

Epreuve : 107 Matière : 0301 Session : 2021

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de sujets ou de feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.

Au 17^e siècle, une querelle oppose Leibniz et les Particularistes (qui soutiennent que Dieu n'a jamais voulu sauver tous les hommes), lors des grandes discussions théologiques qui visent à établir les conditions d'une paix entre les sectes chrétiennes. Le débat porte sur la puissance et l'étendue du pouvoir à accorder au droit divin c'est-à-dire à l'ensemble des lois, règles et obligations que Dieu a prescrites au genre humain. Contre Leibniz, les Particularistes soutiennent que le droit divin peut tout ce qu'il veut parce que ce tout ce que Dieu peut et veut, il le fait. Devant cette toute puissance de Dieu qui n'est pas limitée par sa sagesse ou son entendement, Leibniz rappelle que même si, antérieurement, le droit divin peut être venu sauver tous les hommes, conséquemment il ne peut pas accomplir cette volonté en raison du principe d'harmonie qui exige que certains hommes soient damnés. On constate, ici, que si pour Leibniz le droit divin ne peut pas tout c'est parce que les trois significations du verbe « pouvoir » ne sont pas complémentaires. Si ce droit peut tout au bout que Dieu est tout puissant, il peut parce qu'il en a la force, cependant la volonté de Dieu doit être limitée et réfléchie : il ne peut pas sauver tous les hommes parce que cela serait contradictoire avec l'harmonie du meilleur monde possible et parce qu'il n'en a pas le droit compte tenu de sa bonté. Cependant, cette conception peut-elle s'appliquer au droit en général ? Le droit constitue un ensemble de principes juridiques qui légifèrent et régulent les comportements individuels et collectifs. On distingue communément le droit naturel du droit positif. Le droit naturel serait un ensemble de prescriptions, de lois, de règles que la nature ou Dieu aurait implanté en nous. Le droit positif, lui, peut ou non être dérivé du droit naturel mais se distingue de ce dernier au bout qu'il est établi dans des textes corrigés et modifiés régulièrement par les hommes. Il se divise lui-même en droit privé c'est-à-dire en droit qui concerne les relations entre les individus et en droit public qui concerne les relations des individus avec l'État ou avec une autre structure. Le champ d'extension et d'application du droit apparaît alors comme immensément grand puisqu'il semble pouvoir intervenir, contrôler, organiser aussi bien la vie privée des individus (droit de la nature, droit divin) que leur relation

avec les autres (droit du travail, droit pénal) ou encore avec le monde tout entier (droit international, droit cosmopolitique). Comme l'ont affirmé les particularistes, il semble alors que le droit peut tout ce qu'il veut; il en a la force et la puissance comme semble nous l'indiquer le fait qu'il s'insère dans chaque étape de la vie humaine et en chacun de ses lieux. Il semble également pouvoir le faire au sens d'en avoir le droit puisque c'est le droit, lui-même, qui détermine ce qui est légitime et juste. D'autant plus, qu'en théorie, le droit peut tout faire sans que cela n'implique contradiction. A l'instar des droits de l'Homme, il peut proclamer que « les hommes naissent libres et égaux en droit » alors même que dans les faits, les hommes sont inégaux de part leurs différences naturelles, sociales et économi-ques. Il peut établir une loi pénale qui condamne un homme à mort alors même que dans d'autres textes de lois, le crime est puni. Comme le droit défend dans le « Maryland annotated Code » il peut condamner « l'insertion d'une particule dans la bouche d'une autre personne » tout en reconnaissant que cette pratique peut être naturelle chez les animaux. Le droit semble donc pouvoir légiférer, organiser, réglementer tout ce qu'il veut puisque rien, pas même les faits qui peuvent, semble-t-il, contredire ses articles, ne vient limiter son extension. Pourtant, cette idée pose problème. Un droit qui pourrait tout serait-il encore un droit? Il semble, en effet, qu'il faille distinguer le droit de l'arbitraire en tant que le droit semble toujours être contenu dans une limite propre. L'arbitraire, au contraire, caractérise un droit qui a dépassé ses limites et qui s'est alors annihilé de lui-même comme c'est le cas dans les tyrannies où le « droit » se résume à la volonté du tyran. On constate, en effet, que même si le droit semble être tout-puissant, cette toute puissance paraît toujours bornée puisque devant la force des faits, la force du droit semble être impuissante. Que peut le droit, par exemple, face aux malheurs, aux souffrances, aux inégalités qu'elles soient naturelles, économiques ou sociales? Si, on dit, le droit peut tout en occident, il semble que dans les faits, il peine à pouvoir l'espérer puisque les faits, qu'ils s'agissent des phénomènes sociaux, de la loi du marché ou encore des transgressions des individus, paraissent toujours constituer une force antagoniste au pouvoir du droit. On est donc confronté à une véritable difficulté puisque d'un côté le droit semble pouvoir tout ce qu'il veut parce qu'il prescrit ce qui est juste, qu'il en a la puissance et qu'il légifère sur l'ensemble de la vie humaine mais en même temps tout ce qu'il veut ne peut pas toujours être réalisé et il semble même parfois impuissant à répondre aux sollicitations des

individus. D'où la question suivante : Si en théorie le droit peut tout ce qu'il veut en constituant même, parfois, un ordre idéal, comment comprendre cependant que dans les faits son pouvoir soit souvent limité et même parfois nul ? Nous nous demandons, tout d'abord, si le droit peut tout ce qu'il veut. Cependant, si la puissance du droit est limitée par un principe supérieur, comment comprendre qu'en son nom de ce principe, le droit peut parfois user de sa puissance pour dépasser cette limite ? Toutefois, si la force du droit ne peut s'accomplir qu'en étant limitée par la force des faits à quoi bon le droit, que peut-il faire face à certaines réalités qui le dépassent ?

En tant que le droit apparaît comme le fondement premier de la vie individuelle et collective puisqu'il organise, sanctionne ou encore oriente cette vie il semble que son pouvoir ne puisse pas être dissocié de son vouloir. Rien, en effet, ne semble pouvoir limiter le droit qu'il soit naturel ou positif.

Le droit semble, d'abord, pouvoir tout ce qu'il veut parce qu'il en a la puissance et parce qu'il est le fondement de ce qui est légitime et juste. Le droit, en effet, se présente comme un ensemble de lois, d'articles, de textes qui disposent ce qui doit être fait et qui prescrivait des sanctions si ces lois ne sont pas respectées. Par les structures, notamment judiciaires comme les cours d'appel qu'il met en place, il dispose de la force nécessaire pour appliquer ses sanctions. Le droit, dès lors, semble pouvoir, idéalement la puissance et l'obligation de mettre en pratique l'ensemble des lois, règles ou encore sanctions qu'il contient. Ainsi, le droit peut appliquer ses principes en tant qu'ils sont rendus public et consignés dans des textes de lois. Par exemple, dans le code pénal, le meurtre d'un individu sans intention de la tuer est puni de dix de prison. Le droit peut, dès lors, faire appliquer cette sanction.

Mais si le droit peut faire appliquer ses lois ou encore ses sanctions, doit-il lui imposer ses principes ? On a vu, en effet, que le pouvoir du droit était circonscrit par son domaine propre. Or, ce domaine semble être, d'abord, immensément grand. Le droit, en effet, concerne l'ensemble de la vie d'un individu et d'une société. Il apparaît, ensuite, sans limite puisqu'il semble s'insérer dans la vie la plus intime des hommes. Par exemple, le droit privé peut imposer sa propre loi aux familles. En droit privé, en effet, un adulte n'a pas le droit de priver un de ses parents de son petit-enfant. Un grand-parent à qui ce droit se venait refuser peut faire un recours en justice pour obliger son enfant à lui présenter son petit-enfant. Dès lors, si le droit peut tout dans son domaine propre mais que ce domaine propre

s'étend à l'ensemble de la vie, qu'elle soit individuelle ou collective, le droit ne peut-il pas tout ce qu'il veut ? Dans les Principes de la philosophie, Descartes, à travers l'exposition de sa conception de Dieu, peut nous aider à répondre à cette question. Dieu est pensé comme le fondement premier et ultime du droit en tant qu'il a fait exister tous les possibles présents dans son entendement. Tout ce qu'il a voulu a pu passer à l'existence. Il aurait, ainsi, pu vouloir que $2+2$ face 5 ou que, en transposant cette idée dans le domaine du droit, ce que ne fait pas explicitement Descartes, le val soit un lien. Le fondement premier du droit positif, qui est le droit divin puisque c'est à partir de lui que le monde a été créé, est donc un droit qui peut ce qu'il veut : le droit peut tout ce que Dieu a voulu parce qu'il en a la puissance et que c'est lui qui a institué les principes du droit. Le droit divin peut, ainsi, décider de tuer les fils de Joad et tout son sécul sans que cela ne soit contraire à la bonté et à la sagesse de Dieu puisque ce droit a la puissance de faire ce qu'il veut. On pourrait transposer cet exemple dans le droit positif. Au livre I de De l'esprit des lois Montesquieu mentionne, par exemple, un article de loi du droit pénal japonais qui condamne à mort quiconque annonçait la mort de l'empereur : le droit peut tout ce qu'il veut parce qu'il a assez de puissance pour être au fondement des lois.

Toutefois, une question se pose ici : si le droit qu'il soit naturel ou positif a assez de puissance pour pouvoir faire ce qu'il veut cela implique-t-il qu'il a le droit de faire ce qu'il veut ? Deux sens du verbe pouvoir sont ici en jeu : Si « le droit peut » en tant qu'il en a la force, cela signifie-t-il qu'il peut en tant qu'il en a le droit ? On pourrait, en effet, penser une limitation du droit en tant qu'il dépendrait lui-même d'un autre fondement qui limiterait sa toute-puissance. Cependant, si l'on pense, à l'instar de Descartes, un fondement premier de tous droits en Dieu et que Dieu est un être parfait qui ne dépend de rien, quelle pourrait être cette limitation ? Dans la Théodicée §25 Leibniz répond à cette question en montrant que le droit, même si son existence dépend de Dieu puisque Dieu le pense et le fait passer à l'existence, limite la volonté de ce dernier. Il faut, en effet, distinguer le pouvoir et le vouloir. Si Dieu veut, d'une volonté antécédente c'est-à-dire avant la création du monde, instaurer le droit idéal dont une des lois dispose, par exemple, le salut de tous les hommes, sa volonté conséquente qui vise à créer le meilleur monde possible ne peut pas accomplir tout ce qu'elle veut. Cette impossibilité est logique : Dieu irait contre le principe d'harmonie qui suppose de la variété et donc de l'opposition de certains hommes et morale : il n'a pas le droit de le faire en vertu de sa bonté et de sa perfection.

Ce que peut le droit ce n'est donc pas tout ce qu'il veut mais ce qu'il sait être juste ou, du moins, ce qu'il établit comme légitime et devant être poursuivi. À ce titre, le droit se distingue de la tyrannie en tant que ce qu'il veut est limité.

Epreuve : 107 Matière : 0307 Session : 201

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de sujets ou de feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.

et de l'arbitraire puisqu'il peut défendre la légitimité de son choix. Le droit se présente ainsi comme un ensemble de prescriptions et de sanctions dont la constitution ne vient pas d'une volonté toute puissante mais d'une volonté qui se limite à ce qu'elle peut justifier comme étant juste et digne d'être poursuivi.

Cependant si une telle idée peut s'appliquer concernant le droit spécifiquement divin peut-on l'appliquer à tout type de droit ? Par quoi le droit positif pourrait-il être limité si ce n'est pas par un droit divin ou par la supposition d'une limitation de la toute puissance de Dieu ? Dans l'article de l'Encyclopédie « Droit naturel », Diderot tente de trouver une autre source de limitation à la toute puissance du droit notamment du droit positif. Si ce droit est tout-puissant c'est parce qu'il peut sanctionner des conduites qui sont moralement vultueuses comme la masturbation qui peut, par exemple, aider l'organisme à se débarrasser de ses flux, et approuver d'autres conduites comme le mariage et le serment de fidélité qui n'existent pas en nature. Le droit semble alors pouvoir tout ce que des religieux veulent puisqu'ils interdisent leurs propres contenus en lois. Contre eux, Diderot propose un autre droit, le droit naturel c'est-à-dire celui qui prend en compte les penchants naturels des hommes pour corriger et limiter les dérives perverses du droit. Le droit ne peut donc pas tout mais simplement ce que prescrit le droit naturel, lui-même dépendant de la nature.

Pour parvenir à connaître ce droit naturel qui limite le droit de chaque société le dialogue entre les cultures apparaît ainsi comme indispensable puisqu'il permet d'évaluer son propre droit civil à l'aune du droit des autres.

Ce que peut légitimer le droit serait alors ce que d'autres cultures reconnaissent également comme naturel. Il est intéressant de constater que cette idée a été mise de plus en plus en pratique au XXI^e siècle par l'intermédiaire de ce qu'on nomme « le dialogue des juges » et qui consiste à évaluer la pertinence des droits étrangers les uns vis-à-vis des autres en délimitant ce qu'ils peuvent faire. Par exemple, en 2003 une loi américaine condamnant l'homosexualité a

été invalidée par la Cour Suprême des États-Unis alors même que sa jurisprudence allait en un sens contraire; cette Cour s'est notamment référée à la Convention Européenne des droits de l'Homme pour étayer son jugement. On constate, ainsi, que ce que peut le droit est non seulement limité par l'extérieur (Dieu, la nature) mais aussi de l'intérieur lorsque les droits étrangers dialoguent entre eux à travers leur propre jurisprudence.

Ainsi, nous avons pu constater que même si, en théorie, le droit peut tout ce qu'il veut, il ne peut, dans les faits, que vouloir ce qui est conforme à un principe supérieur (que soit Dieu ou la nature) et ce qu'il peut justifier et connaître comme étant juste, que cette justice soit morale ou politique (par exemple quand une grande partie de droits étrangers reconnaissent l'homosexualité). Le droit ne peut, dès lors, que se limiter aux faits soit en essayant de se conformer à partir d'eux comme le docteur Ridout soit en diminuant sa puissance comme chez Leibniz où le droit idéal (dont une des lois veut sauver tous les hommes) est limité par le réel (qui impose que seulement quelques hommes soient sauvés). Toutefois cette idée pose problème : Si ce que peut le droit est toujours contraint et limité par les faits, comment comprendre qu'en droit, le droit peut parfois dépasser cette limite imposée par les faits? Par exemple, même si, dans les faits des hommes se taïnéant, le droit semble pouvoir dépasser cette simple constatation en affirmant l'égalité des hommes au nom même d'un principe supérieur (la dignité humaine par exemple). Dès lors, si la puissance du droit est limitée par un principe supérieur, comment comprendre qu'au nom même de ce principe, le droit peut parfois user de sa puissance pour dépasser cette limite?

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit peut ce qui n'est pas conforme à une norme de légitimité qu'il s'agisse de Dieu, de la nature ou du dialogue entre des droits différents. À ce titre, ce que peut le droit est apparu comme limité à ce que sont les faits; la force du droit est-à-dire des principes et sanctions fondées et justifiées étant limitée par la force des faits. Toutefois, un problème se pose. Même si les faits permettent de limiter la puissance du droit, il reste que le droit n'est pas le fait. Le droit, en effet, semble parfois pouvoir plus que ce que lui présentent les faits.

Même si le droit, comme nous l'avons défini, constitue un ensemble de lois, règles, principes qui peuvent être limités et justifiés, il reste que cet ensemble se présente comme un ensemble de norme. Le droit est normatif en tant qu'il est descriptif : il décrit le comportement à adopter en société et les uns vis-à-vis des autres, prescriptif : il dit ce qu'il faut faire, et, parfois, comme c'est le cas du droit naturel, axiologique : il expose ce qui est bon. À ce titre, le droit peut parfois légiférer contre les faits. Par exemple, Durkheim dans De la division du travail III, II, §1 construit le droit du travail tel qu'il devrait être, en montrant qu'en droit, c'est-à-dire dans l'ordre véritable des choses, chaque inégalité sociale et économique devrait être le résultat d'une inégalité naturelle. Or, dans les faits, cette condition n'est pas encore advenue. Le droit peut donc construire un ordre différent de l'ordre des faits en tant qu'il définit ce que devrait être, normalement, la société. Toutefois, il convient de s'interroger sur cette possibilité du droit de se définir comme un ensemble de normes, à l'instar de la déclaration du droit de l'homme et du citoyen. Cette possibilité n'est-elle pas qu'hypothétique ou du moins simplement logique ? Le droit peut être, en effet, un système de norme simplement parce que cela ne serait pas contradictoire avec sa structure même qui se présente comme un ensemble de prescriptions à suivre et à respecter.

Or, à première vue, cela semble être le cas : le droit ne semble être qu'un système hypothétique qui, dans les faits, ne peut rien faire. Par exemple, Marx dans Le Capital dénonce l'abstraction et la fiction que constitue certains textes de droit comme la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen en montrant que ce droit ne peut rien face à la violence des faits. Marx donne en exemple le prêtre Tournier qui, malgré le droit divin qui admet l'égalité des citoyens et le droit positif qui avait institué l'«*asile*» pour aider les plus pauvres, avait réussi à empêcher la donation d'argent et de nourriture aux plus démunis en disant qu'il fallait les laisser dans la condition que Dieu leur avait donnée.

Est-ce à dire, dès lors, que le droit en tant que système de norme qui établit ce qu'il doit être ne peut rien ? Il faudrait peut-être distinguer, ici, le fait de pouvoir au sens d'avoir un effet et le fait de pouvoir au sens d'avoir une efficace. Si le droit ne peut rien au premier sens puisque ce n'est pas en déclarant que les hommes sont libres et égaux en droit que l'effet s'en produit et qu'ils l'ont été en fait, il semble qu'au deuxième sens, un certain pouvoir du droit soit possible. Si le droit semble pouvoir avoir une efficace c'est parce que, même si ses principes ne radicalement pas complètement, ils semblent néanmoins parvenir à changer la société. Par exemple, même si les hommes sont toujours inégaux, cette inégalité a peu à peu diminué notamment

par l'instauration d'une répartition des richesses plus équilibrée. De même l'idéal de paix entre les pays a commencé à émerger grâce à l'instauration d'un droit international dans lequel les pays se rassemblent pour discuter et délibérer en commun afin d'établir des coopérations économiques ou juridiques. Le droit, en tant que système de norme peut donc avoir une efficacité en faisant advenir peu à peu ses principes dans le monde.

Ainsi, nous avons pu constater que si le droit en tant que système de norme qui construit, en droit, l'ordre véritable pourrait avoir un pouvoir, ce pouvoir n'est jamais un effet mais toujours une efficacité en tant que la contrainte des faits limite l'expression de sa volonté : si l'on peut exister quelques hommes libres et égaux en droit, ce ne sera pas le cas de tous les hommes. Se pose alors la question de savoir quel rôle peut vraiment avoir le droit pour nous. Si ce dernier, en effet, est toujours limité et borné par les faits et qu'en tant que système idéal il ne pourra jamais advenir à quoi sert le droit ?

Ces questions, à quoi sert le droit ? que peut véritablement le droit ? semblent s'imposer à nous devant les injustes et les douleurs du monde. Elles s'imposent comme la manifestation d'un échec de la part du droit, incapable de réparer les douleurs du monde. Si le droit ne peut avoir qu'une efficacité et ne peut que ce qui est en conformité avec les faits quel rôle peut jouer pour nous le droit ?

Une première réponse serait de dire que le droit ne peut rien pour nous puisqu'en tant que système normatif dont le contenu découle de Dieu ou de la nature il nous est proprement incompréhensible d'une part et d'autre part impuissant à réparer les douleurs du monde et nos propres souffrances. Cette idée est particulièrement exprimée par Luther dans son texte Sur les indulgences. Luther, en effet, désespère du droit religieux que Dieu a bâti en montrant qu'il semble injuste puisqu'il damnera, à coup sûr, la majorité des hommes sans discernement et qu'il pourra sauver des hommes mauvais. De même, on assiste dans le monde, pour Luther, au malheur des hommes vertueux et bons et aux bonheurs des méchants. Que peut le droit face à ces faits ? Le dernier semble impuissant à sanctionner les vices et les maux.

Pourtant, c'est au cours de ces mêmes réflexions que Luther parvient à approcher le véritable pouvoir du droit. Le droit n'est pas, avant tout, un droit qui punit et sanctionne mais un droit qui nous sauve et nous console. Si le droit divin peut nous consoler et nous faire espérer c'est parce que ce droit est toujours lié à un principe supérieur qui ne peut être que son. @, Dieu, par exemple,

Epreuve : 127 Matière : 0301 Session : 2021

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de sujets ou de feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.

ne pourra jamais donner un homme qui l'aime et qui fait sincèrement le bien. Le droit a donc la puissance de nous consoler puisqu'il nous garantit d'être reconnu et aimé.

On pourrait également appliquer cette idée concernant le droit pénal. La possibilité de faire appel au droit pour réparer une faute ou être reconnu comme victime permet de rendre possible la vie en société en apaisant les conflits et les vengeances. Le droit peut donc être un principe de réconciliation qui pourrait permettre de vivre en paix les uns avec les autres. On peut penser, par exemple, au droit cosmopolitique c'est-à-dire au droit qui s'efforce de construire des relations entre les citoyens de différents pays. Ce droit semble pouvoir être à même de faire advenir une paix mondiale en tant qu'elle instaure une communication entre différents peuples tout en reconnaissant leur droit à la différence. Si la question « à quoi sert le droit ? » ou « que peut le droit ? » s'oppose à nous face aux extractions, aux désordres et aux malheurs, il semble que ce ne soit qu'à travers son pouvoir que les maux peuvent être amoindris.

Ainsi notre question de départ était la suivante : Si en théorie le droit peut tout ce qu'il veut en constituant même, parfois, un ordre idéal, comment comprendre cependant que dans les faits son pouvoir soit souvent limité et même parfois nul ? Nous avons pu constater que le droit a tout qu'il semble de prescriptions et de sanctions devait toujours prendre en compte la force des faits. Dès lors, le droit ne peut pas tout ce qu'il veut puisqu'en pratique il ne peut vouloir que ce qui est adéquat avec les faits qu'il peut prendre pour fondement pour se constituer lui-même. Pourtant, comme nous l'avons vu, le droit peut aussi se présenter comme un système de normes qui peut, hypothétiquement, se constituer contre les faits ce

Concours section : AGREGATION EXTERNE PHILOSOPHIE

Epreuve matière : COMPOSITION 1 DE PHILOSOPHIE

N° Anonymat : A000024770

Nombre de pages : 12

11 / 20

qui lui permet d'avoir une efficacité afin de modifier particulièrement des faits eux-mêmes grâce à sa puissance. Dès lors, le droit est apparu comme une possibilité d'espérance et de revendication face aux desiderata du monde. Le droit peut considérer l'homme et lui permettre de vivre avec les autres en tant que l'ordre idéal qu'il présente permet d'amorcer la force contraignante des faits et permet de lier les hommes entre eux.

79 / 60

