

Le droit cosmopolitique comme droit

The cosmopolitan right as right

Jean-François KERVÉGAN
(Université Paris I / IUF)

Recibido: 26/06/2008
Aceptado: 14/07/2008

Resumé

La thématique kantienne du «droit cosmopolitique» a fréquemment été utilisée, chez les commentateurs du 20^{ème} siècle, pour relativiser le juridisme qui affecte la doctrine kantienne du droit privé et public. Elle marquerait ainsi la réinscription du droit dans une perspective éthique ou, en tout cas, méta-juridique. Là contre, on voudrait ici souligner la dimension proprement juridique du droit cosmopolitique kantien. Loin de mettre en question la stricte séparation du droit et de l'éthique, le droit cosmopolitique est l'accomplissement nécessaire du concept kantien du droit.

Mots clefs: Kant, légalité, moralité, droit, éthique, droit cosmopolite, droit international privé

Abstract

The Kantian theme of 'cosmopolitan right' has often been used in 20th century's scholarship to water down the juridicism affecting Kant's doctrine of private and public law. It would in this sense be the point where law is re-introduced into an ethical, or at least meta-juridical, perspective. On the contrary, we would like to emphasize that Kantian cosmopolitan right has a properly juridical dimension. Far

from questioning the sharp separation between law and ethics, the cosmopolitan right is the necessary accomplishment of Kantian concept of law.

Keywords: Kant, legality, morality, ethics, law, cosmopolitan law, international private law

La morale a le vent en poupe, notamment chez les juristes ou les théoriciens du droit; certains d'entre eux soutiennent même qu'au fondement du droit il y a un «discours moral»¹. Et l'on a tendance à relire les textes classiques, en particulier ceux de Kant, à partir de ce souci, et en vue d'y trouver des arguments en faveur d'une conception morale du droit que l'on pourrait opposer aux thèses positivistes, dont la stricte séparation entre droit et éthique était un élément-clé: Kelsen écrit par exemple qu'il «va de soi pour tout juriste qu'il doit *en tant que tel*, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la connaissance des normes juridiques, faire abstraction de la morale»². Dans l'actuelle argumentation anti-positiviste, telle qu'elle est développée par des auteurs comme Dworkin ou Habermas, Kant paraît pouvoir un rôle de choix. Selon une lecture répandue, il ne distinguerait le droit et l'éthique que pour mieux subordonner le premier à la seconde, la «simple légalité» des licitations juridiques à la «moralité» des obligations éthiques. Dans une telle perspective, ce que Kant nomme le «droit cosmopolitique» paraît destiné à avoir une place de choix. Il est en effet tentant d'interpréter l'inscription du droit privé et du droit public dans une perspective cosmopolitique, c'est-à-dire «philanthropique-universelle»³, comme une preuve de ce que, chez Kant, le droit s'inscrit toujours dans l'horizon de l'éthique.

Je souhaite dans ce qui suit m'inscrire en faux contre une telle manière de lire les textes kantien. Selon moi, il n'y a aucun doute que Kant, en tout cas dans ses écrits des années 1790⁴, ne revient jamais sur la stricte partition qu'il opère de la sphère de la normativité pratique: le domaine du droit et le type de normativité qu'il met en œuvre est indépendant de la normativité éthique, et il faut qu'il le soit, si l'on veut se prémunir contre l'inquiétante tentation de vouloir «moraliser» les rapports extérieurs de l'homme avec l'homme, moralisation dont les débordements de la

¹ Voir le sous-titre du livre de R. Dworkin, *Freedom's Law*, Harvard UP 1996: *The moral reading of the American Constitution*.

² Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg 1928, 30 [trad. in *Théorie Générale du Droit et de l'Etat*, LGDJ/Bruylant, 1997, 456]. Voir également Hart, *The concept of law*, Oxford UP 1994, 302; «Positivism and the separation of laws and morals», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford UP 1983, 57-58.

³ Kant, *Gemeinspruch*, Ak. VIII, 307; *Théorie et pratique*, Vrin 1967, 51.

⁴ On ne relève pas assez la différence nette qui existe à cet égard entre les écrits de philosophie pratique des années 1780, qui font de la «légalité» une figure inférieure à la «moralité» et ceux de la décennie suivante, qui valorisent au contraire le droit et les effets possibles de son respect: voir ci-dessous.

Révolution française en sa phase radicale ont offert une illustration sombre. Au contraire, cette distinction est accentuée après l'expérience du développement chaotique du processus révolutionnaire dans la France des années 1793-1794, où régnait une sorte de dictature de la vertu dont l'observation, incontestablement, a nourri la réflexion de Fichte, de Kant et plus tard de Hegel⁵ sur le rapport entre droit et éthique. Je rappellerai donc, dans un premier temps, le sens et les implications de la distinction stricte entre droit et éthique au sein de la «morale» kantienne. Dans un deuxième temps, j'examinerai le statut du «droit cosmopolitique» dans l'architecture de la philosophie pratique, mon but étant de rappeler qu'il relève bien du droit stricto sensu et ne constitue donc pas une «passerelle» entre droit et éthique.

1. Morale, droit, éthique

C'est à la fin du 18^e siècle seulement que l'on a cessé, grâce d'abord à Kant, puis à Fichte, à Hegel et (sous de tout autres prémisses) à Bentham de considérer comme allant de soi l'équation du droit et de l'éthique, qui avait joué un rôle capital dans les constructions jusnaturalistes (à la notable exception d'un auteur tout de même mineur, Thomasio). Si nous laissons ici de côté, pour des raisons pragmatiques, la critique utilitariste du droit naturel et de sa confusion de ce que le droit est et de ce que l'on voudrait qu'il soit⁶, nous pouvons considérer que la philosophie classique allemande, malgré (ou peut-être en raison de) sa thèse puissante de l'unité de la raison, et en particulier de la raison théorique et de la raison pratique, a joué un rôle majeur dans ce qu'on peut appeler le découplage du droit et de l'éthique, découplage dont le dispositif juspositiviste standard va paradoxalement hériter. Kant proclame certes avec solennité «l'unité du pouvoir de la raison pure tout entière, théorique aussi bien que pratique»⁷, cette raison devant être comprise comme un

⁵ Voir Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, W 12, 533: «Von Robespierre wurde das Prinzip der Tugend als das Höchste aufgestellt, und man kann sagen, es sei diesem Menschen mit der Tugend Ernst gewesen».

⁶ Voir J. Bentham, *Principes de législation et d'économie politique*, Paris 1988, 75 ff: «droit naturel» et «loi naturelle» sont des fictions ou des métaphores. Ces expressions, qui n'étaient que des «impropriétés de langage», sont devenues, en raison de la positivisation des droits de l'homme par les révolutions de la fin du 18^e siècle, un «crime moral» (Bentham, «Sur l'usage et l'abus du mot 'droit'», in B. Binoche & J.-P. Cléro, *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF 2007, 124). Cette critique a joué un rôle massif dans le développement de la variante anglo-saxonne du positivisme juridique, c.à.d. dans *l'analytical jurisprudence*. Voir Hart, „Utilitarianism and natural rights“, in *Essays in jurisprudence and philosophy*, 181-197.

⁷ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft [KpV]*, Ak. V, 91.; *Critique de la raison pratique [CRprat]*, GF-Flammarion 2003, 204. Fichte affirme pour sa part que la Doctrine de la Science est en mesure de démontrer «comment la raison peut être pratique, et comment cette raison pratique n'est pas du tout la chose si étrange et inconcevable pour laquelle on la prend parfois, qu'elle n'est pas du tout une

«pouvoir des principes» et distinguée à ce titre de ce simple «pouvoir des règles» qu'est l'entendement⁸. Mais de cette unité de la raison s'ensuit nécessairement la différenciation de son usage. D'abord, il convient impérativement de distinguer l'usage théorique (cognitif) et l'usage pratique (normatif) de cette raison une. Ensuite, au sein du champ de la raison pratique, il faut distinguer normativité juridique et normativité éthique. Kant et Fichte sont parvenus à cette dernière conclusion de manière quasi-simultanée, vers 1795-1796. Elle est illustrée, chez Kant, par la division de la *Métaphysique des Mœurs* en une doctrine du droit (*Rechtslehre*) et une doctrine de la vertu (*Tugendlehre*) et, chez Fichte, par la rédaction quasi-parallèle d'un «droit naturel» (*Grundlage des Naturrechts*) et d'une «éthique» (*System der Sittenlehre*)⁹. Pour l'un comme pour l'autre, le but principal de cette distinction est d'établir l'*autonomie du droit* à l'égard de la normativité éthique. Fichte affirme que la «doctrine philosophique du droit» ne doit pas être un «chapitre de la morale», mais «une science propre et autonome»¹⁰. Pour sa part, au moyen d'une réinterprétation de la distinction entre légalité et moralité, évidemment déjà présente – mais selon moi avec une signification et des implications différentes – dans la *Critique de la raison pratique*¹¹, Kant entend souligner la spécificité de la doctrine du droit en regard de l'éthique dans le cadre d'une unique «métaphysique des mœurs». Celle-ci, en tant que «système des obligations en général», est en droit de revendiquer pour elle seule la dénomination de morale¹². Il est donc patent que Kant, avant Hegel, s'emploie à différencier droit, éthique et morale. Mais la distribution topographique des concepts est différente: chez Kant, c'est la morale (*die Moral*) qui est le genre dont éthique (*Sittenlehre* ou *Tugendlehre*) et droit (*Rechtslehre*) sont les

second raison, mais celle-là même que nous reconnaissons tous bien volontiers comme raison théorique» (*Sittenlehre*, *W IV*, 57; *Système de l'éthique*, PUF 1986, 59)

⁸ Kant, *Kritik der reinen Vernunft* [*KrV*], B 356, Ak. 238; *Critique de la raison pure* [*CRP*], *Œuvres philosophiques* I, Gallimard 1980, 1017.

⁹ Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1797-1797), *W III*; trad. *Fondement du droit naturel* [cité *Droit naturel*], PUF 1984. *System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1798), *W IV*; trad. *Système de l'éthique*, *op. cit.*

¹⁰ Fichte, *Naturrecht*, *W III*, 10; *Droit naturel*, 26.

¹¹ Voir Kant, *KpV*, Ak. V, 71; *CRprat*, 180: «Si la détermination de la volonté se produit certes *conformément* à la loi, mais seulement par l'intermédiaire d'un sentiment, de quelque espèce qu'il soit, qui doit être supposé afin qu'elle devienne un fondement suffisant de la détermination de la volonté, partant si elle ne se produit pas *pour la loi elle-même*, l'action aura certes de la *légalité*, mais non de la *moralité*». Voir également Ak. V, 118 (*CRprat*, 241) et 151-152 (*CRprat*, 281-282).

¹² Kant, *Metaphysik der Sitten* [*MdS*], I: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* [*Rechtslehre*], Einleitung, Ak. VI, 242; *Métaphysique des Mœurs*, I: *Doctrine du droit* [cité *Droit*], 30. Bernd Ludwig a montré, à l'aide de bons arguments, que le tableau auquel je me réfère ici est erroné, et que par ailleurs il doit plutôt trouver place dans l'Introduction générale de la *Métaphysique des Mœurs* plutôt que dans celle de la *Doctrine du droit*: voir la version corrigée et replacée du tableau dans son édition de la *Rechtslehre*, Meiner 1988, 34.

espèces, alors que chez Hegel c'est la *Sittlichkeit* qui aura vocation à englober et à supprimer/dépasser/conservé (*auheben*) les deux systèmes normatifs abstraits que sont le droit abstrait-privé (*das abstrakte Recht*) et la moralité (*die Moralität*).

Entre les énoncés de la *Critique de la raison pratique* et la formulation que reçoit le problème de la normativité dans la *Métaphysique des Mœurs*, la différence est la suivante. Dans l'ouvrage de 1788, la distinction entre légalité et moralité a pour effet d'*exclure* du champ de la philosophie morale la «simple légalité» (et par conséquent le droit, du moins lorsqu'il est extérieurement observé pour lui-même). Kant écrit par exemple:

Le concept du devoir exige donc *objectivement* de l'action qu'elle soit en accord avec la loi, mais il exige de la maxime de l'action, *subjectivement*, le respect pour la loi en tant qu'unique mode de détermination de la volonté par celle-ci. Et c'est là-dessus que repose la différence entre la conscience d'avoir agi *conformément au devoir* et celle d'avoir agi *par devoir*, c'est-à-dire par respect pour la loi, la première des deux (la légalité) étant possible quand même des inclinations auraient été seules les fondements de la détermination de la volonté, alors qu'il faut que la seconde (la *moralité*), la valeur morale, soit placée uniquement en ceci que l'action a été faite par devoir, c'est-à-dire parce que la loi l'exige.¹³

Il est entendu que la distinction entre légalité et moralité, telle qu'elle apparaît dans la *Critique de la raison pratique*, ne recoupe pas celle du droit et de l'éthique; elle vise plutôt à distinguer deux modalités dans la manière dont le sujet se rapporte à la norme (qu'elle soit juridique ou éthique). On peut parfaitement avoir un rapport «moral» à la loi juridique et un rapport «légal» à la norme éthique. Mais, telle que la distinction est formulée, il paraît clair que la légalité (respect extérieur de la norme, sans que ce respect constitue lui-même la raison subjective d'agir) définit le mode normal selon lequel les individus se situent par rapport à la norme juridique. Disons que le droit n'a pas besoin, de la part des personnes auxquelles il s'adresse, d'attendre *plus* qu'un rapport de conformité simplement légal aux normes qu'il édicte. Cette relative dévalorisation du droit (exactement, du rapport du sujet à la norme qu'il engage) explique qu'ici la «moralité» paraisse bien se confondre avec la sphère de l'éthique, puisque seule celle-ci exige que soit pris en compte, dans l'évaluation de l'agir, le rapport *subjectif* à la norme, la «disposition d'esprit» (*Gesinnung*) intérieure dans laquelle le sujet agit, et non pas simplement la teneur objective de l'action extérieure dont on le tient pour responsable.

Tout se passe donc comme si, dans la 2^e *Critique* (et *a fortiori* dans la *Grundlegung*) la partie pure de la philosophie morale, c'est-à-dire la *métaphysique* des mœurs, se réduisait à ce qui, dans la terminologie ultérieure, se nommera éthi-

¹³ Kant, *KpV*, Ak. V, 81; *CRprat*, 192.

que ou doctrine de la vertu. En dehors de la philosophie morale, comprise comme éthique, il n'y a dès lors place que pour une «anthropologie morale», laquelle n'appartient aucunement à la philosophie transcendantale, puisqu'elle se fonde sur une connaissance précise de la *nature* humaine et ne possède de ce fait aucun caractère *normatif*¹⁴. Dès lors, le droit ne jouit d'aucune autonomie conceptuelle à l'égard de la normativité morale ou éthique. Jusqu'à ce point, ces deux dernières dénominations peuvent être considérées comme synonymes.

Au contraire, en 1796-1797 (à vrai dire, ce retournement est déjà observable dans *Théorie et pratique* et dans l'écrit sur la paix perpétuelle), Kant met l'accent sur l'autonomie et l'égalité de la normativité juridique, qui possède certes une autre structure que la normativité éthique, mais qui ne doit en aucun cas être reléguée au second rang. Ainsi, deux législations coexistent désormais *sur un pied d'égalité* au sein de la métaphysique des mœurs; elles ne se distinguent pas tant par la nature et le contenu des obligations, des interdictions et des licitations qu'elles comportent que par la modalité de cette obligation. Leur différence n'est pas d'abord une différence des objets ou des domaines (comme on pourrait le croire en s'appuyant sur une distinction sommaire entre normes «externes» et «internes», entre *forum externum* et *forum internum*); elle est au premier chef une différence du type ou de la modalité de l'*obligation*:

La législation éthique [...] est celle qui ne saurait être extérieure; la législation juridique est celle qui peut aussi être extérieure [...] L'éthique possède certes aussi ses obligations particulières (par ex. les devoirs envers soi-même), mais elle a cependant aussi des obligations en commun avec le droit; ce qu'elle n'a pas en commun avec le droit, c'est seulement la modalité de l'*obligation*.¹⁵

Cette transformation de la topique kantienne de la normativité se traduit, me semble-t-il, par une modification du *sens* de la distinction entre légalité et moralité. Certes, au moment où elle est introduite dans l'Introduction générale de la *Métaphysique des Mœurs*, cette distinction paraît recouper exactement celle du droit et de l'éthique¹⁶, surtout si l'on admet, comme certains commentateurs et traducteurs, que «conformité à la loi» (*Gesetzmässigkeit*) et «légalité» sont exactement

¹⁴ Dans l'Introduction de la *Métaphysique des Mœurs*, «l'anthropologie morale» est définie comme le pendant d'une métaphysique des mœurs; cette anthropologie «ne peut en aucune manière précéder la métaphysique des mœurs ni être fondue avec elle» (Ak. VI, 217; *MM*, 167).

¹⁵ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 220; *MM*, 171 (trad. mod.).

¹⁶ Voir Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 214; *MM*, 163 (trad. mod.): «Ces lois de la liberté se nomment *morales*, à la différence des lois de la nature. Dans la mesure où elles ne concernent que des actions purement extérieures et leur conformité à la loi (*Gesetzmässigkeit*), elles sont désignées comme *juridiques*; mais dès lors qu'en outre elles (les lois) doivent elles-mêmes être les principes de détermination des actions, elles sont *éthiques* et l'on dit alors que l'accord avec les lois juridiques définit la *légalité* de l'action, l'accord avec les lois éthiques définit sa *moralité*».

synonymes chez Kant. Un peu plus loin, en revanche, dans la «Division d'une métaphysique des mœurs», les deux distinctions (légalité-moralité; droit-éthique) paraissent ne plus se recouper exactement. La législation éthique, écrit Kant, «fait d'une action une obligation et érige en même temps cette obligation en ressort (*Triebfeder*)»; en revanche, la législation juridique «n'intègre pas le ressort dans la loi et [...] admet un autre ressort que l'idée de l'obligation elle-même»¹⁷. Il en résulte que «les obligations pratiquées d'après la législation juridique ne peuvent être que des obligations extérieures» et requièrent un «ressort extérieur»¹⁸ (par exemple, la crainte de la sanction); la législation éthique, en revanche, peut porter aussi bien sur des actions extérieures que sur des actions intérieures, puisque ce qui la caractérise n'est pas le domaine d'objet sur lequel elle porte mais le mode de rapport du sujet à l'action (intérieure ou extérieure) prescrite par la norme. De ce fait, la législation éthique «ne peut être extérieure»¹⁹. La distinction entre légalité et moralité, qui réapparaît dans le même contexte, n'est pas identique à celle des deux législations, même si elle lui est corrélative: elle concerne en effet les actions et non la modalité de l'obligation qui s'y attache. La légalité désigne ainsi «la simple concordance ou non-concordance d'une action avec la loi, abstraction faite du ressort de cette action», alors que la moralité désigne la situation où «l'idée de l'obligation issue de la loi est en même temps le ressort de l'action»²⁰. Il en résulte que le sujet peut parfaitement faire un usage simplement «légal» de normes qui sont en elles-mêmes éthiques, ainsi lorsqu'il observe par simple conformisme ou par hypocrisie des prescriptions qui exigent pourtant objectivement l'engagement éthique de la subjectivité. Il peut aussi, en un sens même il doit ou devrait avoir un rapport «moral» (c'est-à-dire éthique) aux normes juridiques, c'est-à-dire se faire une obligation de les respecter non par crainte de sanctions, mais parce qu'il se considère comme un devoir éthique de se conformer dans son action aux règles du droit. L'intérêt qu'il y a à distinguer la nature de la norme (juridique ou éthique selon le type d'engagement de la subjectivité qu'elle appelle) et le caractère des actions (légal ou moral, selon la manière dont tel ou tel sujet les rapporte à des normes) se manifeste clairement dans le cas, auquel Kant fait un sort privilégié, du «droit de mentir». Dans le petit texte qui porte sur ce sujet, tout comme dans l'Introduction de la *Métaphysique des mœurs*, Kant insiste sur le fait que sa proscription, ainsi que l'obligation réciproque de véridicité, ne relève pas de l'éthique, mais du droit strict: «ce n'est pas dans l'éthique, mais dans le *Jus* que s'inscrit la législation selon laquelle des promesses consenties doivent être tenues»²¹. On reviendra un peu plus loin

¹⁷ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 219; *MM*, 169 (trad. mod.).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 219; *MM*, 170.

²⁰ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 219; *MM*, 169 (trad. mod.).

²¹ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 219; *MM*, 170. La réponse à Constant indique de même que, s'agis-

sur ce point, mais on peut d'ores et déjà tirer une première leçon de cet examen du mode de fonctionnement de la normativité. La distinction de deux types de normativité (éthique et droit) n'est pas tant une hiérarchie (les normes de droit sont pleinement des normes, des normes qui ne sont pas moins obligatoires que les normes éthiques) qu'une coordination horizontale entre deux «modalité[s] de l'obligation», entre deux manières de penser le rapport du sujet à la normativité: de prime abord, le droit prescrit (ou interdit, ou autorise) des *actions*, l'éthique prescrit (ou interdit, ou autorise) des *fins obligatoires*²².

Le manque d'attention porté à ces importantes distinctions a provoqué un contresens fréquemment commis sur les deux appendices bien connus de l'écrit sur la paix perpétuelle, qui traitent respectivement de la «discordance» et de la «concordance» de la morale et de la politique. Lorsque Kant affirme que les politiciens devraient «plier le genou devant [la morale], il ne s'agit pas de l'éthique (dont l'invocation en un discours vertueux masque souvent les pires violations du droit de la part des machiavéliens primaires, si on ose les nommer ainsi), mais de «la morale en tant que doctrine du droit»²³. A cette occasion, Kant précise, dans le 2^e appendice, qu'il faut distinguer deux significations du terme «morale»: une signification éthique et une signification juridique²⁴. Et c'est bien à celle-ci que le «politicien moral» doit ou devrait conformer ses maximes, et surtout sa pratique. De fait, le droit seul, et non pas l'éthique, est en mesure de prescrire des normes valides et efficaces à la politique et aux politiciens. D'une manière plus générale, il y a dans tous les écrits kantien des années 1795 et suivantes un effort visible de revalorisation de la normativité juridique, de la «simple légalité» en regard de la moralité. C'est ainsi, par exemple, que *Le conflit des Facultés* (1798) insiste, en sa deuxième section, sur le progrès authentique et vérifiable – le seul qui soit susceptible de l'être, en vérité – que sera «non une quantité toujours croissante de la *moralité* de la disposition d'esprit (*Gesinnung*), mais une augmentation des effets de sa *légalité* dans les actions conformes à l'obligation, quel que soit le ressort qui les provoque»²⁵. Qu'il y ait dans l'histoire un «progrès moral» (au sens éthique) est hautement discutable, et surtout invérifiable; en revanche, le progrès du droit, qui tend asymptotiquement vers l'établissement d'une constitution républicaine, voir d'une «société cosmopolite»²⁶, est d'une part (indirectement) vérifiable, d'autre part éminemment souhai-

sant du «prétendu droit de mentir», «c'est d'un devoir de droit qu'il est question» (Ak. VIII, 426; *Droit de mentir*, 68).

²² De prime abord, car en réalité on verra que le droit définit surtout des normes permissives (des droits), alors que l'éthique, nonobstant l'existence d'*adiaphora*, (voir *MdS*, *Tugendlehre*, Ak. VI, 409; *MM*, *Vertu*, 256). contient des obligations (prescriptions ou interdictions).

²³ Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 383, 384.

²⁴ Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 386.

²⁵ Kant, *Der Streit der Fakultäten [Streit]*, Ak. VII, 91; *Le conflit des Facultés*, Vrin 1973, 109 (trad. mod.).

²⁶ Kant, *Der Streit der Fakultäten*, Ak. VII, 92; *Le conflit des Facultés*, 109.

table. Sans doute est-on en droit et en devoir d'espérer un progrès éthique des hommes et d'y œuvrer; mais un «eudémonisme moral», avec ses «espérances sanguinaires», «paraît intenable»²⁷. Dans ses derniers écrits de philosophie pratique, Kant valorise donc fortement le droit et cherche à garantir son autonomie à l'égard des revendications éthiques. Le «concept du droit», ce «concept purement moral»²⁸, et son couronnement, la constitution républicaine, sont, de par leur simple possibilité idéale, ce qui donne sens à l'idéal des Lumières et ce qui atteste du pouvoir normatif de la raison. Il est donc légitime d'affirmer que la philosophie pratique de Kant, prise dans son évolution, tend vers une plus grande autonomie du droit en regard de l'éthique, alors que celle-ci occupait le devant de la scène dans les écrits de 1785-1787. Ceci doit nous conduire à préciser ce qu'il en est de la nature de la normativité juridique dans la conception du droit qui est celle du dernier Kant.

2. Caractères distinctifs du droit

Les normes juridiques, on l'a dit, exigent une conformité extérieure de l'action avec la loi, alors que les normes éthiques impliquent aussi une adhésion «intérieure» des destinataires à la norme. Mais ceci ne signifie pas que les premières seraient moins des normes, ou des normes de moindre dignité que les secondes. Il y a au contraire – c'est en tout cas ce qui me paraît ressortir d'une lecture attentive de la *Métaphysique des Mœurs* – une structure *a priori* de la normativité qui est commune aux deux parties de la métaphysique des mœurs: cette structure est énoncée dans le système kantien par la «loi fondamentale de la raison pure», dont l'énoncé canonique est le suivant:

Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse valoir en même temps comme principe d'une législation universelle.²⁹

Selon moi, on est en droit d'affirmer que ce «principe U», ainsi que le nomment Habermas et Apel, est commun aux deux domaines parallèles de la législation morale (au sens élargi de «philosophie pratique/normative»), et qu'il y a par conséquent un impératif catégorique juridique tout comme il y a un impératif catégorique éthique, ces deux impératifs, identiques quant à leur structure, étant rigoureusement de même

²⁷ Kant, *Der Streit der Fakultäten*, Ak. VII, 81; *Le conflit des Facultés*, 97 (trad. mod.). L'adjectif «sanguinaire», remplacé par «vain» dans la traduction française citée, montre bien que Kant, lorsqu'il évoque la «conception eudémoniste de l'histoire», pense d'abord à la Révolution française et à son évolution en Terreur. Et l'on doit ici se souvenir du mot de Hegel sur Robespierre.

²⁸ Kant, *Der Streit der Fakultäten*, Ak. VII, 86; *Le conflit des Facultés*, 102.

²⁹ Kant, *KpV*, Ak. V, 30; *CRprat*, 126.

poind³⁰. C'est cet impératif catégorique juridique que Kant désigne du nom de «principe universel du droit». Il est, comme on le sait, formulé de la façon suivante:

Toute action est juste (*recht*) qui peut faire coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout autre selon une loi universelle, ou dont la maxime permet cette coexistence.³¹

Si ce n'était pas le cas, s'il n'y avait pas d'impératif *catégorique* juridique, il ne pourrait tout bonnement pas y avoir de *métaphysique* du droit, autrement dit de doctrine *a priori* des principes juridiques, mais seulement des règles de droit empiriques, qui seraient simplement factuelle («positives») et non pas normativement obligatoires. La *Métaphysique des Mœurs*, singulièrement en sa première partie (qui expose les «premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit») offre de la sorte une conception que l'on peut dire désubjectivée de la normativité. Ceci ne signifie nullement que les dispositions subjectives et leur éventuelle «moralité» (ou plus exactement leur «éthicité» au sens kantien du terme *Sittlichkeit*) soient superflues. Mais leur prise en compte n'est pas requise dans une définition minimale ou stricte du droit. Cette élévation du droit au rang de sphère autonome de normativité jouissant d'une validité *a priori* trouve une illustration frappante dans le petit écrit sur «un prétendu droit de mentir par humanité», déjà évoqué plus haut. Dans cet essai polémique, dirigé comme on le sait contre Benjamin Constant³², Kant affirme que l'interdiction catégorique du mensonge (que Constant disait devoir être tempérée par des «principes intermédiaires») peut être établie sur le seul terrain du *droit*, sans faire aucunement référence à des normes éthiques. En effet, la véridicité (ici, l'obligation de tenir la promesse faite) est une présupposition nécessaire du commerce juridique, comme l'avait déjà vu Hume, puisque la possibilité même d'actes contractuels en dépend³³. Bien entendu, le respect de *toutes* les normes juridiques est aussi impliqué

³⁰ Je me démarque ainsi de la thèse soutenue par H. F. Fulda dans son remarquable article: «Notwendigkeit des Rechts unter Voraussetzung des kategorischen Imperativs der Sittlichkeit», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 14 (2006), 167-213. Il me semble que le présupposé de Fulda, à savoir que la conceptualité et la topique des écrits kantien de 1785-1787 et celle des écrits de 1795-1797 est identique, peut être contesté. A ma connaissance, l'expression «impératif catégorique de l'éthique» n'apparaît plus dans les textes de la dernière période, et pour cause.

³¹ Kant, *MdS, Rechtslehre*, Einleitung, § C, Ak. VI, 230; *MM, Droit*, p. 17.

³² Il s'agit de *Des réactions politiques* (1796), in Constant, *De la force du gouvernement actuel... et autres textes*, Champs-Flammarion 1988, notamment 131-139.

³³ Voir Kant, *Über ein vermeintes Recht...*, Ak. VIII, 427; *Sur un prétendu droit de mentir par humanité*, in Kant, *Théorie et pratique. Droit de mentir*, Vrin 1972, 67-73. Voir *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 220-221 (*MM*, Introduction, 170-171): «Ce n'est pas dans l'éthique, mais dans le *Jus* que s'inscrit la législation selon laquelle des promesses consenties doivent être tenues [...] Ce n'est pas un devoir de vertu de tenir sa promesse, mais c'est un devoir de droit, à l'accomplissement duquel on peut être contraint». Comparer avec Hume, *A Treatise of Human Nature*, III, V (*Traité de la nature humaine*, III, section 5: «De l'obligation des promesses», GF-Flammarion 1999, 121 sq).

par la législation éthique, dont c'est une norme générale qu'il faut se conformer aux règles du droit; mais cela veut seulement dire que nous avons une raison *éthique* (Kant dit: un mobile ou un ressort, *Triebfeder*) de nous conformer subjectivement à une norme dont la validité est cependant indépendante du consentement que nous *devons* lui apporter, mais que nous ne lui apportons pas toujours:

Toutes les obligations, simplement parce qu'elles sont des obligations, appartiennent à l'éthique; mais leur législation n'est pas toujours pour autant contenue dans l'éthique.³⁴

De ce rapide examen des textes introductifs de la *Métaphysique des Mœurs*, J'en nous pouvons conclure à l'existence d'une sphère de normativité juridique *a priori* (il y a des impératifs juridiques catégoriques, comme il y a des impératifs catégoriques éthiques). Cela signifie deux choses.

1/ La législation juridique, bien qu'elle «puisse aussi être extérieure», alors que la législation éthique «ne saurait être extérieure»³⁵, ne se situe pas à un degré inférieur: elle est, tout autant que l'autre, une *législation*, ce qui implique qu'elle n'a pas une moindre dignité normative. Il ne saurait y avoir de hiérarchie entre des impératifs catégoriques, puisque ceux-ci présentent une même structure «formelle», celle d'une règle ou d'un test d'universalisabilité. On n'évoquera ici que pour l'oublier aussitôt le contresens, fréquemment commis, selon lequel les normes juridiques ne seraient pas des impératifs catégoriques, mais seulement des impératifs hypothétiques. S'il en était ainsi, étant donné que les impératifs hypothétiques ne relèvent pas à proprement parler de la métaphysique des mœurs, mais seulement de l'anthropologie³⁶, il n'y aurait aucun sens à entreprendre de constituer une métaphysique du droit, c'est-à-dire une doctrine des principes *a priori* de toute législation positive possible, et la métaphysique des mœurs se réduirait – comme Kant paraissait le penser lors de la rédaction de la *Grundlegung* et de la *Critique de la raison pratique* – que la législation morale se réduit à l'éthique.

2/ Cette égale dignité des deux domaines de la législation morale (droit et éthique) n'est pas incompatible avec une différenciation formelle des types d'impératifs à l'œuvre dans l'un et dans l'autre. La distinction commune, à laquelle Kant lui-même ne se prive pas de recourir, entre *forum internum* et *forum externum* n'est pas forcément probante; la formule précitée («la législation juridique est celle qui peut aussi être extérieure») l'indique clairement. Bien que les propos explicites de Kant à ce sujet ne soient pas très précis, voire contradictoires, on peut peut-être mettre en rapport la distinction entre normativité juridique et normativité éthique avec celle

³⁴ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 220; *MM*, Introduction, 170.

³⁵ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 221; *MM*, Introduction, 171.

³⁶ Voir notamment Kant, *Grundlegung*, Ak. IV, 420 (*Fondation*, GF, 96); *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 218 (*MM*, Introduction, 167).

qui est faite par ailleurs entre trois types de normes: la loi impérative (*lex praeceptiva*), la loi prohibitive (*lex prohibitiva*) et la loi permissive (*lex permissiva*)³⁷. Seules les lois impératives et les lois proscriptives sont à proprement parler des lois; la permission d'accomplir une action ne nous fait connaître qu'un *adiaphoron morale*³⁸. Toutefois, l'opposition entre prescription et interdiction ne saurait prétendre à l'exhaustivité; c'est pourquoi, si l'on veut que la loi morale (le principe U) ne soit pas seulement générale, mais universelle, il faut combiner à la règle prescriptive ou proscriptive un corollaire permissif, ce qui donne quelque chose comme: 1/ toute action du type a, b, c... est interdite (ou proscrite); 2/ toute action qui n'est pas du type a, b, c... est licite³⁹. S'il est vrai que l'éthique a pour spécificité de prescrire des fins obligatoires, alors que le droit a pour destination d'encadrer normativement la licéité des actions⁴⁰, on est tenté de conclure que la différence formelle entre normes éthiques et normes juridiques est que les premières combinent prescription et permission, alors que les secondes associent interdiction et permission. Mais il est vrai que Kant ne dit jamais les choses aussi nettement.

3. Le droit cosmopolitique comme droit

Le motif cosmopolitique surgit dans les écrits des années 1780, notamment dans le titre même de l'*Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*. Il traverse ensuite les écrits des années 1790, dans lesquels il croise de manière complexe le thème de la paix perpétuelle. Jusqu'au bout, Kant paraît hésiter entre deux conceptions de la *cosmopolis*, que je qualifierai respectivement d'inflationniste et de déflationniste. Selon la première, la fin morale que l'humanité doit prescrire à son agir est l'instauration d'un Etat des peuples (*Völkerstaat*), d'une république mondiale (*Weltrepublik*), voire d'un «Etat universel des hommes» (*allgemeiner Menschenstaat*) qui serait l'unique moyen pensable en vue d'une proscription absolument souhaitable de la guerre⁴¹. Selon la seconde, le droit cosmopolitique «doit

³⁷ Voir Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, 223; *MM*, Introduction, 175.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voir Kant, *MdS*, *Rechtslehre*, § 16, Ak. VI, 267 (*MM*, *Droit*, 65); *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 347 FN (*Paix perpétuelle*, PUF1974, 87).

⁴⁰ Kant, *MdS*, *Tugendlehre*, Einleitung, Ak. VI 380; *MM*, *Vertu*, 219: «La doctrine du droit avait uniquement affaire à la condition formelle de la liberté extérieure [...], c'est-à-dire au droit. L'éthique, en revanche, procure en outre une matière, (un objet du libre arbitre), une fin de la raison pure qui est en même temps représentée comme objectivement nécessaire, c'est-à-dire comme une obligation pour l'être humain».

⁴¹ Voir respectivement Kant, *Gemeinspruch*, Ak. VIII, 312-313 (*Théorie et pratique*, 59); Ebauche de *Zum ewigen Frieden*, Ak. XXIII, 169; *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 349 (note).

se restreindre aux conditions d'une hospitalité universelle»⁴². En réalité, il ne s'agit pas d'une hésitation, mais d'une tension insoluble entre une perspective normative et les formes concrètes permettant de tendre, sans jamais y parvenir, à sa pleine réalisation. Mais il convient de noter que ces deux conceptions, maximale et minimale (un minimum qui va bien au-delà de l'état présent du monde...), sont l'une et l'autre de nature strictement juridique:

Cette idée rationnelle d'une complète communauté pacifique, sinon encore amicale, de tous les peuples de la terre [...] n'est pas quelque principe philanthropique (éthique), mais un principe *juridique*.⁴³

Le droit cosmopolitique, quelle que soit son acception, est d'abord du *droit*; par conséquent, il ne prescrit pas une fin obligatoire (éthique), il se borne à définir les conditions extérieures autorisant entre les individus, ou entre les peuples, certains rapports de droit.

L'interprétation inflationniste du motif cosmopolitique est surtout développée dans des écrits relevant non pas de la métaphysique des mœurs, en tant qu'elle constitue la partie pure (et purement normative) de la philosophie pratique, mais de l'anthropologie morale, qui se soucie de l'application de ces principes à la *nature* humaine en tant qu'objet de l'expérience⁴⁴. On oublie trop souvent, lorsqu'on commente l'*Idée d'une histoire universelle*, qu'il s'agit d'un texte relevant non de la philosophie pratique pure, mais de la philosophie pratique appliquée (anthropologie), restriction qui est pourtant indiquée d'emblée par l'exclusion explicite du propos de la question de la nature de la liberté: «Quel que soit le concept qu'on se fait, d'un point de vue métaphysique, de la liberté du vouloir, ses manifestations phénoménales, les actions humaines, n'en sont pas moins déterminées, exactement comme tout événement naturel, selon les lois universelles de la nature»⁴⁵. Cette précision relativise la portée des considérations que propose ce texte sur la perspective d'instauration d'un «état (*Zustand*) cosmopolitique universel» prenant la forme d'un «grand corps politique futur»⁴⁶. Elles relèvent de ce que Kant nommera ultérieurement «histoire conjecturale» ou «histoire prophétique»⁴⁷, laquelle cherche

⁴² Voir Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 357 (titre du 3^e article définitif)

⁴³ Kant, *MdS, Rechtslehre*, § 62, Ak. VI, 352 (*MM, Droit*, 179). Voir également *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 358.

⁴⁴ Voir Kant, *MdS, Einleitung*, II, Ak. VI, 216-217.

⁴⁵ Kant, *Idee einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht [Idée]*, Ak. VIII, 17; *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique [Idée]*, in *Opuscules sur l'histoire*, trad. Piobetta, GF-Flammarion 1990, 69.

⁴⁶ Kant, *Idee*, Satz 8, 38; *Idée*, 85-86 (trad. mod.).

⁴⁷ Voir respectivement Kant, *Mutmasslicher Anfang der Menschengeschichte*, Ak. VIII, 109 (*Opuscules sur l'histoire*, 145) et *Streit*, Ak. VII, 84 (*Le conflit des Facultés*, 99).

dans l'expérience des éléments permettant, grâce à l'exercice du jugement réfléchissant, de concevoir l'idée (téléologique) du terme d'un processus, et non pas de l'exercice normatif de la raison pratique, qui prend toujours la forme de jugements déterminants. Au demeurant, la philosophie pratique *pure*, on peut le constater à la lecture de la *Métaphysique des Mœurs*, n'est aucunement affectée par l'introduction de la thématique du jugement réfléchissant (qu'il soit de goût ou de finalité). En effet, c'est seulement par rapport à une *nature* que peut se poser le problème d'une éventuelle légalité du contingent. Les obligations pratiques, quant à elles, ont dans l'autonomie de la raison pure la seule origine de leur obligatorité: elles illustrent le pouvoir qu'a la raison de soumettre l'arbitre (*Willkür*) aux lois d'une volonté rationnelle qui, «dans la mesure où elle peut déterminer l'arbitre, est la raison pratique elle-même»⁴⁸. Par conséquent, le motif cosmopolitique, tel qu'il intervient dans l'*Idée*, dans *Théorie et pratique* ou dans *Le conflit des Facultés*, n'a pas véritablement de portée normative: il ne définit pas un *Sollen*, mais seulement une perspective contrefactuelle offrant une grille sensée d'interprétation de phénomènes qui restent «naturels», même si c'est la nature *humaine* qu'ils affectent. Kant ne dit pas que nous devons œuvrer à réaliser une «situation cosmopolitique universelle», mais que nous avons de bonnes raisons de faire comme si «la nature» y travaillait secrètement et pour ainsi dire malgré nous.

Dans d'autres passages, en revanche, Kant développe une interprétation «déflationniste» du motif cosmopolitique. C'est le cas, à ce qu'il me semble, de l'écrit sur la paix perpétuelle et de la *Doctrine du droit*, mais aussi de *Théorie et pratique*. C'est dans cet écrit de 1793, en effet, qu'apparaît un argument qui va se retrouver ultérieurement, toujours à l'appui d'une interprétation faible du cosmopolitisme: s'il est vrai que l'établissement d'une «constitution cosmopolitique» ou d'un *Völkerstaat* comporterait le risque du «plus terrible despotisme»⁴⁹, alors on doit aspirer moins à l'institution d'une «république mondiale»⁵⁰ qu'à l'établissement des rapports de droit aussi bien entre Etats (droit international visant à la mise en place d'une Fédération d'Etats administrant pacifiquement le droit) qu'entre individus et Etats (droit cosmopolitique assurant une «hospitalité universelle» aux individus tentés ou contraints de s'expatrier). Ainsi compris, le droit cosmopolitique prescrit seulement les conditions dans lesquelles les individus, compris comme «habitants du monde» et non pas comme citoyens d'un Etat particulier, peuvent développer leur activité en dehors de l'Etat dont ils sont les ressortissants, «entrer dans un rapport continuuel de chacun avec tous les autres consistant à se prêter au commerce réciproque»⁵¹. Il ne s'agit pas, précise la *Paix perpétuelle*, d'un «droit d'hospita-

⁴⁸ Kant, *MdS*, Einleitung, Ak. VI, p. 213; *MM*, Introduction, *MM* R 1, p. 162.

⁴⁹ Kant, *Gemeinspruch*, Ak. VIII, 311; *Théorie et pratique*, 56.

⁵⁰ Voir Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 357.

⁵¹ Kant, *MdS*, *Rechtslehre*, § 62, Ak. VI, 352; *MM*, *Droit*, 178.

talité auquel [l'individu] pourrait prétendre», car «on peut refuser de le recevoir», mais d'un «droit de visite» permettant à chaque homme de «tenter de lier commerce avec les indigènes»⁵². Certes, le commerce (*Verkehr, commercium*), compris comme «action réciproque physique», ne se limite pas aux activités commerciales et économiques; mais les différents exemples évoqués par Kant renvoient à ce registre. C'est pourquoi il est permis de formuler l'hypothèse que le droit cosmopolitique, compris en sa signification étroite, occupe chez Kant la place de ce que l'on nomme aujourd'hui le *droit international privé*: il a vocation à encadrer de manière normative les pratiques économiques et commerciales en dehors du territoire national, de façon à permettre d'une part une «mondialisation» des échanges, mais à prévenir d'autre part les débordements, voire la sauvagerie de la colonisation, sur la réalité de laquelle le jugement de Kant est très sévère: il fustige par exemple la «conduite inhospitalière des Etats civilisés, en particulier des Etats commerçants de notre continent»⁵³. Ainsi entendu, et malgré les limites historiques évidentes du propos (Kant envisage exclusivement la colonisation du monde par l'Europe, mais n' imagine évidemment pas le phénomène bien plus tardif d'émigration massive de ressortissants du «Tiers monde» en direction des pays économiquement développés), le «droit cosmopolitique» de Kant peut être compris comme une manière audacieuse d'affronter le problème de la constitution d'une société civile mondiale (la véritable *cosmopolis*) relevant de fait d'une autre économie normative que le droit *étatique*, interne ou externe.

Il est vrai, et je l'ai dit plus haut, que Kant ne choisit pas vraiment entre les deux interprétations, forte et faible, du droit cosmopolitique. Il écrit par exemple à la fin du second article définitif en vue de la paix perpétuelle, que l'idée de la Fédération d'Etats ou de Société des Nations (*Völkerbund*) administrant le droit et arbitrant pacifiquement les contentieux de ses membres n'est que le succédané (*Surrogat*) de celle de république mondiale ou de *Völkerstaat*⁵⁴. Il semble donc bien que, sur le terrain du droit «international» (dont il remarque par ailleurs justement qu'il vaudrait mieux le nommer «interétatique» que «international»⁵⁵), et malgré la critique décisive qu'il adresse lui-même à l'idée d'Etat mondial, Kant ne renonce pas à la perspective d'une unification politique du genre humain, au moins au titre de norme idéale. Mais, à défaut de la réalisation, hautement improbable, de celle-ci, l'existence (à tout le moins théorique) d'un droit *méta-étatique* comme le droit cosmopolitique est l'indice de ce que «l'idée d'une association juridique des hommes sous des lois publiques en général»⁵⁶ excède en extension celle d'un droit strictement étati-

⁵² Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 358.

⁵³ Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 358.

⁵⁴ Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 357.

⁵⁵ Kant, *MdS, Rechtslehre*, § 53, Ak. VI, 343; *MM, Droit*, 167.

⁵⁶ Kant, *MdS, Rechtslehre*, Beschluss, Ak. VI, 355; *MM, Droit*, 183.

que (ou interétatique). Kant, et ce n'est pas le moindre intérêt qu'il a pour nous, a aperçu qu'une pensée rigoureuse du droit implique un débordement du cadre «statocentré» de la philosophie moderne du droit; ce débordement, qui s'opère à la fois par en bas (le droit *privé* doit, quant à son concept, être pensé indépendamment de la condition d'effectivité qu'est pour lui l'ordre du droit étatique) et par en haut (le droit *cosmopolitique* «minimal» définit le cadre conceptuel d'un droit international privé à venir), est la condition de pensabilité d'un «droit des hommes en général»⁵⁷ – un droit qui ne se réduit pas aux droits de l'homme.

⁵⁷ Kant, *Zum ewigen Frieden*, Ak. VIII, 360.