui améliore le sort des plus démunis, car la justice semble autrement moins réductrice. Amartya Sen prend plus en compte la diversité des individus et leur liberté, il apprécie

la justice à l'aune de la liberté laissée à chacun « pour mener à bien les accomplissements qu'il valorise et s'efforce de réaliser » et plus encore celle « d'accomplir ce qui est constitutif de son bien-être²⁷⁴. » Il intègre la liberté comme élément même du bien-être pour définir un critère de justice fondé sur la « capacité » représentant la liberté d'accomplir le bien-être dont dispose une personne. Pourtant et bien que plus ouverte, la conception de Sen reste centrée sur l'égalité, l'idée que la justice doit combattre l'inégalité des pouvoirs autant que des avoirs. Mais l'inégalité est chose naturelle, intrinsèquement liée à la différenciation des êtres humains qui fait de chacun d'eux un être unique.

Le critère d'évaluation de la justice ne serait-il pas plutôt celui de l'accomplissement par chaque personne de ses fins. L'individu qui rentre volontairement et librement au couvent pour y mener une vie de pauvreté n'est pas défavorisé par rapport à celui dont le dessein, réussi, a été de développer des affaires. Tous ceux qui rêvent de réaliser un projet satisfont leur destin, même s'ils n'y gagnent guère d'argent. Le militant ou l'artiste pauvre mais convaincu de son idéal vit sa pauvreté moins mal que l'ouvrier déçu et aigri de ne pas pouvoir améliorer son sort. Les métiers d'enseignants, de chercheurs, d'ingénieurs, de médecins... sont souvent des métiers choisis et exercés par passion et le rapport à l'argent n'y est pas le même que dans des métiers commerciaux où plus nombreux sont ceux qui cherchent à améliorer leur sort en augmentant leurs revenus. Les fins varient donc des uns aux autres. Mais chacun a ses fins et trouve satisfaction en les atteignant.

Il ne s'agit pas bien entendu d'avoir une justice spécifique pour chacun. Par définition la justice est générale quand bien même elle peut prendre en compte les situations indivi-

274. *Repenser l'inégalité*, p. 102.

duelles dans son application. Mais la justice peut se mesurer à l'aune de la liberté réelle laissée à chacun d'atteindre ses fins, de s'accomplir en les accomplissant. Et dans la mesure où il ne peut non plus être question que l'État, le pouvoir quel qu'il soit, décide des fins de chacun à la place de chacun sans remettre en cause le fait qu'il s'agit précisément de la fin de chacun, le seul rôle de la collectivité pourrait être en fin de compte – devrait être même –, de favoriser l'autonomie de chacun dans le respect de la liberté d'autrui, c'est-à-dire d'encourager l'exercice par chacun d'une liberté responsable.

Certes un critère peut être un guide, un repère, mais il ne peut pas être, en la matière du moins, une clé universelle. La liberté est un outil à manier avec précaution et tous ne savent pas s'en servir. Certains n'en ont pas l'usage. L'autonomie des uns peut limiter celle des autres, et il est généralement très difficile de mesurer l'autonomie de chacun. Il peut exister également des cas dans lesquels la personne n'est pas capable d'autonomie ou de complète autonomie. L'utilisation de ce critère pourrait permettre de justifier des mesures de justice distributive quand elles sont nécessaires, mais avec « la main qui tremble », en en limitant naturellement l'importance, le coût et la charge pour la collectivité.

Qui trop embrasse mal étreint

Le danger de toute justice distributive est en effet qu'elle peine à trouver ses limites. À vouloir aider les pauvres, les besoins sont immenses et d'autant plus que la pauvreté est relative et que le risque est de vouloir niveler la société jusqu'à tout prendre aux uns pour donner aux autres. Pire, les besoins sont d'autant plus illimités que l'assistance excessive et généralisée peut, à défaut d'y prendre garde, entretenir la pauvreté en laissant les pauvres vivre du soutien de la collec-

tivité plutôt que de se prendre en charge eux-mêmes grâce à l'aide qu'ils ont reçue. Au contraire, le critère d'autonomie permettrait de mettre en œuvre des mesures d'aide aux plus démunis sans pour autant les maintenir dans le besoin, c'est-à-dire en veillant à ce que cette assistance soit limitée dans son importance et sa durée, qu'elle soit, quand c'est possible, un encouragement à reprendre pied plutôt qu'à le perdre, de telle façon que ses bénéficiaires aient besoin et, si possible, envie de retrouver leur autonomie. Certes, il existe et il existera toujours des cas de personnes totalement incapables de se prendre en charge en tout ou en partie. Il existera des malades physiques et psychologiques graves, il existera des handicapés... et il est normal que la collectivité les prenne en charge si ni leur famille ni leur fortune personnelle ne peut y pourvoir. Mais beaucoup de ceux qui aujourd'hui sont soutenus par la collectivité pourraient s'en passer plus qu'ils ne le font. Il y a les enfants qui prennent l'héritage, même modeste, et laissent la collectivité s'occuper des vieux parents. Il y a les faux chômeurs et les faux malades, mais il y a surtout des non chômeurs qui profitent d'un système généreux au profit par exemple de ceux dont l'époux déménage pour trouver un autre travail, quand bien même il n'était pas au chômage. Il y a des chômeurs qui s'installent dans un système d'allocation de longue durée: ils partent en bénéficiant d'une indemnité importante pour eux et d'une prise en charge de 24 mois au titre du chômage; ils commencent par prendre du repos, ils retardent toute recherche de travail puisqu'ils ont le temps; ils se couchent tard et ne savent plus se lever tôt. Un jour la fin de la durée d'indemnisation arrive et ils comprennent qu'il faut rechercher du travail, mais ils n'ont plus l'habitude d'être dehors à l'heure de tintinnabuler, plus le courage de travailler, et leurs entretiens qui ne sont pas concluants dégradent leur situation et les placent en position d'échec, de révolte ou de

repli. Ils s'installent ainsi dans l'assistanat de longue durée. Un chômage plus court aurait au fond été plus favorable à leur retour à l'autonomie, et c'est d'ailleurs ce que font beaucoup de pays autres que la France.

De même la Sécurité sociale française prend tout en charge et les médecins sont paupérisés par un système administratif qui les contrôle et dans lequel les clients ne les payent plus et deviennent irresponsables de leurs dépenses. Tous en profitent ou presque. Tous peuvent consommer du médicament, de l'arrêt maladie, des cures, des interventions chirurgicales de confort... puisqu'ils sont payés par les autres. Les coûts sont ceux d'un grand trou commun où plus personne ne sait qui paye quoi. L'impôt et les cotisations qui se multiplient, de la CSG à la RDS et autres, remplissent en partie ce tonneau des Danaïdes. Pour le surplus dont le besoin augmente d'année en année ou presque, la charge en est reportée sur les générations futures au travers de la dette publique qui s'accroît et suscite la crise. Les médecins eux-mêmes, contre leur gré, sont fonctionnarisés, payés de plus en plus non par l'acte mais au regard des critères fixés par la Sécurité sociale : les génériques prescrits, leur informatisation et leur gestion administrative...

L'assurance plutôt que l'assistance

Le critère d'autonomie comme référence consisterait à revenir à l'assurance et à permettre que chaque assuré soit responsabilisé dans sa consommation. Rien n'empêcherait que les plus faibles, les incapables, soient pris en charge au travers d'une partie de la cotisation d'assurance prélevée à cette fin. De la même manière, en France chacun paye une sur-cotisation d'assurance responsabilité civile/habitation au titre de la prise en charge des risques majeurs, le prélèvement au profit du fonds de prévention des risques naturels

majeurs étant assis sur le produit des primes ou cotisations additionnelles relatives à la garantie contre le risque de catastrophes naturelles, prévues à l'article L 125-2 du Code des assurances. Tous seraient obligés de s'assurer, mais pourraient le faire auprès de la compagnie d'assurance ou mutuelle de leur choix, en choisissant le contrat qui leur convient. Il en est ainsi en matière d'assurance automobile. Si, comme pour les assurances automobiles, les assurés pouvaient mettre leurs assureurs en concurrence et s'ils étaient intéressés au contrôle de leurs dépenses, gageons que la gabegie serait moins grande sans pour autant empêcher que les longues maladies et les cas les plus graves soient pris en charge. L'État n'aurait qu'à veiller à ce que les contrats contiennent des clauses minimum et gérer éventuellement la prise en charge des incapables. Chacun serait responsabilisé. La concurrence permettrait de réduire les cotisations et les coûts.

Et si l'État prenait en charge les dépenses sociales de solidarité tandis que les salariés recevaient leur rémunération complète, avec les charges sociales actuelles incluses, et devenaient libres de souscrire leurs assurances santé auprès de caisses, publiques ou privées, autonomes et concurrentes, ceux-ci en deviendraient responsables. Et s'ils trouvaient sur le marché des contrats d'assurance offerts à moindre prix, assortis éventuellement de mécanismes d'incitation à l'économie sous forme de franchise ou autre bonus, les Français comprendraient vite leur intérêt à dépenser moins. En Allemagne, cette liberté a été donnée à ceux qui gagnent plus de 4 000 € par mois et si nombre d'entre eux ont choisi cette opportunité, c'est qu'elle était plus avantageuse. Cette concurrence a induit une réduction sensible des coûts de gestion dans les pays où elle est pratiquée comme le Danemark qui consacre 9,8 % de son PIB à la santé, contre 11 % pour la France, sans que les Danois soient moins bien soignés que les Français.

En matière de retraite, une évolution vers un système par capitalisation permettrait également à chacun d'être responsable de son épargne. C'est possible puisque au sein de l'OCDE, les retraites par capitalisation fournissent 20 à 30 % des revenus des retraites, soit dix fois plus qu'en France. Ce système est le seul qui permette aux actifs de choisir librement l'âge de leur départ en retraite et le passage à la capitalisation est le seul moyen d'échapper à la faillite annoncée des retraites par répartition. Aux Pays-Bas, où un système de retraite par capitalisation prévaut, les dépenses en faveur de la retraite se situent à 13 % du PIB contre 14,5 % en France et pourtant les retraites y sont supérieures au salaire moyen, beaucoup plus généreuses qu'en France. Les réformes menées dans d'autres pays, et notamment au Chili depuis 30 ans, ont montré que le passage de la répartition à la capitalisation était réalisable et se faisait à l'avantage des assurés. Et chacun alors choisirait sa durée et son taux de cotisation dans des limites raisonnables encadrées par la loi.

Ces systèmes d'assurance rendent leur autonomie à tous parce qu'ils reposent sur la propriété comme légitime fondement de l'action humaine. La propriété rend l'homme responsable aussi bien dans le processus d'acquisition qui exige de prévoir, d'accumuler, de faire des choix, que dans le processus de conservation qui suppose d'avoir le souci de protéger son bien, de l'entretenir, de le valoriser. Il y a une certaine mode à penser que le monde moderne n'est plus celui de la propriété mais du prêt, du partage ou du don. Mais la propriété est inhérente à l'homme. « L'homme naît propriétaire » comme l'écrivait Bastiat, voulant dire que la propriété est naturelle à l'homme, coextensive, le moyen nécessaire et utile à l'expression de sa responsabilité, et donc de son humanité. La propriété développe la liberté en même temps

qu'elle la permet. À ce titre, son renforcement favorise l'harmonie de la société tout entière.

Des citoyens libérés

Ceux qui prennent les hommes pour des marionnettes, ceux qui croient encore à un État omniscient et omnipotent ont perdu la main parce que depuis des décennies qu'ils disent qu'il faut augmenter les dépenses publiques pour sauver l'emploi et améliorer le niveau de vie des Français, le chômage augmente et la croissance baisse. La société est faite de nos millions de décisions qui s'entrecroisent et construisent ensemble un tissu social plus fort que celui que les manipulateurs d'en haut, prétentieux ignorants de la réalité d'en bas, voudraient construire malgré nous. Et pour réformer le vieil Occident malade de sa paranoïa étatique, il est temps de redonner l'initiative, la responsabilité et la liberté à tous ceux, innombrables, qui ont des idées et du courage, aujourd'hui étouffés par une hydre étatique et administrative. La recherche de l'autonomie devrait ainsi pouvoir présider à toutes les décisions concernant l'action publique, aussi bien pour l'école que pour l'emploi, pour l'immobilier que pour la culture.

L'école redeviendrait porteuse d'espoir, pour tous, si elle était libre d'embaucher ses maîtres, de conduire ses programmes et ses méthodes dans un cadre de base fixé par l'État. Les écoles seraient privées ou publiques, mais librement choisies par les parents qui en paieraient le prix avec un bon scolaire, donné par l'État ou les collectivités, aux parents pour leur enfant sur la base d'un prix moyen de l'élève dans un établissement ordinaire. Le coût pour l'État et les collectivités locales serait moindre, réduit des frais énormes d'administration que supporte actuellement l'Éducation nationale. L'émulation entre les institutions scolaires comme entre les

enseignants permettrait une amélioration du niveau des enseignements et donc des élèves. Les parents y retrouveraient la liberté et la responsabilité de choisir l'établissement de leur enfant. Ce système est celui qui existe aux Pays-Bas où l'enseignement est classé parmi les plus performants au monde. Il en est de même en Suède. Et les professeurs y sont mieux payés et mieux traités.

L'emploi : Et si l'État rendait aux entreprises la liberté de débaucher, le marché du travail retrouverait sa dynamique. Les dépenses publiques en faveur de la réduction du chômage représentent en France 1,1 % du PIB, soit 3 à 4 fois plus qu'en Australie, en Nouvelle-Zélande ou au Royaume-Uni où le chômage est près de deux fois inférieur au nôtre.

L'immobilier : Il en serait de même dans le domaine de la construction immobilière. L'État épuise le contribuable à subventionner un logement social dépassé. Si les constructeurs privés étaient traités à égalité avec le secteur social et que les bailleurs retrouvaient leur liberté de construire, de fixer les loyers, d'exiger des garanties, de rompre le bail des locataires indécents..., la production de logements augmenterait pour satisfaire la demande de tous.

La culture : Le régime des intermittents est bien entendu une question d'argent. Mais il est aussi, et bien au-delà, au cœur du débat sur la culture. Le déficit du régime des intermittents représenterait 1 milliard d'euros, soit un quart du déficit de l'UNEDIC, l'assurance chômage dont les intermittents ne comptent que pour 3,5 % des assujettis ! Mais la culture et ses salariés qui sont les intermittents bénéficient de beaucoup d'autre argent public au travers des subventions et autres dépenses de l'État et des collectivités. À lui seul, le budget 2016

du ministère de la Culture et de la communication s'élevait à 7,3 milliards d'euros. Les intermittents revendiquent en fait un droit à être pris en charge par la collectivité du simple fait qu'ils ont décrété qu'ils faisaient œuvre culturelle et quelle que soit l'œuvre. Ils sont comme des avocats, des commerçants ou des coiffeurs qui voudraient gagner leur vie dans tous les cas, et même s'ils n'avaient pas de clients. Ah! La bonne idée de pouvoir faire son métier sans avoir besoin de trouver des clients, c'est-à-dire sans avoir besoin d'être apprécié, sans avoir besoin de répondre à l'attente de personnes prêtes à acquérir le service offert. Non, la culture, disent-ils, est trop noble pour se soucier de se vendre, trop riche de ses bienfaits pour avoir nécessité de s'occuper de se nourrir, trop bénéfique à tous pour que tous ne se réjouissent pas de la prendre en charge! Ils dénoncent l'économie libérale qui cherche, dit l'un d'eux²⁷⁵ à « faire de tout un chacun un “entrepreneur de soi-même” assumant seul tous les risques économiques et sociaux de son activité, un individu en lutte contre tous les autres pour obtenir un emploi, investissant à des rythmes frénétiques l'intégralité du temps de sa vie quotidienne, le jour et la nuit, dans la “production de soi” afin de gagner la guerre pour un revenu (direct et indirect) mérité ». À cette vision horrifique, ils opposent l'utopie, faisant « du mutualisme le cœur d'un nouveau rapport des individus à eux-mêmes et aux autres ». En fait, ils veulent faire payer par les autres leur vie parfois créatrice et souvent négatrice de ce qu'ils appellent encore, trop fréquemment indûment, la culture. Pour eux, mutualiser, c'est mettre à la charge d'autrui en invoquant le saint nom de l'intérêt public. Le bien commun a bon dos qui pourrait justifier tous les égoïsmes pour autant qu'ils soient peints aux couleurs de la communauté des biens-pensants.

275. Antonella CORSANI dans *Le Monde* du 19 juin 2014.

La liberté de la création culturelle est certes essentielle, mais elle n'est pas la liberté d'être payé pour faire tout et n'importe quoi. Dans bien d'autres pays, la culture se pratique à ses frais plutôt qu'à ceux des autres. Et quand il faut gagner sa vie le jour pour pouvoir peindre, écrire, jouer ou chanter le soir, se mesure la force de conviction et de passion à mettre dans son art. Celui-ci est peut-être plus vrai alors, et plus créatif que lorsqu'il est payé par la collectivité, anonyme, fonctionnarisé et syndicalisé. Les syndicats, précisément, hurleront sans doute au déni de justice sociale. Mais il existe des moyens de permettre à tous d'accéder à la culture au travers du « bon culture », mis en place il y a vingt ans avec succès en Région Rhône-Alpes, et qui pourrait être généralisé. Plutôt que de donner des subventions aux artistes et aux institutions culturelles, il s'agirait de donner à chacun, comme pour l'école, des bons d'accès aux spectacles de son choix à prix réduit pour permettre que le public élise les acteurs et producteurs de culture de son choix. Mais les intermittents ne veulent surtout pas de cette liberté qui les obligerait à faire des spectacles qui plaisent. Ils veulent parler au nom du peuple pour autant que le peuple ne dise et veuille que ce qu'ils veulent eux-mêmes. Ils veulent se mutualiser, mais la mutualisation est un partage de risques entre les membres d'une même communauté, elle n'est pas le transfert des risques à la charge d'une autre communauté. Et c'est ce partage, que les artistes de petite culture ne veulent plus assumer, qui les rendrait responsables de leur art et qui en ferait des artistes libres alors qu'aujourd'hui ils ne pensent plus qu'à leurs petits avantages et, dans l'intermittence de la pensée dont ils se sont fait un métier, ont désappris le labeur que représente toute création.

Un « collectif » de personnes allemandes du monde de la culture a écrit un ouvrage décapant sur « L'infarctus

culturel »²⁷⁶ pour demander de diminuer de moitié les subventions à la culture. Ils constatent que ces subventions profitent essentiellement aux institutions artistiques et touchent par-là, aussi bien en Allemagne qu'en France, en Suisse ou dans d'autres pays d'Europe, seulement 10 % de la population directement ou indirectement. Dans le domaine classique, en rapporte le journal *Le Monde*, cela conduit à un culte des stars alimenté par les contribuables, qui a bloqué l'innovation dans la programmation²⁷⁷. Certes ce « collectif » demande, à tort, que les subventions supprimées aux uns reviennent à d'autres, aux artistes spontanés d'une culture émergente. Mais ce qui est intéressant, c'est leur constat que l'argent public tue une certaine culture et que celle-ci serait peut-être plus riche sans lui ou du moins avec moins d'argent public. Ce même constat a été fait dans l'art pictural dont la créativité paraît moindre depuis que l'argent public et sélectif le fait vivre. Les peintres qui vivaient mal à Montmartre, à Pont-Aven ou dans le midi de la France avaient au moins le mérite et l'avantage de ne pas avoir à se conformer aux attentes d'une coterie d'élus « cultureux » pour produire une peinture somme toute conventionnelle à force de se vouloir d'avant-garde.

Si la justice est faite pour les hommes, elle ne saurait méconnaître les hommes, leur nécessaire vie sociale, leur besoin de s'associer. Elle ne saurait ignorer que la vie familiale est à la base de toute éducation, de tout équilibre personnel, de tout développement quantitatif et qualitatif de la société. Elle ne saurait éradiquer la propriété qui est l'un des meilleurs instruments personnels de l'exercice de toute liberté, qui est un des meilleurs moyens d'incitation à la création, au travail, à la succession des générations, en un mot au développement économique et social. Elle ne saurait pas plus, et surtout, ne

276. *Der Kulturinfarkt*, Éditions Knaus Albrecht, 2012.

277. 14 août 2012.

pas veiller avec la plus grande attention au respect de la liberté de chacun qui est la dimension sans laquelle il n'y aurait plus de responsabilité et, partant, plus de créativité, plus de progrès durable. Elle peut être tout à la fois au service des individus qu'elle protège et attentive à l'harmonie sociale sans laquelle l'homme risque de se perdre.

Rendre chacun responsable de son destin, de sa vie, c'est non seulement le seul moyen de retrouver à long terme un meilleur équilibre dans la répartition des fruits du travail et de l'épargne entre ce qui revient à la collectivité et ce qui reste à chacun, mais c'est aussi et surtout le moyen de redonner à chacun l'envie, l'espoir et la fierté d'améliorer son sort par lui-même. C'est, ce faisant, ce qui peut permettre à notre société, à notre civilisation de repartir dans leur marche en avant engagée depuis qu'elles ont hérité de Jérusalem, de Rome et d'Athènes du sens de l'individu, depuis qu'elles ont reconnu la valeur unique de la personne par rapport à la collectivité, depuis que la Révolution française a consacré la liberté individuelle dont le progrès s'est nourri pendant deux siècles. Ce renversement d'attitude en faveur d'une plus grande responsabilisation des citoyens transformerait les comportements pour passer d'une société d'assistance à une société *responsable*, c'est-à-dire une société de plus grand épanouissement personnel.



CHAPITRE XV

L'IMPÔT PEUT-IL ÊTRE JUSTE ?

Parfaitement juste, sans doute que non. Mais il existe des impôts plus justes que d'autres. Il existe des règles fiscales plus respectueuses des contribuables que d'autres.

À la poursuite de la justice, et plus particulièrement de la justice fiscale, chacun voit midi à sa porte. Les uns veulent plus de liberté et d'autres plus d'égalité, les uns veulent plutôt des impôts sur le revenu, les autres plutôt des impôts indirects et tous veulent moins d'impôt pour eux et plus pour les autres. La conciliation serait-elle alors impossible et ne saurait-elle se résoudre que dans des choix exclusifs dans un sens ou dans un autre et régulièrement remis en question au gré des changements de majorité politique ? C'est ce qui advient trop souvent d'ailleurs et qui institue ainsi une incertitude généralisée plus nuisible encore que les impôts eux-mêmes. Pour autant l'injustice n'est pas inéluctable. La justice est possible, avec toute la prudence qui doit la caractériser en matière fiscale comme dans les autres domaines. Elle est possible comme le fruit de la raison et de l'expérience, celui de l'histoire et de la connaissance des hommes. Autant éviter les erreurs de ceux qui ont surchargé leurs peuples d'impôts au point d'en susciter la révolte, de ceux qui ont créé des systèmes fiscaux si inégaux qu'ils ont rompu le lien social, ou si coûteux et si pesants pour certains qu'ils ont anéanti les ressorts de la société et son avenir.

Certes, l'impôt n'est jamais neutre. Tout prélèvement est une charge et ampute le pouvoir d'achat ou d'épargne, mais les modalités de prélèvement de l'impôt ont des conséquences très significatives, plus ou moins mauvaises, sur le comportement des contribuables. L'État qui surtaxe les pauvres les appauvrit plus encore et les empêche de sortir de la misère. L'État qui surtaxe les riches les fait fuir ou pour le moins handicape leurs initiatives et leur créativité. Pire, l'excès qui pèse d'un côté ou de l'autre déstabilise une société, creuse un fossé d'incompréhension et parfois de haine entre ceux que déjà séparent naturellement des différences de niveau social et/ou de fortune. Mais, à défaut de connaître quels sont les impôts les plus justes, essayons d'établir ceux qui sont les moins injustes. Et pour empêcher les effets néfastes de tel ou tel impôt particulier, essayons de neutraliser le mieux possible les effets de l'impôt, de faire en sorte que la répartition de la charge fiscale soit la moins discriminatoire possible, c'est-à-dire qu'elle laisse les situations relatives en l'état où elles étaient avant imposition. Quelques règles simples peuvent sans doute aider à déterminer une politique fiscale acceptable par la communauté de ceux qui la supportent et vivent des services que l'impôt permet de payer, en suivant les règles générales du droit qui prévalent pour plus de justice, en considérant que la fiscalité est une forme du droit et ne saurait demeurer étrangère ni à ses préceptes ni à ses principes.

Un impôt raisonnable

Bien entendu, chacun se dit prêt à payer l'impôt s'il est raisonnable. Certes la question de savoir ce qui est raisonnable reste entière et controversée par définition. Il ne faut pas pour autant considérer qu'il s'agit d'une mission impossible. La

doctrine fiscale peut s'inscrire dans la conception du « juste » définie par Thomas d'Aquin :

« Mais les lois peuvent être injustes de deux façons. D'abord par leur opposition au bien commun... , ou bien par leur fin, ainsi quand un chef impose à ses sujets des lois onéreuses qui ne concourent pas à l'utilité commune, mais plutôt à sa propre cupidité ou à sa propre gloire; soit du fait de leur auteur, qui porte par exemple une loi en outrepassant le pouvoir qui lui a été confié; soit encore en raison de leur forme, par exemple lorsque les charges sont réparties inégalement dans la communauté, même si elles sont ordonnées au bien commun. Des lois de cette sorte sont plutôt des violences que des lois... »²⁷⁸.

Un équilibre est ainsi établi entre le droit pour l'autorité de taxer ses sujets et le niveau de la taxation qui doit rester mesurée, juste, ordonnée au bien commun. Autrement, ce serait de la « rapine et du brigandage ». La contestation de l'autorité, et donc de l'impôt, est possible si ses actes sont considérés comme injustes. L'impôt doit notamment être proportionné et également supporté par tous en même temps qu'il doit être prélevé dans l'intérêt commun et non pour payer des dépenses « désordonnées et excessives ou pour satisfaire aux seules passions des princes²⁷⁹. » La règle fiscale se porte bien en quelque sorte de la mesure aristotélicienne, de son juste milieu. Thomas d'Aquin, qui reste réticent à l'impôt en considérant que « Le roi doit vivre du sien », trace en cette matière comme en tant d'autres la ligne « politique » qui inspirera l'Église pendant les siècles suivants et jusqu'à ce jour.

278. Cf *Somme théologique*, Ia IIae, qu.96,art.4.

279. Cf *Petite somme politique, Anthologie des textes politiques, Lettre à la duchesse de Brabant* de Thomas D'AQUIN, Paris, Téqui, p. 201.

Le catholicisme est resté réservé à l'égard de l'impôt. « Un Prince doit modérer ses impôts et ne point accabler le peuple » écrit Bossuet²⁸⁰. Au XIX^e siècle, Villeneuve-Bargemont, dans son *Économie politique chrétienne*, admet les impôts du bout des lèvres et considère que ne sont :

« justes et tolérables que ceux-là seulement qui sont nécessaires, équitablement répartis dans la proportion de la richesse, et qui ne peuvent nuire ni à l'agriculture, ni aux industries qui en dérivent, ni enfin à la santé et à la morale publique²⁸¹. »

Même après le ralliement de l'Église à la République, Mgr Freppel, évêque d'Angers et député du Finistère, exprime toutes réserves sur les prélèvements de César qui ne sauraient être justifiés qu'à minima, et, selon le principe de subsidiarité, que pour autant que les particuliers et les collectivités inférieures n'aient pas pu prendre en charge les dépenses que ces impôts d'État viendraient financer.

Mais l'Église n'était pas seule à exprimer cette réserve à l'égard de l'impôt.

« Je ne prétends pas être l'apologiste de toutes les taxes et de tous les impôts, expose David Hume, je conviens, au contraire, que, semblables à l'extrême nécessité, ils détruisent l'industrie et réduisent le peuple au désespoir, lorsqu'ils sont exorbitants; ... le législateur prudent, et animé du désir de faire le bien de son peuple, ne doit jamais perdre de vue le degré où l'accroissement des impôts, cesse d'être avantageux à l'industrie de la nation, et lui devient préjudiciable; mais

280. Cf Livre X, Art. 1^{er}, VII^e proposition, p. 370.

281. Cité dans Fabrice BIN : *L'influence de la pensée chrétienne sur les systèmes fiscaux d'Europe occidentale*, L'Harmattan, 2009, p. 151.

comme il n'est que trop ordinaire de s'en écarter, il est fort à craindre que les impôts ne se multiplient à un tel point dans tous les États de l'Europe, qu'ils n'y anéantissent à la fin tout espèce d'industrie ; l'excès sera la seule cause de ce malheur, s'il arrive jamais, et il n'en sera pas moins vrai que les impôts modérés, et répartis avec égalité, peuvent contribuer au progrès de l'industrie²⁸². »

Bossuet observait déjà et autrement que tout prélèvement doit rester ordonné au bien public et en tant que tel doit aussi demeurer raisonnable et mesuré. Il intitule sa VII^e Proposition : « Un Prince doit modérer ses impôts et ne point accabler le peuple », car si l'impôt n'est justifié que par le soutien nécessaire qu'il apporte à l'Autorité dans la réalisation du bien commun, il ne peut pas attenter au même bien commun en faisant peser sur le peuple un fardeau excessif.

Et à défaut de pouvoir aisément déterminer le quantum d'un impôt raisonnable, il est sans doute plus facile de dire ce qui est déraisonnable. En Allemagne la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a considéré en 1995 qu'il ne serait pas raisonnable que les contribuables payent des impôts supérieurs à 50 % de leurs revenus. C'est la règle qu'avait retenue le gouvernement de Nicolas Sarkozy en France avant qu'elle ne soit abrogée par son successeur. En Suisse un bouclier sur la fortune permet de limiter la taxation annuelle globale à un niveau variable selon les cantons et généralement de l'ordre de 0,6 à 0,8 % de la fortune déclarée. À l'inverse, il peut apparaître clairement déraisonnable de taxer, comme en France en 2014, les revenus, fussent-ils élevés, à 75 %, de maintenir un impôt sur la fortune à un taux de 1,5 % quand l'inflation et les taux d'intérêt sont proches de zéro et quand par ailleurs et

282. David HUME, « Essai sur les impôts », in *Mélanges d'économie politique* I, Guillaumin et Cie, éd. 1847, *Principaux économistes anciens*, t. 14, p. 64.

en sus le capital ainsi taxé est également frappé par des droits de donation ou succession au taux maximum de 45 %, des impôts locaux annuels, des droits d'enregistrement... L'État a essayé de prétendre qu'il aurait ses raisons que la raison ne connaissait pas pour pratiquer cette spoliation fiscale, mais cette politique sans raison n'a pu que conduire à l'échec.

Cette politique est une forme d'extorsion de la propriété et en ce sens c'est aussi une atteinte à l'individualité de tous ceux qui se sentent ainsi indûment dépossédés du fruit légitime de leur travail ou de leur intelligence. Car l'être de l'homme est lié à ce qu'il fait, à ce qu'il produit qui est un peu de lui-même, qui le prolonge, l'accomplit. C'est en ce sens qu'il est vain de distinguer par trop l'être de l'avoir, car celui-ci est le fruit et le bouclier de celui-là. Et non seulement chacun doit pouvoir conserver sa propriété, mais il doit aussi pouvoir la transmettre. Il ne s'agit pas de refuser toute charge fiscale, mais de la contenir dans des limites raisonnables.

Pour bien fixer les revenus de l'État observait déjà Montesquieu,

« Il ne faut point prendre au peuple sur ses besoins réels, pour des besoins de l'État imaginaires. Les besoins imaginaires sont ce que demandent les passions et les faiblesses de ceux qui gouvernent, le charme d'un projet extraordinaire, l'envie malade d'une vaine gloire, et une certaine impuissance d'esprit contre les fantaisies. Souvent ceux qui, avec un esprit inquiet, étaient sous le prince à la tête des affaires, ont pensé que les besoins de l'état étaient les besoins de leurs petites âmes²⁸³. »

283. *L'esprit des Lois*, Chapitre 1^{er}

Selon Montesquieu, si l'État abuse de sa puissance pour harasser le contribuable, il s'appauvrira lui-même. « Il n'y a rien que la sagesse et la prudence doivent plus régler, que cette portion qu'on ôte, et cette portion qu'on laisse aux sujets » écrit-il. Et un peu plus loin dans le chapitre VII, il insiste :

« Que quelques citoyens ne paient pas assez, le mal n'est pas grand ; leur aisance revient toujours au public : que quelques particuliers paient trop, leur ruine se tourne contre le public. Si l'état proportionne sa fortune à celle des particuliers, l'aisance des particuliers fera bientôt monter sa fortune. »

Ricardo pour sa part dénonçait aussi tout excès d'imposition dans l'intérêt de l'État autant que des contribuables :

« Une part du travail du pays, auparavant à la disposition du contribuable, est désormais mise à la disposition de l'État et ne peut donc être employée de manière productive. Cette part peut devenir si importante que le surplus de produit soit insuffisant pour stimuler les efforts de ceux qui, par leur épargne, augmentent habituellement le capital de l'État. Heureusement, dans aucun pays libre, l'imposition n'a encore été alourdie d'année en année au point de réduire constamment son capital. Une telle imposition ne pourrait être longtemps supportée ; mais si elle l'était, elle absorberait de façon permanente une telle quantité du produit annuel du pays, qu'il en résulterait le pire état de misère, de famine et de dépeuplement²⁸⁴. »

Certes, le raisonnement de Ricardo pourrait être critiqué en considérant que l'impôt contribue à payer des dépenses utiles,

284. *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF Flammarion, 2010, p. 203.

des routes et des juges, qu'il permet, ou en tout cas est censé permettre, d'assurer la sécurité intérieure et extérieure. À cet égard, l'impôt ponctionne des ressources que différemment les contribuables auraient dû dépenser eux-mêmes pour circuler, gérer leurs différends, se protéger... Mais Ricardo a raison en ce sens d'une part que les dépenses publiques sont généralement moins efficaces que les dépenses privées et que de ce fait elles génèrent de la déperdition, mais aussi d'autre part que par une pente naturelle, l'État ne se limite pas aux dépenses nécessaires à la conservation de la collectivité, mais étend inexorablement son domaine d'intervention pour se substituer de manière moins efficace aux initiatives privées, voire pour les détruire. Et malheureusement, nous en sommes en France à ce point où les impôts peuvent rogner chaque année le patrimoine de certains contribuables et attenter ainsi indirectement à la richesse de la nation. Et comme le soutient encore Ricardo,

« il est certain que sans impôts, cet accroissement de capital aurait été bien plus important. Il n'est pas d'impôt qui ne tende à réduire le pouvoir d'accumuler. Tous les impôts frappent nécessairement soit le capital, soit le revenu. S'ils entament le capital, ils réduisent nécessairement en proportion le fonds dont l'étendue détermine toujours l'essor de l'activité productive du pays; s'ils frappent le revenu, ils freinent l'accumulation, ou obligent les contribuables à épargner le montant de l'impôt par une diminution correspondante de leur consommation improductive de biens nécessaires et de biens de luxe. Certains impôts produisent ces effets beaucoup plus que d'autres; mais la grande nocivité de l'imposition ne

réside pas tant dans le choix de ce qui est imposable, que dans la somme de ses effets pris globalement²⁸⁵. »

Un impôt payé par tous

Il ne suffit donc pas au demeurant que l'impôt ne soit pas excessif, qu'il soit supportable. Il faut encore que chacun ait le sentiment que son effort est partagé. La justice, notamment fiscale, est en partie relative, elle est fonction aussi de ce que paye l'autre. Il est important à cet égard que tous contribuent en des proportions acceptables par les uns et les autres.

Le christianisme des premiers siècles s'en tenait à la *summa divisio* instituée par le Christ: « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu. » Saint Jérôme demandait que l'Église elle-même se plie spontanément au devoir fiscal, que tous payent le tribut, regrettant les exemptions dont bénéficiaient les clercs depuis Constantin et qui risquaient d'entraîner l'Église vers trop de facilité. Saint Augustin faisait du devoir fiscal « une obligation inhérente au devoir d'obéir à l'autorité civile dans les choses temporelles²⁸⁶. » La fiscalité du Bas-Empire allait pourtant de mal en pis, justifiant les critiques des commentateurs à son égard :

« L'événement le prouve assez, écrit Salvien de Marseille, ils [les citoyens] fuient vers nos ennemis afin de se soustraire à la violence de la perception. Et certes elle a beau être dure et inhumaine, elle serait toutefois moins lourde et moins amère si tous la supportaient également et en commun²⁸⁷. »

285. Ibidem, p. 172.

286. *Epistol.*, 96,2.

287. *De Gubernatione Dei*, V, 28, p. 233.

Et il voudrait que soit appliqué le principe de réciprocité à la base du droit, celui selon lequel ne doit pas être fait à autrui ce qu'on ne voudrait pas qu'il nous fasse :

« La perception des impôts, ajoute-il en effet, permet aux Romains de se ruiner réciproquement. Pas réciproquement à vrai dire : la chose deviendrait plus supportable si chacun souffrait ce qu'il aurait fait souffrir à autrui²⁸⁸. »

L'Église elle-même n'a pourtant pas été unanime, ni constante. Bernard de Clairvaux considérait que l'impôt est une obligation de tous les hommes à l'égard des puissances laïques. Mais dans la querelle des Investitures, le Pape qui cherchait à imposer son pouvoir temporel en sus de son pouvoir spirituel, revendiquait l'exemption des clercs de l'impôt et le droit de recueillir sa propre dîme. La noblesse pour sa part n'eut de cesse d'éviter l'impôt au motif qu'elle versait celui du sang. Le débat n'est d'ailleurs pas sans fondement sur l'exonération de certains plus que d'autres, pour autant qu'ils versent l'impôt autrement. L'échange de l'impôt contre la sécurité justifiait tout au long du Moyen Âge les corvées dues au seigneur et, à l'inverse, l'exonération de charges fiscales dont bénéficiait la chevalerie qui payait son impôt en nature, par la participation à la guerre. Le rôle social des institutions d'Église, notamment au profit des pauvres ou des malades, peut aussi avoir justifié la revendication des clercs d'une exemption fiscale, leur tribut étant consenti en nature lui aussi. L'impôt était alors considéré comme un échange auquel participaient les autres ordres en payant ce que le clergé et la noblesse donnaient de leur personne. Sauf que les usages sont restés d'exonérer les membres de certains ordres longtemps après qu'ils n'aient

288. *Ibidem*, V, 17-18, p. 325.

plus aucune obligation de donner de leur personne et, ce qui peut-être pouvait apparaître comme juste, est devenu totalement injuste en faisant peser l'impôt sur le Tiers État plutôt que sur les autres ordres. Non pas que ces derniers ne payaient rien d'ailleurs car selon les époques ils ont aussi été mis à contribution, mais dans des conditions qui ont pu légitimement apparaître comme discriminatoires à leur profit.

La Révolution française a cru abolir tous les privilèges dans sa nuit du 4 août, mais les gouvernements successifs qui en ont hérité n'ont eu de cesse de recréer des régimes dérogatoires au profit des uns ou des autres, des « copains » ou des adversaires que l'on voulait faire taire. Là où les anciens régimes attribuaient sur les fonds du Royaume des fonctions et des dotations aux innombrables courtisans et autres quémandeurs pour les museler et les vassaliser, les démocraties modernes multiplient les petits ou grands avantages aux catégories qui tour à tour négocient leur soutien ou dont il faut amadouer la colère. À ce point que la République dispose aujourd'hui d'une fiscalité trouée de si nombreuses niches qu'elle s'y perd dans leur maquis. Environ cinq cents régimes particuliers sont appliqués en France pour déroger aux dispositions générales de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, de la TVA, des cotisations sociales ou des droits d'enregistrement. Leur coût a été estimé en son temps par le rapporteur de la Commission des finances au Sénat, M. Marini, à 260 milliards d'euros, soit cinq fois le produit de l'impôt sur le revenu, ou deux fois celui de la TVA ou près des trois quarts du budget social. Il s'agit bien évidemment d'un abus de position dominante de la part de l'État qui se permet de constituer ou même seulement d'entretenir une telle panoplie de mesures qui avantagent les uns au détriment de tous les autres dès lors que ce que les uns ne payent pas, il faut bien que les autres le supportent. Bien entendu, les hommes du Pouvoir prétendent

toujours que ces petits avantages accordés à quelques-uns ne sont alloués que pour le Bien de la nation, qu'ils permettent de favoriser l'économie dans l'intérêt de tous, ou d'encourager le progrès ou la moralité. Mais qui sont-ils pour décider ainsi à notre place ?

Un impôt simple

Il vaudrait donc mieux un impôt qui soit le même pour tous, simple et sans ambiguïté, qui ne laisse pas croire aux uns, et généralement non sans raison, que les autres sont plus avantagés. Montesquieu considère pour sa part qu'il ne convient pas seulement que l'impôt soit mesuré, mais aussi qu'il soit établi de manière transparente, simple, compréhensible :

« Dans le pouvoir étonnant du prince, et l'étrange faiblesse du peuple, il faut qu'il ne puisse y avoir d'équivoques sur rien. Les tributs doivent être si faciles à percevoir, et si clairement établis, qu'ils ne puissent être augmentés ni diminués par ceux qui les lèvent. Une portion dans les fruits de la terre, une taxe par tête, un tribut de tant pour cent sur les marchandises, sont les seuls convenables²⁸⁹. »

Il semble ici soutenir la capitation, l'impôt par tête ou l'impôt proportionnel, aujourd'hui connu comme la *flat tax*. Pourtant dans le même temps, il considère que :

« Dans l'impôt de la personne, la proportion injuste serait celle qui suivrait exactement la proportion des biens. On avait divisé à Athènes les citoyens en quatre classes. Ceux qui retiraient de leurs biens cinq cents mesures de fruits,

289. *L'esprit des lois*, Chapitre X.

liquides ou secs, payaient au public un talent; ceux qui en retiraient trois cents mesures devaient un demi-talent; ceux qui avaient deux cents mesures payaient dix mines, ou la sixième partie d'un talent; ceux de la quatrième classe ne donnaient rien. La taxe était juste, quoiqu'elle ne fût point proportionnelle: si elle ne suivait pas la proportion des biens, elle suivait la proportion des besoins. On jugea que chacun avait un nécessaire physique égal; que ce nécessaire physique ne devait point être taxé; que l'utile venait ensuite, et qu'il devait être taxé, mais moins que le superflu; que la grandeur de la taxe fût le superflu empêchait le superflu²⁹⁰. »

Certes, la proportion n'était pas la même pour tous, mais la différence de taux restait faible et supportable, sans un écart si grand qu'il génère incompréhension et jalousie. D'ailleurs Montesquieu favorise toujours les dispositions les plus simples, les moins contraignantes et les plus acceptables. C'est en ce sens qu'il prône l'impôt indirect. Il préfère les taxes sur les marchandises à celles sur les personnes, car elles sont plus indolores :

« Les droits sur les marchandises sont ceux que les peuples sentent le moins, parce qu'on ne leur fait pas une demande formelle. Ils peuvent être si sagement ménagés, que le peuple ignorera presque qu'il les paie. Pour cela, il est d'une grande conséquence que ce soit celui qui vend la marchandise qui paie le droit. Il sait bien qu'il ne paie pas pour lui; et l'acheteur, qui dans le fond paie, le confond avec le prix. Quelques auteurs ont dit que Néron avait ôté le droit du vingt-cinquième des esclaves qui se vendaient; il n'avait pourtant fait qu'ordonner que ce serait le vendeur qui le paierait, au lieu de

290. Chapitre VII.

l'acheteur: ce règlement, qui laissait tout l'impôt, parut l'ôter²⁹¹. »

Il n'est pas certain pourtant que l'impôt indirect soit d'autant meilleur que le contribuable ne le ressent pas. Car ce faisant, on le déresponsabilise. Mais il est vrai que l'impôt indirect a généralement l'intérêt qu'il est plus simple et souvent proportionnel.

Pour sa part, Adam Smith souhaitait que l'impôt soit conçu de façon à troubler le moins possible la prospérité économique, voire à l'encourager.

« Tout impôt, écrivait-il, devrait être conçu de façon à prélever le moins possible sur le peuple et à le priver le moins possible au-delà de ce qu'il fait entrer dans le trésor public de l'État ».

Il voulait dire ainsi que l'impôt ne devait pas être coûteux à gérer et il souhaitait que son paiement soit le plus commode pour le contribuable, qu'il soit notamment payable au moment où celui-ci a la disponibilité correspondante. Et constatant le coût de la collecte fiscale et son caractère oppressif en même temps que le risque de découragement que l'impôt peut susciter, Adam Smith favorisait des impôts « judicieux » qui ne fassent pas naître « une grande tentation de fraude ». À cet effet, il insistait pour que l'impôt soit certain, et non pas arbitraire, qu'il soit connu par les contribuables dans ses modalités d'imposition, car « Un grand degré d'inégalité n'est pas... un si grand mal qu'un très petit degré d'incertitude²⁹². »

291. Chapitre VII.

292. *Idem*, 424.

L'impôt échange

Aussi et pour limiter le poids de l'impôt et contribuer à sa simplicité autant qu'à son acceptabilité, il conviendrait sans doute d'en revenir autant que possible à l'idée fondatrice de l'impôt qu'il est le prix d'un service.

Certes, depuis toujours, le bien commun est invoqué pour justifier l'impôt. Et l'Église en a fait sa théorie. Le courant catholique social reprend à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle l'idée que la mission sociale de l'État est de contribuer au bien commun de la société. Dès *Rerum Novarum*, en 1891, Léon XIII affirme ainsi que

« Tous les citoyens sans exception doivent apporter leur part à la masse des biens communs qui, du reste, par un retour naturel, se répartissent de nouveau entre les individus ».

Dans son *Traité de droit naturel*, A. Valensin, professeur à la faculté de théologie de Lyon, enseigne que :

« L'impôt est une contribution des citoyens aux besoins des services publics... Il est avant tout une charge imposée en vue du Bien commun, dont c'est le devoir de l'État d'assurer la réalisation dans l'ordre temporel²⁹³. »

Mais qu'est-ce que le bien commun ? Chaque gouvernement soutient que sa politique est au service du bien commun en invoquant celui-ci, ou l'intérêt général ou l'intérêt public, qui ne sont que les formes modernes du bien commun. Mais le périmètre de ce bien commun est trop vaste et trop incertain pour que des gouvernements avides

293. cité dans Fabrice BIN, *L'influence de la pensée chrétienne sur les systèmes fiscaux d'Europe occidentale*, L'Harmattan, 2009, p. 162.

ne le dessinent pas à leur manière, extensive, pour servir d'autres intérêts financiers ou idéologiques, personnels ou passionnels.

Aussi, avec l'exception peut-être des services régaliens que sont la justice, la sécurité intérieure et extérieure et la représentation étrangère, pour lesquels il peut être admis que l'impôt soit une charge commune à partager entre tous et au profit de tous indistinctement, n'est-il pas préférable de se reposer sur la réalité qui veut que tous les autres services soient délivrés en contrepartie d'un avantage individualisable et dont le prix doit être payé le plus possible par celui qui en bénéficie, hors les cas d'indigence ? Car l'impôt est toujours un prix et il vaut peut-être mieux savoir ce qu'il coûte plutôt que de le payer en mode masqué. Et en considérant que l'impôt est le prix d'un service, il apparaît immédiatement juste et normal que celui qui en profite en supporte la charge, sauf dans le cas où son incapacité involontaire justifierait le secours des autres.

L'idée que l'impôt est le prix du service de la sécurité, de la protection, est ancienne. Le Moyen Âge en était déjà empreint, mais c'est la Renaissance et l'éclosion du protestantisme qui ont donné force à cette conception de la fiscalité.

Dans son *Droit de la guerre et de la paix* (1625), le juriste protestant Hugo Grotius défendait le devoir fiscal sur la base de l'échange de services :

« Le but propre de toute chose honnête et d'obligation ne peut être qu'honnête et obligatoire. Payer les impôts est une chose honnête, un précepte qui oblige la conscience, comme l'explique l'apôtre Paul ; or, le but des impôts est de donner aux autorités publiques les moyens de pourvoir à la dépense que nécessite la protection des gens de bien et la répression

des méchants²⁹⁴. Tacite dit fort à propos, à ce sujet, que « la paix des nations ne peut se maintenir sans armes, ni les armes subsister sans solde, ni la solde se payer sans impôts ». Augustin a dit de même: « Nous payons les tributs pour fournir la solde aux gens de guerre, qui sont nécessaires²⁹⁵. »

Et Pufendorf (1632-1694) s'inscrivait dans la même conception en s'appuyant sur l'histoire de la Rome ancienne pour fonder les impôts comme indispensables pour participer aux dépenses de la république.

« Comme les sujets, écrivait-il, ne sont obligés de supporter les subsides et telles autres charges qu'on leur impose, que parce que cela est nécessaire pour fournir aux dépenses de l'État, et en temps de paix, et en temps de guerre; les souverains ne doivent rien exiger, au-delà de ce que demandent les besoins publics, ou du moins quelque avantage considérable de l'État. Il est juste qu'ils s'entretiennent d'une manière convenable à leur dignité, mais ils ne doivent pas mesurer leur dépense, et par conséquent les impôts, à leur luxe et à leur caprice, ou à celui de leurs courtisans, qui n'a point de bornes²⁹⁶. »

Mais la tradition catholique, sans exclure l'idée de bien commun, n'était pas en reste avec les propos de Bossuet qui notait que :

294. Rom. 13, 3, 4, 6.

295. PUF, Paris, 1999, Livre I, Chapitre II, §VII, 12, p. 66.

296. Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, tome second, Livre VII, chapitre IX (Des devoirs du souverain), Caen, Presses universitaires de Caen, 1989, P.

348. Cité dans F. Bin, op. cité supra, p. 202.

« Dans tous les États, le peuple contribue aux charges publiques, c'est-à-dire à sa propre conservation : et cette partie qu'il donne de ses biens, lui en assure le reste avec sa liberté et son repos²⁹⁷. »

Et la philosophie politique de l'époque moderne rejoignait cette tradition avec Montesquieu qui définissait d'emblée l'impôt comme le prix du service de la sécurité :

« Les revenus de l'État sont une portion que chaque citoyen donne de son bien, pour avoir la sûreté de l'autre, ou pour en jouir agréablement²⁹⁸. »

La protection intérieure et extérieure des citoyens par exemple profite à tous sans distinction des personnes. Le prix à payer est évaluable mais la question de savoir qui doit le payer est une autre affaire. Il n'en est pas de même lorsque les services sont rendus distinctement à des personnes individualisées. Et en réalité si les services publics ont un prix à payer par le client, autant laisser le marché répondre à cette demande, sauf dans les cas où celui-ci fait défaut. C'est particulièrement vrai pour les assurances sociales qui peuvent être confiées à des compagnies d'assurance privées ou des mutuelles comme dans de nombreux pays, ce qui n'empêche pas la collectivité publique de prendre en charge, si elle l'estime nécessaire, le coût de ces prestations pour certaines personnes incapables de l'assurer par elles-mêmes. C'est vrai pour la retraite ; ça peut l'être aussi pour de très nombreux services tels que les pompiers ou les garderies d'enfant... C'est aussi cette idée d'un prix du service qui faisait dire à Grotius que les marchandises qui passent

297. *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Livre X, Art. 1^{er}, VI^e proposition, p. 369.

298. *L'esprit des Lois*, Chapitre 1^{er}.

sur le territoire d'un tiers peuvent être frappées d'impôt par celui qui y exerce la juridiction, à raison en particulier « des charges à subir pour procurer aux marchandises la sûreté du passage, ou pour toute autre chose qui les concerne... » tout en insistant sur le fait que dans tous les cas la justice de l'impôt veut que le droit soit proportionné au sujet pour lequel on l'impose²⁹⁹.

La justice sociale veut pourtant aujourd'hui que la collectivité ne soit pas indifférente à d'autres besoins humains et notamment à ceux des enfants et de leur enseignement, comme à ceux des personnes âgées, seules et indigentes. Ce souci est louable, et justifie que ceux qui n'ont pas d'enfants contribuent par l'impôt au prix de l'école pour tous, et que tous participent à la prise en charge de l'enfance abandonnée, de la vieillesse esseulée ou des grands malades désargentés. Mais ces besoins doivent être circonvenus et traités avec économie autant qu'avec humanité.

Un impôt démocratique

Pour qu'un impôt soit durablement juste, il faut encore qu'il soit le fruit d'une décision commune. Car si l'impôt n'est arrêté que par quelques-uns, ceux-ci sont prompts à en faire supporter la charge à d'autres. Il n'est pas indécent d'imaginer que tous ne participent pas de la même manière au vote de l'impôt. Cicéron attribue, peut-être à tort, au sixième roi légendaire de Rome, Servius Tullius, l'institution d'un système censitaire qui fut longtemps employé après lui :

299. *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625 ; PUF, 2005, p. 191.

«[...] Il créa dix-huit centuries de chevaliers du cens le plus élevé. Ensuite, après avoir séparé le corps nombreux des chevaliers de la masse du peuple, il divisa le peuple lui-même en cinq classes, et distingua les plus âgés des plus jeunes. Il régla tous ces ordres de manière à donner plus de valeur aux suffrages des riches qu'à ceux de la multitude, et il prit grand soin (ce que l'on ne doit jamais négliger dans la constitution d'un État) de ne pas laisser la puissance au nombre. Je vous expliquerais tout le travail de Servius, si vous ne le connaissiez déjà parfaitement. En deux mots, voici le système de cette politique: les centuries des chevaliers augmentées de six centuries nouvelles, et la première classe, en y ajoutant la centurie des charpentiers, que l'on y comprend à cause de leur extrême importance pour la ville, forment réunies quatre-vingt-neuf centuries: qu'il s'y joigne seulement huit centuries des cent quatre qui restent, et voilà une majorité qui fait loi et vaut pour tout le peuple. Les autres centuries, au nombre de quatre-vingt-seize, contiennent une multitude beaucoup plus considérable, qui n'est pas exclue des suffrages, ce qui serait tyrannique, mais qui ne peut avoir de prépondérance, ce qui serait dangereux. Servius choisit même avec soin les noms qu'il donne aux différentes classes de citoyens; il appela les riches les imposés, parce qu'ils fournissaient l'impôt (*assiduos ab ære dando*); et ceux qui ne possédaient pas plus de quinze cents as, ou qui même n'avaient à déclarer au cens rien de plus que leur tête, il les nomma prolétaires, pour faire voir que la république attendait d'eux en quelque façon une race (*proies*), une postérité. Or, dans chacune des quatre-vingt-seize dernières centuries, il y avait plus de citoyens inscrits peut-être que dans toute la première classe. Par cette combinaison, personne n'était exclu du droit

de suffrage, mais la prépondérance appartenait à ceux qui avaient le plus d'intérêt à la prospérité de la république³⁰⁰. »

Ce système est évidemment discutable et peut apparaître très contestable aujourd'hui, encore qu'il soit infiniment plus juste que le vote censitaire qui pendant le XIX^e siècle réservait le droit de vote aux plus aisés. Il avait le mérite de faire participer tous les citoyens à la vie politique tout en évitant que ceux qui n'y contribuaient pas financièrement puissent majoritairement adopter des décisions que seuls les minoritaires auraient à supporter. Quand il écrit qu'« Il est également souhaitable que la classe la plus pauvre soit soumise à l'impôt », Stuart Mill³⁰¹ ne cherche pas à accabler les pauvres gens, mais souhaite que tous participent aux charges de l'État. Certes les plus pauvres supportent des impôts indirects, ceux qui pèsent sur les marchandises qu'ils achètent ou sur leurs transactions, mais lorsqu'ils sont exonérés d'impôts directs, ils ne peuvent pas se rendre compte de l'effort qu'il faut prélever sur son travail pour disposer des services offerts par la collectivité avec le prix des impôts.

Et en France désormais, une majorité d'électeurs ne payent plus l'impôt sur le revenu dont ils décident pourtant, indirectement par leurs représentants, des bases et des taux, sans grand dommage pour eux. La tendance naturelle de l'homme est de rechercher son avantage, de réduire sa charge et d'augmenter son profit, et quand c'est possible de le faire sans dommage pour lui-même, c'est toujours tentant de transférer à d'autres son fardeau ou de leur emprunter leurs bénéfices. Dans l'ancienne Athènes, déjà l'envie taraudait certains citoyens et la *pleonexia* caractérisait ce vice consistant à vouloir plus que sa part. La démocratie fiscale abandonnée

300. CICÉRON, *De Republica*, II, 22.

301. *Considérations sur le gouvernement représentatif*, p. 155.

aux voix des contribuables exonérés d'impôt, c'est un peu comme si deux renards et une poule décidaient ensemble à la majorité de leur prochain déjeuner. Friedrich Hayek en avait noté en d'autres termes la supercherie en considérant que le fait qu'une majorité, simplement parce qu'elle est majorité, se considère comme en droit d'appliquer à une minorité une règle à laquelle elle-même ne se soumet pas, constitue la violation d'un principe beaucoup plus fondamental que la démocratie même, puisque la démocratie repose sur lui³⁰².

L'impôt proportionnel

Dès lors pourtant qu'il est admis comme souhaitable que tous les citoyens participent à la décision fiscale, le moyen d'éviter que le vote de l'impôt organise la tyrannie de la majorité est de faire en sorte que tous payent l'impôt. La question reste encore de savoir selon quelles modalités.

Certains soutiennent que pour ce qui concerne les fonctions régaliennes de l'État, l'impôt étant le prix de la protection des personnes, chaque personne doit payer le même prix, car chaque personne a la même valeur et mérite la même sécurité. Ce raisonnement a sa logique et conduit à l'adoption d'un impôt de même montant pour chacun. C'est le principe de la capitation que l'Angleterre a essayé de mettre en œuvre sous le nom de *Poll Tax* en 1990. Celle-ci était un impôt local par tête. Chaque commune devait fixer le montant de l'impôt local annuel et le diviser en parts égales entre tous les adultes vivant sur son sol. Chaque adulte devait ainsi payer la même contribution, qu'il habite un vaste manoir ou un pavillon déshérité. Mais cet impôt suscita à juste titre de nombreuses réactions d'hostilité avant de disparaître et fut sans doute la cause

302. Cf. extrait de *La constitution de la liberté* (1960) traduit par Raoul Audouin et Jacques Garello, 1994.

de la chute de Margaret Thatcher. Un tel impôt n'a jamais réellement existé. La capitation fut introduite à plusieurs reprises en France, et notamment à la fin du XVII^e siècle et au XVIII^e, mais l'impôt par tête (d'où capitation) n'était pas le même selon la catégorie à laquelle appartenait le contribuable. La capitation a l'apparence de la plus grande neutralité et de la plus grande simplicité, mais elle est injuste dès lors qu'elle fait supporter à tous la même charge alors que certains en tirent des bénéfices plus grands.

Une solution plus juste réside dans le système consistant à taxer proportionnellement le revenu, le patrimoine ou les transactions. Adam Smith pour sa part récuse les impôts de capitation, qui sont généralement injustes, surtout s'ils sont élevés, ce qui est la tentation constante des États qui les lèvent facilement. Par une certaine ambiguïté qui ne le rend pas entièrement hostile à une dose raisonnable de progressivité, il lui paraît préférable d'instituer des impôts proportionnels sur l'ensemble des revenus et des impôts indirects sur la consommation pour autant qu'ils portent si possible sur tous les produits autres que de première nécessité.

« Les sujets de tout État, écrit-il, devraient contribuer au soutien du gouvernement, autant que possible en proportion de leurs capacités respectives, c'est-à-dire, en proportion du revenu dont ils jouissent respectivement sous sa protection³⁰³. »

À cet égard, il pense qu'il y a lieu que l'impôt frappe tout à la fois la rente, le profit et le salaire pour être aussi juste, aussi égal que possible.

303. *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre V, Chapitre II, 423.

L'impôt proportionnel ou *flat tax* se justifie aisément en considérant que si la protection publique, dont il faut payer le prix, est accordée à tous, elle profite sans doute à chacun en proportion de ses biens. Celui qui a deux maisons en profite pour elles deux, soit deux fois plus que celui qui n'a qu'une maison. Les plus riches se déplacent généralement plus que ceux qui le sont moins. Les propriétaires de biens attendent que ceux-ci soient protégés à hauteur de leur valeur. Il s'agit de payer le prix d'une assurance préventive dont il n'est pas anormal que le tarif soit fonction de l'importance des biens ou revenus assurés. Assurément, l'impôt proportionnel répond donc bien aux critères de la justice commutative. Mais il empêche aussi que la fiscalité soit instrumentalisée au service d'une politique redistributrice. Et même un État-providence pourrait imaginer de dispenser ses subsides de manière inégalitaire en essayant d'affecter le moins possible l'équilibre social résultant du travail et des efforts de chacun que les impôts progressifs ont généralement pour effet de détruire. Un État-providence pourrait mener une politique d'aide aux plus défavorisés en veillant par ailleurs à assurer la plus grande neutralité dans la perception des impôts. Car une chose est de prélever l'impôt et une autre d'en utiliser le produit. Une politique de redistribution pourrait en effet être mise en œuvre côté dépenses sans que le côté ressources en soit concerné.

Un impôt entièrement proportionnel aurait à cet égard le mérite que chacun participerait à la charge commune « à raison de ses facultés » comme le dit l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que chacun en mesurerait bien le coût pour avoir à le supporter, chacun à sa mesure. Depuis la chute du mur de Berlin la plupart des anciens pays dits de l'Est ont d'ailleurs fait ce choix d'une fiscalité la plus neutre possible dans ses modalités, avec l'adoption d'un impôt proportionnel à taux modéré (de 10 à

20 % en général) en matière de revenus – et parfois plus globalement pour l'ensemble de l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés et la TVA –, sans pour autant renoncer à une politique de redistribution. Et ce choix s'est avéré globalement positif parce que cette imposition douce et la plus neutre possible a favorisé la croissance de ces pays et l'augmentation du produit de l'impôt.

La critique habituellement apportée à l'impôt proportionnel est qu'il frappe les plus démunis dans leur nécessaire et allège la charge des plus aisés que l'impôt progressif au contraire atteint à proportion du sacrifice consenti. Mais qui sait mesurer et répartir le sacrifice sinon arbitrairement ? Personne. Le rôle d'un État n'est pas d'imposer des sacrifices à ses citoyens. Et c'est pourquoi l'impôt proportionnel apparaît plus juste parce qu'il est objectif par rapport aux revenus ou à la fortune de chacun, qu'il ne dépend pas du jugement nécessairement aléatoire en la matière et souvent changeant du législateur quant au sacrifice à imposer à chacun. Au surplus l'impôt proportionnel est généralement plus efficace, produit plus de revenus pour l'État lui-même parce qu'un impôt raisonnable, modéré et juste favorise l'activité, l'initiative et le travail, génère des revenus et des bénéfices imposables plus qu'un impôt spoliateur qui détruit la matière même qu'il taxe. La réalité est qu'un tel impôt engendre de la croissance, favorise l'emploi et permet à tous d'en bénéficier de telle façon que les plus modestes sont aussi gagnants, d'autant plus que les gains dont l'État profite peuvent permettre d'abaisser les charges sociales par exemple en transférant au budget général de l'État des dépenses comme les allocations familiales qui sont supportées aujourd'hui par tous au titre des cotisations sociales. Le cas échéant, l'impôt proportionnel peut comporter deux taux, un très bas sur les petits revenus et un plus élevé, mais toujours modéré, sur les autres. L'IREF (Institut de

recherches économiques et fiscales) a calculé qu'avec un taux de 2 % sur les revenus inférieurs à 8 000 € par an et de 15 % au-delà, le produit de l'impôt sur le revenu en France serait supérieur à celui qu'il génère aujourd'hui avec des taux allant jusqu'à 49 %. L'important est alors que non seulement tous participent à l'impôt, mais aussi que les deux taux d'impôt soient corrélés, augmentent ou baissent ensemble de telle façon qu'aucun contribuable ne puisse soutenir la décision de le modifier sans en subir les conséquences ou en profiter.

La même loi pour tous

Au même titre que toute autre législation, la loi fiscale enfin doit être la même pour tous, y compris pour l'État ou plus généralement l'administration. La pratique française est de soustraire les agents de la fonction publique au droit commun et aux juridictions communes par une sorte de privilège dont les fondements restent plus que douteux.

« De tous les citoyens, note Edmund Burke à la fin du XVIII^e siècle, ceux qui doivent être le plus strictement maintenus dans leur devoir sont les hommes auxquels est confié le maniement des deniers publics³⁰⁴. »

Mais en France comme en peu d'autres États, l'inverse est avéré : ce sont les hommes de l'État qui se sont arrogés des privilèges très particuliers avec ce qu'on appelle le statut de la fonction publique qui donne à 5,4 millions de fonctionnaires français quasiment un droit à vie à leur emploi avec des avantages d'ordres divers et surtout le droit désormais acquis de ne plus faire grand-chose puisqu'ils

304. *Réflexions sur la révolution de France*, Hachette, coll. Pluriel, 1989, p. 268.

ne peuvent plus être licenciés sauf faute si grave qu'ils ne craignent point d'en commettre. D'autres pays avaient copié des systèmes similaires, mais ils ont compris qu'ils n'étaient pas viables et les ont supprimés, comme l'ont fait la Suisse et la Suède, sauf pour certains personnels à protéger en raison de leur fonction et de leurs devoirs spécifiques dans la police ou dans l'armée par exemple. En France, non seulement la suppression de ce régime de haute protection serait considérée comme une offense grave par ceux qui en bénéficient, mais ledit statut a été maintenu dans les entreprises publiques qui sont privatisées comme EDF par exemple.

Et l'administration ainsi dotée de son armure n'hésite pas à tenir les contribuables en respect avec des armes qui lui permettent de faire chanter en permanence les contribuables, ce qui est le propre d'un pays sans état de droit. Le premier moyen utilisé à cet effet est d'ailleurs l'incertitude permanente dans laquelle les contribuables sont laissés d'une loi fiscale incessamment changeante et trop souvent rétroactive. Mais plus encore, quelques exemples témoignent d'un ensemble de mesures qui mettent le contribuable à la merci de l'administration :

- Des amendes démesurées : Lorsqu'une société distribue des dividendes ou intérêts à un actionnaire ou un tiers, elle doit le déclarer à l'administration fiscale par la remise d'un formulaire, l'IFU, qui lui permettra de vérifier la déclaration de ce revenu par son bénéficiaire. L'article 1736 du Code général des impôts prévoit que : « Entraîne l'application d'une amende égale à 50 % des sommes non déclarées le fait de ne pas se conformer aux obligations prévues... » Une telle sanction méconnaît manifestement les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde

des droits de l'Homme – qui portent en elles-mêmes les principes de nécessité et de proportionnalité des peines – dès lors qu'elle s'applique indifféremment selon que les revenus concernés ont ou non été imposés et même sont ou non imposables conformément aux dispositions légales. Mais cette amende tout simplement considérable et hors de proportion sert de moyen de chantage. Elle fait généralement l'objet d'une remise de la part de l'administration pour être réduite même à presque rien lorsqu'il n'y a pas eu volonté de dissimulation de la part du contribuable. Mais c'est le moyen de faire accepter d'autres redressements que différemment le contribuable vérifié pourrait contester.

- La présomption d'innocence bafouée: Il en est de même de la pratique française qui consiste à demander des garanties aux contribuables qui contestent le redressement fiscal dont ils ont fait l'objet. Pourtant il est fréquent que les vérificateurs frappent fort lors de leur notification et discutent après. Mais si le contribuable n'obtient pas gain de cause devant l'administration et doit aller devant les tribunaux pour faire trancher le litige, il doit d'abord payer ou constituer des garanties qui peuvent être refusées par l'administration. La présomption d'innocence est donc purement et simplement bafouée. Et le contribuable est ainsi incité sinon parfois forcé à transiger à défaut de pouvoir constituer les garanties requises. S'il les donne, il est ensuite entravé dans la gestion de son patrimoine. Il en va différemment dans les États qui respectent la présomption d'innocence, comme la Suisse qui ne demande de garanties aux contribuables redressés que s'il y a un risque manifeste d'organisation par le contri-

buable de son insolvabilité. L'administration devrait être soumise au droit commun qui veut qu'un créancier craignant l'irrecouvrabilité de sa créance obtienne du juge une autorisation de saisine conservatoire avant d'y procéder, une telle autorisation n'étant habituellement accordée que si la preuve est apportée par le demandeur du risque qu'il encourrait à ne pas obtenir de telles garanties.

- Une autre forme de chantage fiscal ressort des pouvoirs exorbitants conférés à certaines institutions parapubliques. L'exemple des SAFER en témoigne. Celles-ci sont des organisations gérées par les organisations syndicales agricoles sous le contrôle de l'État. Nées après la dernière guerre, elles ont une soi-disant vocation à l'aménagement rural et à l'aide à la restructuration des propriétés agricoles. En fait elles sont le plus souvent des moyens pour les organisations agricoles majoritaires dans chaque département de favoriser les copains avec des méthodes de voyou ou pire encore de s'enrichir sur le dos du fisc et au détriment de la liberté de vente et d'achat des propriétés. Qu'on en juge par cette histoire qui se répète trop souvent : dans une commune de montagne, un résident de la ville voisine a acquis il y a six ans une vieille ferme/chalet qu'il a entièrement réhabilitée pour en faire sa résidence secondaire. Ce chalet est situé au bord de la piste de ski avec 1500m² de terrain, au milieu d'une zone non constructible et frappée d'une servitude de passage des pistes de ski. Un terrain mitoyen était à vendre pour environ deux hectares. Le propriétaire du chalet s'est porté acquéreur. Aucun autre des habitants du village ne voulait l'acheter, mais s'agissant d'une zone à vocation agricole possible,

la SAFER a convoqué le propriétaire du chalet et lui a fait ce petit chantage: « Je peux préempter ce terrain pour le revendre à qui je veux. Mais si nous trouvons un petit arrangement entre nous, je ne vous ennuierai pas. Laissez-moi préempter et je vous revends le bien aussitôt à un prix augmenté de 5 %. Vous n'y perdrez pas car en échange vous ne paierez pas les droits d'enregistrement de 5 % ». En effet, les SAFER bénéficient d'une exonération de droits d'enregistrement sur leurs achats et sur leurs ventes de biens immobiliers. Elles profitent donc de cette exonération pour faire des opérations en prenant une marge de 5 % sans rien faire sinon du chantage. En outre, de cette manière les SAFER se vantent d'avoir une activité réelle alors même que ce chiffre d'affaires est pour une large part le fruit de cette rapine construite sur un abus de privilège. Malheureusement, c'est pratique courante.

Ces pratiques nuisent évidemment à l'activité économique ; elles sont surtout injustes et il paraît urgent que l'administration et ses substituts perdent leurs prérogatives hors du droit commun. Il faut tout simplement revenir à l'état de droit. Le même droit pour tous. Et si en plus il y avait des impôts plus simples et plus bas, tout irait mieux à n'en pas douter. Ce qui ne se pourrait que si l'État était plus attentif à ses dépenses et que l'endettement lui était interdit sauf en des cas extrêmes comme celui de la guerre ou autres catastrophes nationales et majeures. La justice fiscale exige et suppose que l'État n'exerce de puissance souveraine que dans des limites qui lui soient clairement assignées et sous le respect vigilant des citoyens dotés de pouvoirs adéquats pour faire cesser tout excès d'ingérence au-delà de telles limites. Il faut sans doute à cet effet nager à contre-courant, mais rien n'est impossible.

Montesquieu ne se désespérait pas de l'importance – déjà! – de l'impôt en considérant qu'il était le prix de la liberté. « Règle générale, écrit-il: on peut lever des tributs plus forts, à proportion de la liberté des sujets; et l'on est forcé de les modérer, à mesure que la servitude augmente³⁰⁵. » En quelque sorte, ceux qui ont la chance de disposer de la liberté peuvent accepter de payer un peu plus :

« Il y a, dans les états modérés, un dédommagement pour la pesanteur des tributs; c'est la liberté. Il y a, dans les états despotiques, un équivalent pour la liberté, c'est la modicité des tributs³⁰⁶. »

Et il croit que certains impôts sont mieux établis dans les États libres et d'autres dans les pays despotiques :

« L'impôt par tête est plus naturel à la servitude; l'impôt sur les marchandises est plus naturel à la liberté, parce qu'il se rapporte d'une manière moins directe à la personne³⁰⁷. » Dans tous les cas et quelles que soient les modalités des prélèvements, Montesquieu met en garde contre les abus et plaide pour la modération. Mais il pense à tort que le système s'équilibre dans le temps entre le niveau des prélèvements et celui de la liberté: « La liberté a produit l'excès des tributs: mais l'effet de ces tributs excessifs est de produire, à leur tour, la servitude; et l'effet de la servitude, de produire la diminution des tributs³⁰⁸. »

305. *L'Esprit des Lois*, Chapitre XII.

306. *Ibidem*.

307. *Idem*, Chapitre XIV.

308. *Idem*, Chapitre XV.

Hélas en France comme dans d'autres vieilles démocraties, le degré de servitude est maintenant à la mesure de ceux des prélèvements fiscaux et sociaux qui sont désormais les outils privilégiés par le pouvoir de l'asservissement des citoyens. Mais heureusement et à l'encontre de Montesquieu, nous pouvons espérer revenir à moins d'impôt en gagnant plus de liberté plutôt que plus de servitude, en pratiquant l'état de droit et le respect des règles qui ont permis à notre civilisation de se construire, cahin caha mais toujours plus avant, en revenant au droit plutôt qu'à la loi avant que la loi ne dévore ses propres enfants, ceux qui avaient cru en elle au nom de la liberté.

Il n'y aura jamais d'impôt parfait, sauf diraient certains, l'absence d'impôt ! La contribution de chacun à la collectivité est une nécessité et une charge pour ceux qui la supportent. Mais elle peut être justement partagée, justement calculée, justement utilisée... Hélas, il n'y a pas de règles absolues en la matière pour déterminer ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. C'est affaire de discernement, de proportion, d'appréciation et cela dépend en partie des lieux, des temps et des circonstances. Mais il y a des situations universelles d'injustice fiscale, quand l'impôt s'assimile à de la spoliation, quand les méthodes de recouvrement sont attentatoires des libertés, quand l'usage de l'impôt relève de la gabegie et, souvent en même temps, de la discrimination systématique en faveur de quelques-uns, quand l'impôt public prend le pas sur les relations privées, quand l'État devient fiscal, hégémonique par le moyen de l'impôt. C'est ce qu'il faut éviter dans la recherche du juste et c'est pourtant ce que trop de gouvernements oublient. Puisse une réflexion sur le lien indéfectible de l'impôt et du bien commun rendre raison à ceux qui ont oublié que le bien commun n'existe pas pour lui-même, mais pour permettre aux hommes de vivre ensemble – et librement.

CONCLUSION

La fiscalité n'est que le moyen du bien commun et celui-ci est toujours matière d'appréciation et de discernement. L'excès de bien commun est au mieux suspect et au pire dangereux, souvent les deux. Ceux qui se prévalent du bien commun ne le font pas toujours pour de bonnes raisons, et s'ils le font de bonne foi, ce qui arrive, c'est souvent par une naïveté ou une candeur trompeuses. Pour beaucoup, le bien commun est le prétexte à donner des biens qui ne leur appartiennent pas pour se faire une clientèle. Pour les autres, le bien commun peut être une idéologie au nom de laquelle ils pensent que plus il y a de « communs », mieux les gens se portent. C'est notamment le substrat de l'obsession égalitaire qui les anime le plus généralement.

Mais pourquoi tant de personnes veulent-elles faire le bien des autres en réquisitionnant par l'impôt ou autrement l'argent de quelques-uns? Il y a comme un acharnement à vouloir décider pour autrui, une prétention sans nom à imaginer le bien des autres, ou peut-être un mépris souverain à considérer que les autres ne sont pas capables de décider du bien pour eux-mêmes.

En chacun de ceux qui imposent ainsi leur mode de vie aux autres, il y a sans doute cette idée que le monde peut être pensé et construit comme un jouet, comme une histoire, comme un film dans lequel les hommes sont les personnages de l'auteur, des marionnettes articulées par un *deus ex machina*. C'est le propre d'ailleurs des idéologues de bâtir le monde sans tenir

compte des personnes pour lesquelles ils le conçoivent. Et la réalité les déçoit toujours car l'homme n'est pas malléable à merci. Ainsi naissent les totalitarismes qui s'en prennent successivement aux uns et aux autres, tour à tour traîtres et saboteurs, puisque le système issu du cerveau de ses concepteurs n'a pas été conçu par eux pour ne pas fonctionner.

L'État-providence est un totalitarisme doux et d'autant plus acceptable par la masse de ceux auxquels il est inoculé qu'il leur offre les facilités d'une vie assistée, débarrassée du souci d'y penser pour ne pas dire de penser. Le citoyen se rend lui-même et progressivement l'esclave de la collectivité. Il y perd son humanité quand il est persuadé de la gagner. Mais il est censé ne pas s'en rendre compte par cette lente habitude à la facilité que le système suppose.

Ceux qui imaginent cette société et la façonnent par des lois toujours plus prégnantes invoquent sans cesse le bien commun, soit pour masquer l'intérêt propre qu'ils prennent au système, soit par l'aveuglement de leur idéologie. Dans ce dernier cas, ils peuvent penser réellement que ce qu'ils font est pour le bien-être de tous; accordons-leur qu'ils se fourvoient de bonne foi. Mais dans tous les cas, c'est pour le malheur de tous ceux qui perdent leur liberté et dont la société dans laquelle ils sont appelés à vivre prend la couleur muraille de l'uniformité sans avenir.

Les prophètes de mondes nouveaux et radieux croient à la perfection humaine sur cette terre. Pire, ils sont persuadés qu'ils doivent en être les hérauts et les artisans. Ils veulent modeler la pâte humaine à leur façon et lui donner les plis et la fonction qui conviennent dans leur Jérusalem terrestre. Ce faisant, ils construisent des camps aménagés dans l'Occident moderne en nurseries pour adultes infantilisés. Ils se trompent toujours car l'Homme n'est pas fait d'argile à leur discrétion. Ils se trompent car l'Homme est créateur et imprévisible,

capable du pire et du meilleur dans son incertitude et son indestructible liberté de penser et d'être insoumis.

C'est précisément parce que l'Homme est frappé d'imperfection, ce que les chrétiens appellent le péché originel, en même temps qu'il est né pour être l'acteur de sa vie, qu'il a en mains son salut, que la Cité ne peut pas se substituer à lui. Elle peut l'aider à avoir sa chance, mais pas en faire un pion. Parce que l'Homme est imparfait, la Cité ne peut pas être parfaite et ceux qui la pensent ainsi sèment nécessairement la terreur parce qu'ils veulent modeler l'Homme malgré lui, le contraindre à être dans le modèle. Parce que l'Homme est imparfait et libre, il faut lui laisser la plus grande latitude de diligenter son existence tant qu'il ne nuit pas aux autres.

Le bien commun est sans doute d'abord ce qui permet de vivre ensemble, que l'homme ne soit pas qu'un loup pour l'homme. La recherche d'un lieu où habiter ensemble a été la préoccupation des hommes depuis l'origine de l'humanité. C'est ce que le pape François rappelle dans son encyclique *Lumen Fidei* (§ 50) de 2013 pour souligner le lien entre la foi et le bien commun :

« Dans la présentation de l'histoire des Patriarches et des justes de l'Ancien Testament, la Lettre aux Hébreux met en relief un aspect essentiel de leur foi. Elle ne se présente pas seulement comme un chemin, mais aussi comme l'édification, la préparation d'un lieu dans lequel les hommes peuvent habiter ensemble. Le premier constructeur est Noé qui, dans l'arche, réussit à sauver sa famille (cf. He 11, 7). Vient ensuite Abraham, dont il est dit que, par la foi, il habitait une tente, attendant la ville aux solides fondations (cf. He 11, 9-10). »

Mais en même temps, c'est de la foi que le pape François attend l'unité de la cité :

« De la foi surgit une nouvelle confiance, une nouvelle assurance que seul Dieu peut donner. Si l'homme de foi s'appuie sur le Dieu de l'Amen, sur le Dieu fidèle (Cf. Is 65, 16), et devient ainsi lui-même assuré, nous pouvons ajouter que cette fermeté de la foi fait référence aussi à la cité que Dieu prépare pour l'homme... La foi fait comprendre la structuration des relations humaines, parce qu'elle en perçoit le fondement ultime et le destin définitif en Dieu, dans son amour, et elle éclaire ainsi l'art de l'édification, en devenant un service du bien commun. Oui, la foi est un bien pour tous, elle est un bien commun, sa lumière n'éclaire pas seulement l'intérieur de l'Église et ne sert pas seulement à construire une cité éternelle dans l'au-delà ; elle nous aide aussi à édifier nos sociétés, afin que nous marchions vers un avenir plein d'espérance. La Lettre aux Hébreux nous en donne un exemple quand, parmi les hommes de foi, elle cite Samuel et David auxquels la foi a permis d'« exercer la justice » (11, 33). Là, l'expression fait référence à la justice de leur gouvernement, à cette sagesse qui donne la paix au peuple (cf. 1 S 12, 3-5 ; 2 S 8, 15). Les mains de la foi s'élèvent vers le ciel mais en même temps, dans la charité, elles édifient une cité, sur la base de rapports dont l'amour de Dieu est le fondement. »

Mais la foi n'est pas donnée à tous. Elle est croyance. « La foi, selon les mots de saint Paul, déjà répétés à l'envi, est la manière de posséder déjà ce que l'on espère ». Et la cité terrestre ne peut obliger tous à croire ou à vivre la foi sans tromper ce que celle-ci veut enseigner. La foi est un bien commun en ce sens qu'elle est proposée à tous, ouverte, accessible à qui veut

l'entendre. Mais elle relève du domaine privé, même si elle peut favoriser des pratiques sociales favorables. Néanmoins le propos du pape François est particulièrement intéressant en ce sens qu'il souligne que le bien commun est la tâche de tous, ou plutôt de chacun avant d'être celle de la collectivité. C'est à chacun de nous de participer, de contribuer au bien commun. Ce qui n'empêche évidemment pas de s'associer pour être plus efficace.

Bien entendu, les hommes, imparfaits, ne seront pas toujours justes, ne feront pas que du bien. Mais quand ils se tromperont leur erreur sera moins nocive que celle que peut, de la même manière et autant que les individus, commettre la collectivité, et il sera plus facile d'y remédier que quand l'État s'égare et qu'il lui faut le temps d'un dinosaure pour comprendre qu'il s'est trompé, l'accepter et changer de cap!

Certes, il faut bien que les hommes sachent vivre ensemble et qu'ils aient à cet effet des institutions communes qui assurent la paix et la sécurité autant qu'elles s'assurent que la dignité de chacun est respectée. Mais le gardien de cet ordre nécessaire ne doit pas, au-delà du strict nécessaire, s'immiscer dans la destinée de ceux qu'il n'est pas là pour régenter mais au service desquels il est tenu pour leur permettre de vivre ensemble librement.

Jean-Philippe DELSOL
Caluire, mars 2015

Table des matières

Introduction7

Chapitre I

La naissance de la souveraineté fiscale..... 13

 Du pillage à l'impôt.....13

 Le service militaire 16

 Le fisc souverain17

 De la sacralisation du fisc à l'impôt providence23

Première partie: Du droit à la loi.....29

Chapitre II

À l'origine du droit31

 Le common law40

 Le droit civil44

Chapitre III

L'essor du droit naturel et la tentation holistique..... 51

 La tentation impériale ou holistique 58

 La philosophie classique61

Chapitre IV

Du nominalisme au droit moderne71

 À la recherche d'un compromis76

 De la Réforme à la servitude volontaire81

Chapitre V

L'obsession malade de l'égalité91

 Jean-Jacques Rousseau ou l'impôt niveleur91

 Piketty ou les avatars d'un nouveau matérialisme
 scientifique.....99

 La croissance infinie des gros patrimoines ou les
 limites des mathématiques100

 Le boomerang des mathématiques102

 L'économie n'est qu'une science humaine105

 Des prémisses infondées à la fausse conclusion109

 Une autre perspective.....110

 L'égalité par décret.....114

Deuxième partie: L'abus de biens communs117

Chapitre VI

Le juste et le bien.....119

 La justice ordonnée au bien commun119

 La confusion stoïcienne du bien et du juste.....125

 La distinction des ordres: Le juste, le bien et le
 bien commun.....127

 De la cité à l'individu.....136

Chapitre VII

Libéralité et bien commun	143
Éthique de réciprocité et règle d'or	146
La loi d'airain	148
Fatale confusion	153

Chapitre VIII

L'appropriation publique du bien commun	159
La revendication générale du bien commun	159
L'inflation progressive du bien commun	162
Le bien commun en dispute	166
Le secours des pauvres	169
Le champ du bien commun	172

Chapitre IX

Biens communs / Biens publics	175
Faut-il repenser les Biens communs?	179
Agriculture et pénurie	183
Les droits de propriété intellectuelle	186

Chapitre X

La pauvreté : soumise ou libérée par la richesse?	193
Bien commun et liberté	194
Les misères d'avant	195
Les misères d'après	200

Troisième partie : Justice et liberté.....207

Chapitre XI

Le Bien de la société ou des individus?.....209

Qui est le premier?209

La naissance réciproque et hors contrat213

L'ordre spontané218

Le processus de découverte du droit222

Un contrat précaire.....225

Chapitre XII

Le bien commun au service des individus233

Le préalable de la liberté239

À la recherche de la vérité.....242

La liberté responsable245

Chapitre XIII

La bonne justice est en négatif.....249

Le respect mutuel.....250

La loi soumission253

La loi-liberté260

Chapitre XIV

La responsabilité, critère du bien commun?267

Jour de libération fiscale ou jour de libération
sociale?268

Le critère de l'autonomie.....275

Qui trop embrasse mal étroit	277
L'assurance plutôt que l'assistance.....	279
Des citoyens libérés	282
Chapitre XV	
L'impôt peut-il être juste?.....	289
Un impôt raisonnable	290
Un impôt payé par tous.....	297
Un impôt simple.....	300
L'impôt échange.....	303
Un impôt démocratique.....	307
L'impôt proportionnel.....	310
La même loi pour tous	314
Conclusion	321

Achévé d'imprimer par Laballery,
en décembre 2015
N° d'imprimeur : 601004

Dépôt légal : janvier 2016

Imprimé en France

Jean-Philippe Delsol
L'INJUSTICE FISCALE

L'impôt peut-il être juste? Et peut-il être raisonnable? La question de la justice fiscale agite la société quand les prélèvements fiscaux et sociaux deviennent si prégnants qu'ils peuvent menacer l'équilibre de la cité et la liberté des citoyens. Mais il ne sert à rien de contester l'importance des charges publiques sans s'interroger sur les raisons qui ont conduit les États à enfler jusqu'à devenir parfois impotents. Il convient ainsi de montrer le processus qui a conduit les États à accaparer la vie civile, sacraliser la notion de bien public, avec pour résultante l'asphyxie des citoyens par des impôts excessifs et souvent injustes.

Non content de dénoncer un système inique, l'auteur se propose de remonter aux sources du droit et de la justice pour jeter les principes d'une nouvelle justice fiscale.

Il existe en effet des voies qui permettraient de retrouver la balance de la justice fiscale plutôt que de l'abandonner à la volonté hasardeuse du législateur. La justice peut se mesurer à l'aune de la responsabilité et de la liberté réelles laissées à chacun d'atteindre ses fins, de s'accomplir en les accomplissant. Dans cette optique, le rôle de la collectivité serait redéfini et plus limité. La justice fiscale trouverait là un critère utile et équitable de sa mesure. Le lien indéfectible de l'impôt et du bien commun ne saurait faire oublier que le bien commun n'existe pas pour lui-même, mais pour permettre aux hommes de bien vivre ensemble.

Jean-Philippe DELSOL, licencié ès lettres et docteur en droit, est avocat. Il est le président français du think tank européen Institut de Recherches Économiques et Fiscales, IREF. Il a écrit de nombreux ouvrages dont *Au risque de la liberté*, *À quoi servent les riches*, *L'Anti Piketty* (en participation).

