



Le regard du jusnaturaliste : la nature humaine, source du droit

par Xavier Dijon

Xavier Dijon est jésuite, docteur en droit, agrégé de l'enseignement supérieur. Il est Professeur émérite à la Faculté de droit, Université de Namur.

Il est Auteur invité à l'ECLJ.

Le présent article est un extrait reproduit avec l'aimable autorisation de l'éditeur, les [Presses de l'Université Saint-Louis](#).

Pour citer cet article : Xavier Dijon, Le regard du jusnaturaliste : la nature humaine, source du droit, *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, 2013, Presses de l'Université Saint-Louis, pp. 809 à 862.

Dans la même série :

Michel Bastit, *La justice, selon Aristote (Éthique à Nicomaque, Livre V)*, ECLJ, Série de philosophie du droit, ([en ligne](#)), Juin 2020.

Michel Labourdette, *Cours de théologie morale, Tome 1. Morale Fondamentale*, Coll. Bibliothèque de la revue thomiste, Parole et Silence, 2010, pp. 647 à 722 ([en ligne](#)).

Xavier Dijon, Insaisissable dignité. En hommage au Professeur Sergio Cotta, *Politica.eu*, n° 1, juin 2017, pp. 22 à 45 ([en ligne](#)).

Le regard du jusnaturaliste : la nature humaine, source du droit

Xavier DIJON

Professeur émérite aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur)

Le choix du séminaire : le positivisme *soft*

Les sources du droit telles que présentées lors des séances du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (SIEJ) qui nous vaut le présent ouvrage sont explicitement limitées par une clôture positiviste : le devoir-être (*Sollen*) inhérent au droit est recherché dans les données positives, principalement celles du *discours*, tenu tant par le pouvoir (constituant, législatif, exécutif, judiciaire, ou encore signataire d'un traité) que par les sujets (auteurs d'actes unilatéraux ou bilatéraux), mais peut-être aussi celles des *pratiques* adoptées par ces mêmes acteurs.

Qu'il s'agisse de discours ou de pratiques, on voit en tout cas que le devoir-être juridique dépend d'une *décision* prise par les « auteurs » du droit, lorsqu'on parle, par exemple, de la loi adoptée à la majorité parlementaire, du traité international signé par les parties contractantes, du testament olographe rédigé par le testateur, de l'arrêt rendu par le Conseil d'État, du code de bonne conduite formulé par un consortium d'entreprises, de la pratique adoptée par le Parquet, etc. Devant cette grande diversité de décisions, prises d'ailleurs avec plus ou moins de vigueur (puisqu'elles descendent de la sévère injonction jusqu'à la simple recommandation) et à des niveaux très différents (montant de l'acte individuel à la convention internationale, en passant par la loi fédérale ou la norme régionale), on comprend qu'un Séminaire veuille *revisiter* ces sources pour y mettre un

peu d'ordre afin que chacun (à commencer par le juge) sache à quoi s'en tenir.

Le point de vue jusnaturaliste obligeamment accueilli pour collaborer à cette tâche ne récuse évidemment aucune des questions ici posées, par exemple quant à la force obligatoire des divers discours (et pratiques) tenus par les auteurs du droit sur un problème déterminé, au sens à donner à leurs dispositions ou à leur hiérarchisation, ou encore quant à la conciliation de leurs contradictions, etc. Mais la conviction jusnaturaliste insiste sur le fait que ces questions ne peuvent finalement se résoudre si le chercheur limite sa « visite » (ou *revisite*) des sources aux clôtures dressées par la positivité du droit. Car la question portant sur l'instance qui fait droit dans le droit doit nécessairement sauter ces clôtures si elle veut obtenir l'ultime réponse sur les sources.

Ce mouvement s'oriente, dirons-nous, dans les quatre directions de l'espace : *en-deçà* de la positivité, à la recherche de la source ; *en-dessous* d'elle, dans la condition corporelle des humains, *au-delà* d'elle, dans ses fins, *au-dessus* d'elle, dans la transcendance.

I. En-deçà : la tension

La question des sources ne peut recevoir une réponse adéquate dans l'assignation au droit d'une origine qui ne remonterait pas au-delà de ces *faits* que sont les ordres du pouvoir ou les pratiques des acteurs. On le voit tant à propos de la distinction des sources matérielles et formelles, que des règles de reconnaissance de L.H.A. Hart ou de la norme fondamentale de Kelsen. Ces impasses obligent à adopter une définition dialectique du droit.

A. La matière et la forme

Pour résoudre la question des sources du droit qui lui cause tant de difficultés, on comprend que le juriste soit tenté par le pragmatisme. Plutôt que de spéculer, – inutilement, pense-t-il –, sur ce que le droit pourrait signifier dans le parcours de l'existence (et de l'essence) humaine, il préfère souvent appeler « sources » les divers

«lieux» de formulation du droit tels qu'ils sont reconnus par le milieu ambiant de la société en général, des juristes et plus spécialement des juges en particulier. Dans cette perspective pragmatique, certes utile mais sans doute pas suffisante, la distinction entre sources matérielles et sources formelles du droit apparaît particulièrement intéressante. Or, avec cette distinction pratique, la question de la source du droit n'est pas résolue pour autant car le droit lui-même ne se laisse désigner, ni par une « matière » seule, ni par une « forme » seule, censées lui donner, à part l'une de l'autre, son caractère juridique.

Du côté des sources matérielles, les configurations géographiques, les réalités économiques ou les mouvements sociaux qui affectent, d'ailleurs en des sens divers, la population d'un pays, manifestent sans doute des poussées dont le législateur devra probablement tenir compte dans la formulation de la loi ; il n'empêche que ces données ne sont pas comme telles à l'origine du droit. Encore faut-il, en effet, que le législateur ait porté sur elles une évaluation qui lui permettra de formuler, à propos de ces données-là, une règle de droit. La « source matérielle » du droit ne doit donc pas, à proprement parler, être comprise comme la « source » qui donnerait au droit sa matière mais plutôt comme la matière sur laquelle se dira le droit. De telle sorte que reste entier le problème de la source proprement dite.

Quant à la source formelle, entendue comme « l'origine des règles de droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration ¹ », elle n'est pas davantage une source du droit, au sens propre du terme car, ici, c'est la « matière » qui manque. Il n'est pas vrai, en effet, que tous les discours (législatifs, réglementaires, judiciaires, doctrinaux...) prononcés par un auteur déterminé et dans les formes déterminées deviendraient du droit par le seul fait d'émaner de cet auteur et dans les formes prévues ; il faut, ici encore, confronter cette « source » à une tierce instance, en l'occurrence, comparer ce discours à la « matière », c'est-à-dire à la relation réelle que ce

¹ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *R.I.E.J.*, 2010, p. 6. C'est d'ailleurs dans ce sens formel que, sauf exception, le Séminaire lui-même entend le terme. L'auteur ajoute : « En privilégiant cette signification de la notion de source du droit, nous nous inscrivons dans une perspective positiviste. »

discours prétend régir, afin de vérifier si la parole prononcée par le pouvoir a réellement dit le droit que cette relation exigeait. Car l'histoire a assez montré que l'ordre du pouvoir, même formellement légal, n'a pas toujours correspondu aux exigences du droit.

Bref, en-deçà de la distinction entre les sources formelles et les sources matérielles du droit, commode sans nul doute pour les besoins de la pédagogie mais insuffisante pour rendre compte de l'instance qui fait droit dans le droit, nous ne pouvons pas faire l'économie d'une source proprement fondatrice, laquelle tiendrait ensemble la matière qui fait l'objet du droit et la forme qui l'énonce. Et si cette source était la nature humaine ?

Pour montrer la nécessité d'une telle remontée en-deçà de la division entre matière et forme, nous posons d'abord, en lien avec les règles de reconnaissance de H. L. A. Hart, la question de savoir qui a le droit de désigner la source du droit.

B. La reconnaissance de la tension

Quel est le droit qui permet de reconnaître le droit ? Si, par exemple, un séminaire universitaire de recherche veut en « revisiter » les sources, de quel *droit* peut-il prendre sur lui cette tâche ? On répondra que, ce faisant, le Séminaire entend faire œuvre de doctrine. D'accord, mais cette œuvre doctrinale elle-même sera-t-elle considérée comme une source de droit ? Nous reviendrons, d'ailleurs brièvement, sur le débat (récurrent) qui consiste à savoir si la doctrine est une source de droit, mais, plus profondément, nous cherchons ici à savoir de quel droit les participants du séminaire désigneraient eux-mêmes les sources (par exemple formelles) du droit. Sinon, n'est-ce pas plutôt lui, le séminaire, qui se prendrait pour la source du droit ? En désignant les sources, en effet, ne se trouve-t-il pas d'emblée situé en amont d'elles ?

1. Le droit de désigner le droit

S'il s'agissait seulement de chercher l'endroit où creuser le trou pour trouver la nappe phréatique qui alimentera le puits, il suffirait de demander au sourcier d'exercer son art pour indiquer la meilleure place du forage. Car, dans ce genre d'exercice-là, le succès de

l'opération est vérifiable de manière objective : le forage a bel et bien donné (ou n'a pas donné) l'eau à tel endroit. Mais l'opération valable pour l'eau ne se vérifie pas de la même manière pour le droit.

Qui pourra en effet vérifier que le droit coule à l'emplacement que l'on aura désigné ? Puisque le droit ne dit pas ce qui *est*, mais ce qui *doit* être, il ne se laisse pas voir « de fait » comme l'eau. Or, qui détient le droit d'indiquer l'endroit de ce qui *doit* être ? On répondra sans doute que c'est le pouvoir (constituant, législatif, exécutif ou judiciaire) qui prend cette décision-là. Certes, mais cette décision du pouvoir est-elle, par elle-même, du droit ? En d'autres termes, peut-on dire que le pouvoir soit *la* source du droit ? Sans doute ce pouvoir se trouve-t-il à la source, pour formuler ce droit, mais il a besoin d'une autre référence que lui-même pour l'énoncer valablement.

Tel est d'ailleurs le sens de l'État de droit, défini comme l'État où le pouvoir ne peut agir de façon arbitraire : il n'a pas tous les pouvoirs ; il est soumis au droit, à la norme. Or si nous voulons tenir jusqu'au bout cette définition de l'État de droit, nous ne pouvons pas nous contenter de dire que le droit a pour source le commandement du pouvoir. Car dans ce cas, c'est le pouvoir qui serait au-dessus de la norme et non plus, comme le demande l'État de droit, la norme au-dessus du pouvoir.

Qui a le droit de désigner le droit ? Le serpent mord sa queue, car l'autorité (doctrinale par exemple) qui désigne la source du droit doit déjà être elle-même en droit de le faire. Le problème ici soulevé est donc probablement insoluble. C'est que la forme juridique ne peut pas se désigner d'elle-même. Il faut un « ailleurs » du système. N'est-ce pas cette nécessité que rappelait déjà, en logique, le théorème de Gödel quant à l'inadéquation irréductible entre le système et ce qu'il représente² ? Avec ce corollaire particulièrement important, formulé par Jean Ladrière : « Il est impossible de représenter dans un système formel répondant aux hypothèses du théorème la démonstration de la non contradiction de ce système ». Dès

² Ainsi en va-t-il, par exemple, du paradoxe du menteur : quand il dit : « je mens », il dit vrai, mais quand il dit : « c'est vrai », alors c'est faux.

lors, « pour démontrer la non-contradiction d'un système formel, il est nécessaire de faire appel à des procédés de preuve qui sont étrangers au système et donc, en un sens, plus puissants que ceux dont il se sert³ ».

Mais s'il faut nécessairement sortir du droit pour désigner le droit, où trouver les « procédés plus puissants » qui permettront au chercheur téméraire de s'acquitter de cette tâche ? Pour résoudre l'énigme, ne convient-il pas d'ouvrir la forme du droit pour l'introduire dans la tension toujours vive qui sépare, – et qui unit, dans la nature humaine –, le pouvoir, d'une part, la valeur éthique de l'autre ?

La forme juridique dépend d'une formulation dite par le pouvoir, sans pour autant se laisser absorber par cette origine. Le pouvoir va *indiquer* le droit, mais sans se donner le droit, à peine de contradiction, de s'en dire lui-même la source. Sinon, en effet, nous restons dans le domaine du fait, et nous n'avons pas encore accédé au droit.

2. Le positivisme

Rien n'empêche, bien sûr, d'adopter la position qui réduit purement et simplement le droit au fait. Ainsi procède par exemple Lucien François lorsque, analysant le droit sous son microscope théorique, il y découvre cet « atome » qu'est le *jurème*, défini comme « toute apparence, produite par un humain, du vœu d'obtenir une conduite humaine, apparence de vœu munie d'un dispositif tel que la résistance d'un des destinataires déclenche une pression en sens contraire par menace de sanction⁴ ». Dans cette perspective, qui se veut rigoureusement positiviste, le droit formulé par le pouvoir ne

³ J. LADRIÈRE, « Les limites de la formalisation, in J. Piaget (dir.), *Logique et connaissance scientifique*, Gallimard, « Encyclopédie de la Pléiade », 1967, p. 312).

⁴ L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2001, p. 42. V. aussi, sur cet ouvrage, E. Delruelle et G. Brausch (éd.), *Le droit sans la justice. Actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du Cap des tempêtes de Lucien François*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2004.

diffère de l'ordre donné par le brigand que par l'habileté du premier à faire croire une chose impossible au second, à savoir que son ordre est juste. Mais, en théorie du droit, pouvons-nous négliger de la sorte toute référence aux valeurs⁵ ?

Entendons-nous : il n'existe heureusement pas d'opposition de principe entre le fait et la valeur, pas plus d'ailleurs qu'entre le droit positif et le droit naturel, car on peut penser que les sociétés, autant que les individus, se laissent guider, dans leur comportement concret comme dans leur formulation du droit, par un certain nombre de valeurs qu'ils estiment bonnes. Mais si nous voulons remonter jusqu'à la source du droit, nous devons tout de même souligner la distinction entre fait et valeur, pour ne pas réduire celle-ci à celui-là. Ainsi, sur le terrain juridique, prenant ici le contrepied de Lucien François, nous dirons qu'une norme n'est pas du droit parce que le pouvoir l'a dit mais, à l'inverse, que le pouvoir doit la dire parce qu'elle est du droit.

3. Le concept de droit

A cet égard, la lecture proposée par Philippe Gérard des règles de reconnaissance de Hart mérite le détour car elle montre les difficultés de la démarche entreprise par l'auteur du *Concept de droit*. Comment reconnaître une règle de droit ? Par son application, dit Hart, puisque la règle est fondée sur la pratique des particuliers et, — surtout —, des autorités publiques, en particulier des juges⁶. Or, ici encore, revient la question de l'origine ou, si l'on veut, de la source.

Certes, dans une recherche pragmatique, il sera possible d'inférer une règle à partir de la diversité de ses applications, mais, en bonne logique, la règle elle-même ne doit-elle pas précéder son appli-

⁵ Pour une critique en ce sens, v. J. JADIN, « Note de lecture : Marc Jacquemain « *Que pense l'équipage ?* » » (juin 2010) : « à force de fuir le jugement de valeur — y compris en ce qu'il est objectivement constitutif de représentations opérantes —, Lucien François serait sorti sans s'en rendre compte du champ du droit, se bornant à décrire en guise de *base* une sorte de rapport social minimal étranger au droit. » <http://jeanjamin.blogspot.be/2010/06/note-de-lecture-marc-jacquemain.html>

⁶ PH. GÉRARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, p. 68.

cation? Sinon, où serait la règle? Hart complète son propos en parlant du point de vue interne que les autorités (juridictionnelles) adoptent en acceptant les critères de validité que consacre cette règle de reconnaissance. Mais cet ajout ne tranche pas encore la question, car cette acceptation commune se présente logiquement comme une conséquence de la règle, et non comme sa source⁷. Quelles seraient, en effet, les raisons qui conduiraient les autorités à respecter les règles de reconnaissance? Quoique Hart se défende lui-même de la nécessité d'inclure dans ces motifs la croyance en une justification morale adéquate de la règle, il reste tout de même permis de se demander si cette évaluation morale n'est pas indispensable à la prétention d'autorité légitime de ces règles.

En tout cas, Hart lui-même convient que le *pedigree* formel des règles (la référence aux autorités compétentes ainsi qu'aux procédures suivies) ne suffit pas toujours car « les critères de validité peuvent inclure la référence à des principes de justice ou à des valeurs morales positives⁸ ». D'où le débat: si la règle de reconnaissance s'écarte du terrain rassurant de la pure forme censée rassembler tous les citoyens, pourra-t-elle jamais s'imposer à ceux d'entre eux qui ne partageraient pas les éléments moraux qu'on voudrait y inclure? Sans entrer ici dans le détail technique des réponses données à cette interrogation cruciale, on retiendra la remarque de Ph. Gérard sur l'enjeu fondamental du droit en tant qu'institution politique, à savoir: contribuer à instaurer un ordre social présumé légitime. « C'est cet enjeu qui, en dernière instance, rend compte du fait que certaines règles juridiques, même parmi les plus importantes (constitution,

⁷ PH. GÉRARD évoque sur ce point la critique de R. Dworkin: « Concevoir la règle de reconnaissance comme une règle sociale, établie par la pratique des autorités, ne permet pas de rendre compte de la dimension normative grâce à laquelle cette règle donne naissance à des obligations qui constituent des raisons d'agir pour ses destinataires » (*ibid.*, p. 71).

⁸ PH. GÉRARD, *ibid.*, p. 75. L'auteur cite en illustration le huitième amendement de la Constitution des États-Unis qui prohibe l'établissement de châtiements « cruels et exceptionnels ». Cette admission de critères de validité juridique d'inspiration morale tempère le positivisme de l'auteur qui se réclame, dès lors, d'un *soft positivism*.

principes généraux, loi), font référence, le cas échéant, à des normes de nature morale dont la légitimité est présumée⁹ ».

Concluons : puisque le droit ne peut pas se désigner lui-même comme tel, posons qu'il faut nécessairement en ouvrir la forme, pour la poser dans une tension entre deux pôles : sa désignation relève d'un acte du pouvoir, lequel ne peut toutefois s'acquitter valablement de sa tâche que s'il se laisse conduire par la valeur proprement éthique. La même conclusion ressort aussi de la confrontation avec la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen.

C. L'impureté du droit

La *théorie kelsénienne du droit* est *pure* au sens où elle n'est « contaminée » ni par les rapports de force ni par la référence aux « valeurs » puisque le droit se définit par sa pure forme, sa légalité¹⁰. Mais il ne semble pas que l'auteur ait réussi sa performance.

1. Le sommet de la pyramide

Chaque norme étant validée par une norme supérieure, il reste, bien sûr, à résoudre la question de savoir par quelle norme supérieure sera validée la dernière norme posée¹¹. Kelsen répond, on le sait, par un postulat : lorsqu'on se trouve en présence d'un ordre juridique efficace en gros (c'est-à-dire que, globalement, les contrats sont honorés, les propriétés sont respectées, les voleurs sont poursuivis, etc.), il faut (non pas *poser* mais) *supposer* qu'une norme fondamentale (*Grundnorm*) valide tout le processus en se contentant de dire : « Obéis à la première norme posée ». Un tel postulat permet d'éviter la régression logique à l'infini.

⁹ PH. GÉRARD, *ibidem*, p. 79.

¹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. franç. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962.

¹¹ Nous verrons bientôt que Kelsen a hésité sur la désignation de cette dernière norme : la Constitution interne ou le droit international. Cf. H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, IV, p. 289-300.

Cet artifice logique est astucieux car il permet d'enfermer le droit (et la source du droit) dans sa forme légale sans avoir à se poser de questions particulières : pourvu que les ordres du droit soient obéis, il faut supposer que ces ordres doivent être obéis ! Il n'est pas question, en tout cas, de référer le droit ni à une quelconque valeur morale, ni au domaine des faits sociaux.

Du côté moral, en effet, chaque être humain développe sa propre conception de l'éthique, de la justice par exemple ; il est donc vain de vouloir inféoder à une norme éthique nécessairement particulière la norme juridique valable pour tous. Quant aux faits sociaux, — que nous pourrions sans doute identifier aux « sources matérielles » du droit évoquées plus haut —, ils ne peuvent en aucune manière s'intégrer dans la pyramide proprement normative, puisque le réel qui *est* ne dit encore rien de la norme indiquant ce qui *doit* être.

Une telle dichotomie du *Sein* et du *Sollen* interdit à Kelsen l'accès à un quelconque droit naturel puisque jamais la nature ne sera source du droit. La distance provient du partage, jugé radical, des facultés humaines entre la raison et la volonté : du côté de la nature, aucune valeur ne s'impose « naturellement », car ladite « nature » ne donne à voir que ce qui *est* : on l'étudie alors par la *raison* (essentiellement scientifique) ; du côté du droit, par contre, puisqu'il s'agit de savoir ce qui *doit être*, un tel ordre ne peut provenir que de la *volonté* qui a décidé que le droit serait formulé de cette manière-là. Une telle perspective peut sans doute, ajoute Kelsen, effrayer les personnes qui préféreraient appuyer les décisions du législateur sur un ordre des choses qui viendrait de plus loin que l'homme, mais il vaut mieux se résoudre à la finitude humaine : puisque l'homme ne peut rien dire sur la réalité ultime, il lui revient de dire le droit en prenant ses responsabilités.

Laissant pour notre dernier chapitre la question de la réalité ultime, nous voulons ici, pour contredire cet enfermement du droit dans sa forme pure, indiquer comment Kelsen n'a pas pu éviter lui-même ni le recours au fait social ni la référence à l'éthique pour élaborer sa propre théorie, qu'il faudra dès lors reconnaître comme heureusement « impure ».

2. Le retour du fait

La norme fondamentale, on le sait, est cette clé de voûte virtuelle qui s'impose comme une nécessité logique lorsque l'esprit, considérant une cascade d'injonctions globalement suivies, y voit un ordre proprement juridique. Mais où donc se trouve la « source du droit » sinon dans l'effectivité de l'obéissance à l'injonction ? Car c'est seulement sur un ordre juridique efficace « en gros » que le juriste posera (ou plutôt supposera) la norme fondamentale qui, telle la pierre philosophale, transformera cette soumission au pouvoir de fait en un respect du droit. La pièce logique imaginée en haut de la pyramide (« obéis à la première norme posée ») permet ainsi à toutes les normes qui en descendent d'être vues par chacun des acteurs comme proprement juridiques. Mais, ici encore, le serpent tautologique ne s'est-il pas mordu la queue ? Car les normes se présentent à l'obéissance en vertu du postulat fondamental, lequel n'est précisément supposé, qu'au vu de cette obéissance elle-même.

Or, de même que nous n'avons pu, en lisant Hart, inférer l'existence du caractère proprement obligatoire d'une règle (de reconnaissance, en l'occurrence) à partir de ses applications, nous ne pouvons pas davantage rendre compte du devoir-être inhérent à l'ordre juridique par le simple *fait* de l'obéissance à cet ordre. Kelsen, qui se montrait si soucieux de rendre compte du droit dans une théorie qui ne devrait rien aux faits sociaux, pour garder la pureté du *Sollen* juridique, a lui-même « souillé » sa théorie en subordonnant la force normative du droit à sa pure et simple effectivité.

3. Le retour de la valeur

Quant à la référence du droit à l'éthique, il faut d'abord rappeler que, dans sa « pyramide des normes », l'auteur de la *Théorie pure du droit* s'est interrogé sur la désignation de l'ultime norme (posée) de l'ordre juridique. Dans un premier temps, Kelsen a choisi la Constitution. Choix logique dans la mesure où, dans un pays déterminé, la Constitution apparaît comme la norme suprême de l'ordre juridique, et que l'État qui a adopté cette Constitution est « souverain », au sens où il n'existe pas d'autre pouvoir au-dessus de lui. Mais si la Constitution se trouve hissée ainsi au rang de norme suprême

(posée) qui confère (en cascade) la juridicité à toutes les normes de chaque ordre national, la question se pose de savoir ce que devient le droit international. Lorsqu'il s'applique dans un pays déterminé, est-il redevable de sa propre juridicité à la Constitution (nationale), considérée précisément comme le fondement ultime de la juridicité des normes applicables dans ce pays ? Or, dans la figure de la cascade kelsénienne, cette subordination, soit du droit étranger (en droit international privé), soit du droit international public, à un droit national particulier paraît théoriquement insatisfaisante car elle fait dépendre la juridicité de ces droits venus d'ailleurs de la constitution d'un pays déterminé.

Mais, à côté de cette question technique, une considération plus vitale retient l'attention de notre auteur, à savoir qu'une telle subordination risque de compromettre la cause de la paix. Redoutant en effet l'avènement des nationalismes dont il était le témoin, Kelsen a compris qu'il valait mieux ne laisser à chaque Constitution nationale que l'avant-dernière place dans la cascade des normes, hissant plutôt le droit international (coutume, traité) au sommet de la pyramide¹². Ainsi, en ajoutant un étage supplémentaire à la pyramide des normes posées, Kelsen entendait que tous les États du monde fussent tenus par un même ordre (international) qui assurerait la validité juridique de chacune des Constitutions nationales.

Ainsi, curieusement, une préoccupation morale a, au moins pour une part, conduit Kelsen à placer le droit international à la place de la Constitution au sommet des normes posées, puisqu'il voulait assurer par-là la paix mondiale en délivrant les États de la tentation du nationalisme. Or comment cette valeur qui est la paix a-t-elle pu entrer comme une détermination décisive de la construction kelsénienne, alors que l'auteur de la *Théorie pure du droit* n'entendait se référer à aucune valeur morale dans sa définition de la norme juridique ?

Dans ces conditions, n'aurait-il alors pas mieux valu reconnaître d'emblée l'impossibilité d'enfermer dans la stricte légalité la définition du droit lui-même ? Droit qui ne remonte à ses sources qu'en

¹² Mais nous gardons à l'esprit que ce « sommet » connaît encore une « pointe » supérieure dans la norme fondamentale supposée.

révélant sa tension constitutive entre l'ordre donné par la force politique acceptée par les citoyens d'une part, sa finalité proprement éthique d'autre part.

L'examen de la hiérarchie des sources (et des juges qui se prononcent sur ces sources) occupe sans nul doute une bonne part de la tâche des juristes qui, appliquant leurs règles de reconnaissance, remontent et redescendent la pyramide des normes (mais dont les parois ne sont plus aussi linéaires qu'autrefois) en vérifiant soigneusement tantôt les imputations, tantôt la force normative, tantôt encore les interprétations, mais le grand nombre et la complexité de ces opérations ne justifient pas entièrement pour autant le choix d'une philosophie seulement pragmatique. Les formes du droit, en effet, n'existent qu'à l'intérieur d'une tension qui les situe tout simplement dans la trame de l'existence humaine, nécessairement engagée dans la société politique régie par le pouvoir, et tout aussi nécessairement tournée vers le bien à faire. D'où l'obligation de passer par une définition dialectique du droit.

D. La définition dialectique

Le droit ne s'explique pas par sa seule forme. La théorie proposée par François Ost et Michel van de Kerchove sur les trois cercles de la validité juridique confirme cette nécessaire ouverture de la légalité à l'effectivité d'une part, à la légitimité d'autre part¹³. Cette analyse, connue par ailleurs, rencontre à la fois les observations de Julien Freund sur la différence entre l'essence et la dialectique, et celles de Gaston Fessard sur les rapports de la force et de la valeur.

¹³ Cf. FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987. Cf. aussi, E. GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del derecho*, Porrúa, Mexico, 1974, p. 507 et s. où l'auteur distingue déjà trois cercles sécants : du droit reconnu par les pouvoirs publics, du droit réellement en vigueur et du droit intrinsèquement valide.

1. Morale et politique

Dans son maître ouvrage consacré à *L'essence du politique*, Julien Freund distingue six *essences* qui définissent l'homme : la science et l'art, l'économie et la politique, la morale et la religion¹⁴. L'auteur poursuit en précisant que le droit n'est pas, comme tel, une « essence » de l'homme, au sens ontologique, mais plutôt une « dialectique » entre deux essences, à savoir le politique et le moral. En d'autres termes, le droit reste toujours tendu entre la source de sa formulation, l'entité politique, et la finalité de l'agir humain, l'éthique. Il ne se confond donc ni avec le pur rapport de force politique (puisque'il vise toujours l'éthique), ni avec la conscience morale (puisque son champ propre est l'entité politique). Il a sa consistance spécifique, disant l'éthique à respecter dans une société déterminée, mais sa forme est toujours tendue entre ses deux pôles constitutifs.

Sauf erreur, ces deux pôles proposés par Julien Freund pour décrire la dialectique qu'est le droit se superposent aux deux cercles qui encadrent la légalité dans la théorie proposée à Saint-Louis. En effet, l'effectivité de la norme touche la source politique du droit, c'est-à-dire, concrètement, la force que le pouvoir met en œuvre pour rendre cette norme effective par le biais de son administration, de sa police, de ses juges, de ses sanctions, etc. Quant à la légitimité de la norme, elle s'apprécie en fonction de la finalité éthique du droit, car la norme contraire à l'éthique sera considérée comme non légitime. Or cette présentation « statique » du droit peut en outre s'animer de façon plus dynamique en considérant le processus de formation du droit, médiation entre la force et la valeur.

¹⁴ J. FREUND, *L'essence du politique*, Sirey, Paris, 1965, rééd. Dalloz, 2003, postface de Pierre-André Taguieff. Nous adoptons ici la liste donnée dans la première édition.

2. Force et valeur

Selon l'analyse de Gaston Fessard, à la base du lien social se trouve une prise de pouvoir¹⁵. Les manifestations de ce pouvoir sont diverses : une volonté des autorités de s'orienter dans telle direction politique, éventuellement une révolution (populaire ou militaire) qui renverse le régime établi, ou le mouvement d'une région qui fait sécession par rapport au gouvernement central, une colonisation, une démarche de fédération, une annexion ou une libération, bref, tous les modes d'action proprement politique par lesquels les humains expriment leur volonté (ou leur refus) de vivre ensemble de telle ou telle manière.

Ici, il importe de souligner que le droit n'a donc pas sa source en lui-même : il dépend de la volonté d'un peuple de vivre comme il l'entend ou, en tout cas, il dépend de la volonté du pouvoir de mener ce peuple en telle ou telle direction. Cette origine du droit dans la force apparaît toujours quelque peu scandaleuse puisque tout l'effort du droit consiste précisément à canaliser la force dans la forme. Il n'empêche que le droit a lui-même besoin de cette force pour devenir effectif. C'est le pouvoir qui dira la norme ; il a besoin de la force pour imposer cette norme en s'imposant lui-même.

Ce premier stade – de la *force* – ne peut jamais être éliminé. Mais il n'est pas ultime ; il n'est que le premier, précisément. Car la force laissée à elle-même tourne à la violence. Par un mouvement interne à elle-même, la force doit évoluer vers la *forme*, c'est-à-dire vers le droit. Le pouvoir va, en ce deuxième temps, instituer les formes générales qui permettront aux gens de vivre dans l'ordre et la paix sans avoir à redouter l'arbitraire de la violence : des règles sont posées et publiées (une nouvelle Constitution par exemple), de telle sorte que les sujets (de droit) sauront à quoi s'en tenir : ils pourront se reconnaître mutuellement dans leurs rapports respectifs qualifiés selon les formulations de la norme.

Il reste encore à montrer le stade ultime du processus. Si la *force* du pouvoir évolue vers la *forme* du droit, c'est parce qu'elle est finalement attirée par la *valeur* elle-même, c'est-à-dire le bien commun.

¹⁵ G. FESSARD, *Autorité et bien commun*, Aubier, Paris, 1944.

En ce sens-là, selon l'expression de G. Fessard, l'autorité est « *vouloir de sa propre fin* », au sens où la personne qui détient le pouvoir doit viser pour fin (au sens de *finalité*) sa propre fin (au sens de *suppression*). L'autorité, en effet, n'aura pratiquement plus de pouvoir à exercer le jour où les personnes qui sont sous son pouvoir seront parvenues à la fin que visait le pouvoir lui-même, c'est-à-dire la reconnaissance par tous de la valeur (morale) partagée par tous : le bien est devenu commun.

Ici encore, on voit la correspondance de cette dialectique avec la théorie précédente des trois cercles de la validité : au centre, la légalité rejoint la forme en laquelle s'identifie le droit. Mais pour être effectif, le droit a besoin de la force proprement politique, tandis que, en retour, par sa propre forme (légale), le droit délivre la force politique de la tentation de violence puisqu'il l'attire vers la valeur, laquelle correspond à la légitimité.

*

Alors qu'une approche pragmatique des sources du droit ajournait la question de la source fondatrice pour adopter plus immédiatement la distinction entre les sources matérielles et les sources formelles du droit, retenant d'ailleurs ces dernières comme pivot de sa réflexion, nous avons voulu, prenant la direction inverse, rejoindre cette instance fondatrice en sautant en-deçà de la clôture seulement légale. Or à l'endroit de cette « source », nous avons rencontré certes le pouvoir, mais aussi l'impuissance de ce pouvoir à se présenter comme la source du droit, puisqu'il est lui-même tendu vers la légitimité, cause finale du droit. D'où, après cette exploration de l'*en-deçà* des sources, l'orientation des deux chapitres suivants, d'abord vers la constitution du corps politique lui-même (*en-dessous* de la positivité formelle) par la naissance, puis vers la finalité (*au-delà* d'elle) dans la valeur éthique.

II. En-dessous : la naissance

Pour chercher à leur dernière profondeur les sources du droit, il importe de revisiter l'origine de la société politique, car c'est là que se trouve le secret de l'effectivité du droit. Alors que la modernité place cette fondation sous l'enseigne du contrat social, le droit naturel classique met en évidence le fait de la naissance.

A. *La source de la société*

Sans nier l'existence d'autres ordres juridiques, nous privilégions ici la société politique comme étant précisément celle qui formalise comme tel le lien social lui-même¹⁶. Or les réponses entendues au sujet des origines de cette société se divisent radicalement en affrontant la question de savoir si, oui ou non, la nature humaine est elle-même sociale.

1. Les deux thèses

La philosophie classique donne une réponse assurément positive. Thomas d'Aquin, baptisant une fois de plus Aristote, a repris la définition donnée par le Stagirite, de l'homme comme animal politique¹⁷ : cette caractéristique proprement humaine entre en effet dans

¹⁶ On sait que, pour Santi Romano, par exemple, le droit se confond avec l'institution de la société elle-même, quelle qu'elle soit, d'où la possibilité d'une pluralité d'ordres non étatiques qui valent chacun en son ordre. (cf. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, Paris, 1975, p. 19).

¹⁷ « La cité est au nombre des réalités qui existent naturellement, et [...] l'homme est par nature un animal politique. Et celui qui est sans cité, naturellement et non par suite de circonstances, est ou un être dégradé ou au-dessus de l'humanité [...]. C'est le caractère propre à l'homme par rapport aux autres animaux, d'être le seul à avoir le sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste, et des autres notions morales, et c'est la communauté de ces senti-

la loi naturelle imprimée par le Créateur en sa créature rationnelle. Mais, à rebours de cette conception essentiellement sociale, la philosophie moderne a préféré voir l'état caractéristique de l'homme dans le « quant-à-soi ». Tel est en effet « l'état de nature » décrit par les penseurs du contrat social : c'est à partir d'une solitude naturelle, et devant les menaces que la juxtaposition d'individus sans norme entraînait, soit pour la vie de chacun (Th. Hobbes), soit pour sa propriété (J. Locke), soit encore pour sa liberté (J.-J. Rousseau), que tous ont décidé de passer à « l'état social » par une convention première, laquelle deviendrait ainsi la source du droit qui les tiendrait mutuellement en respect.

Cette différence de conception quant à la nature, – sociale ou non –, de l'homme entraîne évidemment des conséquences importantes quant à l'intelligence des sources du droit. D'un côté, en effet, les humains ne se sont jamais trouvés en dehors d'un rapport à autrui : si haut qu'ils remontent en leur propre humanité, leur lien social ne connaît pas d'en-deçà où il ne serait pas. De l'autre côté, les humains jouissent d'emblée de leurs prérogatives individuelles, – qu'ils appellent d'ailleurs droits naturels –, mais ils sont eux-mêmes à l'origine de la norme qui les régira, puisque le pouvoir qui énoncera le droit, – qu'il prenne la figure du monarque ou celle de la volonté générale, peu importe ici –, proviendra en tout cas de l'accord de leurs volontés.

Par-là se montre une fracture importante car, à partir de la modernité, il devient possible de « revisiter » le droit à partir seulement de ses sources dites formelles puisque le processus qui a abouti à la formation de la société politique s'est placé, comme le mécanisme social que voulait démonter et remonter Thomas Hobbes, entièrement sous l'emprise de la volonté humaine. Tout est clair dans cette construction qui explique, à la fois, le droit par la décision, finalement, des sujets eux-mêmes, et la République, par la protection des droits desdits sujets. Ce montage rationnel doit tout de même rencontrer une double critique, sur le plan des faits d'une part, du droit d'autre part.

ments qui engendre famille et cité » (ARISTOTE, *La Politique*, trad. J. Tricot, Vrin, Paris, 1962).

2. La critique

Au plan du droit, on se demande d'où proviendrait la force obligatoire du contrat social lui-même. Comment demander à la République, qui va instituer le droit mais qui est elle-même constituée par le contrat social, de donner force à ce droit sur lequel elle repose ? De deux choses l'une : *ou* c'est à partir de la République que s'impose le respect de la norme qui n'existait pas avant elle (puisqu'on ne connaissait, dans l'état de nature, que des droits subjectifs naturels) mais alors le contrat social lui-même, antérieur à la République, est dépourvu de force obligatoire *ou* le contrat qui fonde l'état social lie réellement les parties qui l'ont conclu, mais il faut alors en tirer la conséquence qu'il existait déjà une norme de droit dans l'état de nature, par exemple celle de respecter la parole donnée dans le contrat. Mais cette première critique rejoint la question que nous avons posée au premier chapitre sur l'en-deçà de la positivité¹⁸. Aussi nous attarderons-nous davantage sur la deuxième. Elle tient à l'irréalisme de la construction.

Non pas qu'il faille critiquer les théoriciens du contrat social pour n'avoir pas mis en évidence, documents à l'appui, qu'aurait eu lieu, à telle période de l'histoire, et en tel endroit du globe, le passage contractuel d'un état de nature individualiste à un état proprement social. Puisqu'il ne fait pas œuvre d'historien mais de penseur chargé d'amener au jour, dans l'actualité historique, les voies par lesquelles la nature humaine se comprend elle-même, le philosophe pourra, à l'intérieur même d'une société déjà constituée depuis la nuit des temps, concevoir un état « philosophique » de nature qui n'aurait pas connu le lien social, précisément pour être en mesure de fonder, par la genèse théorique de la république, la norme juridique qui la régit.

¹⁸ On pourra ainsi admettre, nous l'avons dit, un parallélisme entre la figure théorique du contrat social et la norme fondamentale de H. Kelsen. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de fonder le caractère obligatoire du droit, mais c'est en visant une « fondation » purement formelle (instauration d'une autorité dans un cas ; injonction d'obéissance dans l'autre) par une invention seulement rationnelle (figure théorique ou postulat logique). Dans les deux cas, cette « source » reste en peine de se fonder elle-même en droit.

Le véritable reproche à opposer à la doctrine du contrat social et aux autres théories qui justifient le droit par des critères seulement formels ne tient donc pas à leur caractère seulement spéculatif, mais à l'oubli des naissances qui s'y manifeste, en particulier de ces lieux d'enfantement que sont la famille et la nation¹⁹.

Comme son étymologie l'indique, «l'état de nature» est un état de naissance, mais les philosophes des Lumières, plus sensibles sans doute au prestige de la raison qu'aux humilités de la chair, ont passé sous silence cette genèse, pourtant très réaliste, du lien social. Car c'est seulement entre les adultes, libres et égaux, que s'est noué le contrat social. Pas de place, donc, pour l'enfant, pourtant *né* du premier lien social, de l'homme et de la femme. A la «source» de l'homme se trouve un engendrement, mais que l'on ne rencontre guère dans l'exposé positiviste des «sources» du droit. Rousseau, par exemple, glisse très vite sur les relations familiales²⁰.

Or si nous voulons remplir jusqu'au bout la tâche qui nous était impartie de donner, sur les sources «revisitées», le point de vue du jusnaturaliste, pouvons-nous éviter ici d'épingler les conséquences d'une telle négligence? Nous en citerions trois: le vide antérieur à la formulation du droit qui régit les corps, la perte de la mémoire quant à la nation, l'absence de médiation symbolique entre la liberté et l'égalité.

¹⁹ Un troisième lieu devrait être développé: la nature. Mais la place nous manque ici pour montrer comment la conception de l'homme perçu comme raison libre, formellement égale à toute autre raison libre, a dû être amendée, dans la suite de l'histoire, par une mise en évidence du rapport des humains à la nature comme à leur indispensable lieu de naissance. On peut comprendre de cette manière la deuxième vague des droits de l'homme, dite des droits économiques et sociaux, après la première, des droits civils et politiques.

²⁰ Dans son *Contrat social*, sitôt après avoir dit que: «La plus ancienne de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille», l'auteur enchaîne: «Encore les enfants ne restent-ils liés au père qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfants, exempts de l'obéissance qu'ils devaient au père, le père exempt des soins qu'il devait aux enfants, rentrent tous également dans l'indépendance. S'ils continuent de rester unis, ce n'est plus naturellement c'est volontairement, et la famille elle-même ne se maintient que par convention.» (J.-J. ROUSSEAU, *contrat social ou Principes du droit politique*, Œuvres complètes, NRF, Gallimard, Paris, 1954, L. I^{er}, ch. II, «Des premières sociétés», p. 352).

B. Un droit sans corps

Si le droit n'est que « positif », au sens de « posé » par la volonté de l'homme qui en a ainsi décidé, sans être précédé par un « droit » qu'imposerait la « nature », c'est-à-dire la naissance même de l'homme, il est à craindre que soit rendue plus difficile la reconnaissance intersubjective que garantit le droit. Dans l'histoire récente, nous avons rencontré plus d'une fois cette menace, par exemple à propos de la légalisation du mariage homosexuel et de l'homoparentalité²¹. Alors que, selon une tradition plusieurs fois millénaire, le droit positif (de la famille), qui fait naître les enfants de l'union de l'homme et de la femme, *institue* cette donnée fournie par la nature elle-même, plusieurs voix se sont fait entendre pour récuser un quelconque appui du droit sur une « nature » qui le précéderait. Selon ces auteurs, la sincérité des sentiments de tout individu à l'égard de tout autre individu, quelle que soit leur « orientation sexuelle » respective, peut être instituée par le droit qui y verra un lieu de vie familiale et même, procréation médicalisée aidant (insémination dans le couple lesbien ; gestation pour autrui dans le couple gay), d'accueil et d'éducation de l'enfant. Il suffit que le législateur consacre, par sa volonté propre, ce désir des sujets de droit.

La référence théorique qui appuie cette prétention est, bien sûr, le formalisme démocratique, qui transforme en droit pur et simple toutes les décisions des autorités compétentes, pourvu qu'elles soient prises selon les procédures prévues. Telle est la « règle de reconnaissance » fournie tant par la figure du contrat social que par la *Grundnorm* kelsénienne. Or si l'on se demande alors où sont passées les naissances, une auteure telle que Marcela Iacub répond que ce retour à la nature, invoqué par les juristes classiques pour défendre

²¹ V. par exemple, en Belgique, la succession des trois lois, du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe (*M.B.*, 28 février 2003, troisième éd.), du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes du même sexe (*M.B.*, 20 juin 2006), et du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (*M.B.*, 17 juillet 2007).

leur position fixiste, n'est plus de mise. Même si, dit-elle, « nos experts prétendent qu'il y aurait certaines structures anthropologiques immuables qui limiteraient la puissance normative des sociétés, telles que la différence des sexes et des générations, [...] il suffit de comprendre le fonctionnement de l'ordre juridique pour refuser d'admettre l'existence des structures universelles qui prédétermineraient le contenu du droit ». D'où le recours de l'auteure à la *Théorie pure du droit* : « De ce fait, pour répondre à nos savants, il est fort utile de relire les critiques que Hans Kelsen avait adressées au iusnaturalisme de son temps, et notamment à son caractère idéologique ²² ».

Le même détachement du droit à l'égard des données du corps se manifeste non seulement dans la rupture du lien entre l'union hétérosexuelle et l'engendrement, mais encore dans la détermination du début et de la fin de vie : puisque la personne *est* ce que le droit a permis ou décidé qu'elle soit (ne dit-on pas d'ailleurs qu'elle est *sujet* de droit ?), il n'y a pas lieu de s'inquiéter d'une quelconque antécédence du corps sur ce sujet lui-même : le droit trouve en lui-même sa propre « source » ²³.

Cette tendance contemporaine mérite d'être signalée dans un ouvrage consacré aux sources du droit car elle indique une conception de la « source » qui prolonge purement et simplement l'approche du *Contrat social* couplée à celle de la *Théorie pure*. Perçue comme « commencement absolu », la source purement formelle n'a plus d'autre contenu que la volonté des titulaires du pouvoir. A ce titre, ne risque-t-elle pas d'empêcher le travail éthique de la recon-

²² M. IACUB, « Homoparentalité et ordre » in D. Borrillo et E. Fassin (éd), *Au-delà du PACS ; l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, Paris, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2^e éd. 2002, p. 194-195.

²³ On lit ainsi sous la plume de St. HENNETTE-VAUCHEZ (« Droits des patients et pouvoir médical – Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie ? », in J.-M. Larralde (éd.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, Bruxelles, Nemesis, collection « Droit et justice » n° 88, 2009, p. 174) : « Si l'on considère en effet que le droit est un ordre normatif autonome, il suit nécessairement qu'il n'a pas à se calquer sur, par exemple, la vérité biologique. » En note infrapaginale, l'auteure précise : « Nous ne suggérons pas que le droit ne *peut* pas se calquer sur la biologie, mais qu'il n'est pas *tenu* de le faire. Dès lors, il n'est pas contraint par la présence d'un phénomène de vie biologique. » (renvoi à l'admission de l'avortement, la destruction d'embryons congelés, l'euthanasie, etc.).

naissance d'autrui auquel, pourtant, le droit doit prêter sa normativité propre ? Car si les sujets perdent (symboliquement du moins) leur objectivité corporelle, sur quelle butée s'appuiera le jeu de cette reconnaissance ? Dans quelle autre instance que la subjectivité du désir, — désir d'émancipation du sujet, désir de toute-puissance du législateur —, le droit trouvera-t-il alors sa source ?

C. *Un État sans nation*

L'oubli des enfantements concerne cet autre lieu de naissance qu'indique encore l'étymologie, la nation. On peut se demander, en effet, pourquoi le contrat social, envisagé comme source formelle du droit, s'est délimité un territoire, c'est-à-dire une portion particulière de l'espace. La figure rationnelle du contrat noué en vue de garantir les droits naturels de tous les sujets n'imposait-elle pas plutôt d'emblée une vaste convention mondiale, à l'échelle de toute la terre ? Mais la nature humaine est ainsi faite que, jusqu'au jour d'aujourd'hui, tout homme provient du ventre d'une femme. Cette singularité du lieu de naissance aurait-elle quelque chose à voir avec les sources du droit ?

L'œuvre de chair montre, en tout cas, que la « source » (l'engendrement) de l'homme n'obéit pas seulement à la rationalité mais encore à l'affection. Or si la raison vise, de soi, l'universel, tant en son versant théorique (puisque la capacité de l'esprit s'ouvre à la totalité du réel) qu'en son ordre pratique (car l'impératif éthique, disait Kant, définit tout homme), l'affection, elle, se porte vers l'unique. Cette dualité de raison et d'affection, constitutive de la nature de tous et chacun des sujets humains, se conjugue, au pluriel de leur rassemblement, aux différents niveaux de leur vie sociale. Premier niveau : de la famille, reçue précisément comme ce lieu de l'affection et de l'engendrement, fondement *naturel* de la société ²⁴.

²⁴ La seule mention de la *nature* présente dans la Déclaration universelle des droits de l'homme se trouve à l'article 16 alinéa 3 : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. » En d'autres termes, le lien social se fonde sur une réalité qui le précède et qui se trouve être l'union de l'homme et de la femme.

Dernier niveau : de l'humanité dans son ensemble, coextensive à la raison elle-même. Au niveau intermédiaire, nous rencontrons la nation, laquelle touche l'affection puisqu'elle compte une note paternelle (la patrie) en même temps que maternelle (elle engendre ses enfants), tandis que, ainsi enracinée dans la mémoire du passé, elle est aussi le support de l'État, cette représentation rationnelle que les citoyens se donnent pour organiser leur avenir²⁵. Entre l'intimité familiale et l'universalité humaine, la subjectivité nationale, objectivée dans la figure de l'État, joue de la sorte le rôle d'intermédiaire au sens fort du terme ; elle est médiation.

L'homme en effet n'est pas jeté d'emblée dans l'univers mondial comme s'il n'était pas *né* dans un pays ; certes, cet homme n'est pas non plus condamné à s'y isoler, mais il fait partie de son essence humaine de connaître la particularité proprement politique. Par la figure de la Nation, la société, ici, n'est plus seulement la foule anonyme, objective en quelque sorte comme une masse d'humains interchangeables ; elle devient *sujet*, apte à prendre en mains son propre destin. Ainsi l'entité politique particulière, source du droit interne, ne pourra jamais se laisser purement et simplement absorber par l'impossible « État mondial ».

On mesure dès lors l'intérêt de rapporter à la nature humaine elle-même, faite d'affection et de raison, la question portant sur les sources du droit. On sait qu'une des difficultés majeures de cette matière réside, comme l'atteste plus d'une fois le présent ouvrage, dans l'articulation du droit interne et du droit international : monisme ? Mais avec quelle primauté ? Dualisme ? Mais comment résoudre les conflits ? Structure réticulaire ? Mais qu'est devenue la pyramide ? En réalité, ces questions resteront toujours ouvertes, car les deux pôles inhérents à la source du droit, – la particularité politique et l'universalité éthique –, resteront nécessairement en tension, du moins tant que l'être humain reste un être humain, c'est-à-dire né dans un lieu précis, familial et national, porté par l'affection,

²⁵ Support d'ailleurs plus ou moins adéquat dans la mesure où une seule nation ne correspond pas toujours à un seul État. Pour de plus amples développements sur les rapports, État/Nation, cf. les auteurs cités dans X. DIJON, *Droit naturel, les questions du droit*, PUF, Paris, 1998, p. 551.

hanté pourtant par l'injonction de se maintenir à la hauteur de son humanité comme le demande sa raison. Ainsi, sur le curseur qui va et vient entre l'affection et la raison dans la nature humaine, droit interne et droit international occupent chacun une position qui les empêche aussi bien de fusionner dans le monisme que d'éclater dans le pluralisme. C'est au fil de l'histoire que le droit résout l'inévitable polarité de sa source²⁶.

Remplacer la naissance par le contrat, c'est prendre le risque, non seulement d'édifier un droit sans corps ou un État sans nation, mais encore, comme conséquence immédiate de ces deux premiers manques, un lien sans frères.

D. Un lien social sans frères

La figure du contrat, en faisant débiter le lien social dans la convergence des volontés adultes, met en œuvre les deux premières valeurs de la trilogie républicaine : liberté et égalité. Liberté du consentement des partenaires disposés à abandonner tout ou partie de leurs prérogatives innées pour entrer en république, égalité de tous ces contractants logés à la même enseigne dans l'état de nature, et qui, dans l'état social, attendent du pouvoir l'édiction d'une norme devant laquelle ils resteraient placés sur le même pied. Mais où est passé le troisième terme, la fraternité ? Car le contrat crée des coopérateurs, mais non des frères ; seule la naissance – des mêmes père et mère – engendre la fraternité.

Mais peu importe, dira-t-on, puisque les valeurs fondamentales de la démocratie restent bel et bien les deux premières : soit la liberté pour laquelle se battent les citoyens qui ont compris que le bien commun repose sur l'initiative personnelle de chacun d'eux, exerçant au mieux ses diverses libertés individuelles ; soit l'égalité, revendiquée par les sujets qui entendent corriger toutes les disparités

²⁶ Puisque le droit est affaire de reconnaissance entre les humains, il se laisse souvent comparer au langage. La particularité nationale du droit correspondrait ici à la particularité de la langue. Il n'existe pas plus de langue universelle que d'État mondial. Ce qui n'empêche pas, traduction linguistique et droit international aidant, la recherche d'une communi(cati)on au niveau universel.

au sein de la cité afin que le bien commun soit réellement partagé par tous. Dans les débats menés entre ces deux grandes références dont les champions respectifs sont le libéralisme et le socialisme, la fraternité ne fait-elle pas office d'inutile décoration quelque peu romantique ? Et pourtant ! Comme l'a noté Alain Supiot : « Parmi les trois éléments de la devise de la République, la fraternité occupe une place singulière. Tandis que la liberté et l'égalité s'adressent aux individus, la fraternité vise au contraire les liens qui les unissent : son objet n'est pas l'individu, mais la communauté. Dans cette trilogie républicaine, elle seule représente l'idée de lien social²⁷. »

Pour revisiter les sources du droit, il convient de remonter jusqu'à ce lien essentiel. Certes, la liberté et l'égalité occupent le devant de la scène juridique, en particulier dans le déploiement des droits de l'homme. Ces deux premières valeurs apparaissent comme les deux piliers de la démocratie mais, pour être plus cachée, la fraternité n'en est pas moins fondatrice. Paradoxalement d'ailleurs, puisque l'engendrement qui fait les frères, les a d'abord rendus non libres et non égaux. Non libres parce qu'ils n'ont pas choisi d'être là, soumis qu'ils ont été à la loi de la vie qui a uni leurs parents pour l'engendrement ; non égaux car ces mêmes géniteurs avaient, au départ, autorité sur eux pour les éduquer. Vous avez dit : sources du droit ? Mais le droit qui suppose (et qui veut) les gens égaux et libres a commencé dans ce cercle familial où ils n'étaient ni l'un ni l'autre. Dans les termes d'Aristote, la justice domestique précède la justice politique²⁸.

Or cette précedence de la fraternité assure le repos de la société dont elle est le propre « état de nature ». En sa « naissance », en effet, l'être humain n'est pas cet individu asocial qui devrait défendre ses droits personnels contre les présences plus ou moins menaçantes d'autrui, il est cet enfant né d'un lien naturel entre l'homme et la femme, et qui se prolonge dans le rapport noué avec les autres des-

²⁷ A. SUPIOT, « La fraternité et la loi », *Droit social*, 1990, p. 118.

²⁸ Cf. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, n° 1134 a. Dans la justice politique, les citoyens sont égaux et libres, détachés les uns par rapport aux autres ; dans la justice domestique, les membres de la famille ne reçoivent la part (juste) qui leur revient qu'en restant attachés au père de famille, en position d'inégalité, donc, par rapport à lui.

cendants de ce couple. Cette fraternité première montre que d'emblée, l'homme est lié à l'homme. Dès lors, il ne doit pas inventer de toutes pièces dans un quelconque artifice contractuel ce lien social qui constituera la source du droit (*ubi societas, ibi jus*); ce lien est déjà là, non seulement comme ce qui *est*, mais encore comme ce qui *doit* être. Alors que contrat social et *Grundnorm* ont soigneusement dissocié les deux registres du *Sein* et du *Sollen* pour que le droit soit pur acte de la volonté autonome, l'attention aux naissances (et à la fraternité qu'elles impliquent) place d'emblée le droit (naturel) en-deçà de cette dichotomie : la fraternité qui *doit être* s'impose à partir de ce qui *est*²⁹.

Achevons le parcours en notant que, du même coup, la bienveillance humaine fondamentale connotée par la fraternité permet à la société démocratique de ne pas se déchirer entre ses deux autres valeurs, la liberté et l'égalité ; elle assure leur médiation. La fraternité, en effet, permet aux sujets de se reconnaître à la fois égaux en même temps que libres : *égaux* entre eux alors même qu'ils vivent chacun leur liberté propre, comme aussi *libres* en eux-mêmes alors qu'ils connaissent entre eux une égalité fondamentale.

*

Partis à la recherche de la source fondatrice du droit, nous avons reconnu la tension constitutive de la forme juridique entre l'effectivité proprement politique d'une part, la légitimité éthique d'autre part. Pour explorer d'abord l'origine de la société politique, nous avons voulu revenir, non pas en deçà de cette société pour y déceler un mythique état de nature qu'un contrat primitif aurait rendu social, mais plutôt constater que, en ses profondeurs (« *en-dessous* »), l'état de nature, du fait même de la naissance humaine, est déjà social. Constatation qui permet de corriger l'approche seulement for-

²⁹ Pour rappel, l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* », puis en tire un fondement et une conséquence. Le fondement : « *Ils sont doués de raison et de conscience...* » ; la conséquence : « *...et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ».

melle dans laquelle les sources du droit ne seraient définies que par la volonté correctement dite des titulaires du pouvoir. Admettre la naissance, en effet, c'est accepter à la fois l'en-deçà des corps dans la reconnaissance juridique d'autrui, l'affectivité propre à la nation dans la constitution rationnelle de l'État et la fraternité comme médiation préalable de la liberté et de l'égalité. Reste alors à voir l'autre pôle de la tension, la finalité éthique.

III. Au-delà : la fin

On attribue à la sagesse chinoise le célèbre proverbe : « Quand le sage montre la lune, le fou regarde le doigt ». Si nous devons chercher le lieu d'origine du droit dans le lien social lui-même au sein duquel le pouvoir va énoncer son ordonnance, nous ne pouvons tout de même pas oublier le but poursuivi par cet ordre, qu'on appellera tantôt la justice, qui entend rendre à chacun la part qui lui revient, tantôt le bien commun. Ce rappel des exigences éthiques touche tant le juge que les autres acteurs du droit, tous tournés vers la raison fondatrice³⁰.

A. La source dans la fin

Puisque la source du droit renvoie à sa fin, il importe de mettre en évidence la faculté de raison dans la désignation de la légitimité.

1. Raison et bien commun

Il est vrai que la liste classique des sources place la Constitution, le traité, la loi, le règlement, la jurisprudence... à l'origine du droit mais, pour autant, le droit n'émane pas d'elles, comme nous l'avons

³⁰ Sur le lien entre justice et droit naturel, v. aussi J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel* (1^{re} éd. espagnole : *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pampelune, Eunsa, Ed. Universidad de Navarra, 1982, 6^e éd. 1990), trad. Hélène Delvolvé, prés. Jean-Marc Trigeaud, éd. Biere, Bordeaux, 1991.

dit. Elles ne sont sources *de droit* que parce qu'elles l'énoncent, précisément. C'est que, avant d'être acte de volonté, le droit relève de la raison, cette autre faculté humaine qui cherche d'abord à comprendre les liens en leur forme propre, avant de formuler leur norme.

On se rappelle à cet égard la définition que Thomas d'Aquin donne de la loi : « Une ordonnance de *la raison* en vue du *bien commun*, promulguée par celui qui a la charge de la communauté ³¹ ». Car la raison, qui règle et mesure les actes humains, est le principe premier de ces actes. Ainsi, « c'est [...] à la raison qu'il appartient d'ordonner quelque chose en vue d'une fin ³² ». Or, la fin de la loi proposée au XIII^e siècle par l'auteur de la *Somme théologique* diffère-t-elle, en raison, de celle que poursuit le droit au XXI^e ? Aucun esprit sensé, aujourd'hui, n'oserait dire que cette fin n'est plus le bien commun, non pas parce qu'il y serait contraint sous l'effet d'une quelconque force extérieure, mais parce que tel est le jugement de sa raison : la loi (le droit) est là pour le bien de tous et de chacun. Dès lors, si le commandement du Prince ne cherche pas à rendre à chacun sa part du bien commun, son ordre devient source, non plus de droit, mais d'injustice.

Cela dit, en évoquant la fin du droit alors que notre interrogation originaire portait sur l'origine, n'avons-nous pas, en mauvaise hydrographie, confondu la source et l'embouchure ? En réalité, ici encore, l'image ne doit pas tromper, car la *matière* de l'ordre donné par l'autorité entre dans la définition de la source elle-même. Répétons-le : si nous ne définissions le droit en son origine que par l'acte de volonté du pouvoir qui l'énonce, nous pourrions nous contenter de l'aphorisme : « tout ce que dit le pouvoir (selon les formes) est du droit ! » Mais si, dans l'État de droit, nous voulons que le pouvoir

³¹ *Somme théologique*, Ia IIae, Q. 90, art. 4, concl. (nous soulignons).

³² *Ibidem*. Les rapports de la raison et de la volonté sont ainsi précisés : « La raison tient de la volonté son pouvoir de mettre en mouvement [...]. C'est en effet parce qu'on veut la fin que la raison impose les moyens de la réaliser. Mais la volonté, pour avoir raison de loi quant aux commandements qu'elle porte, doit être elle-même réglée par une raison. On comprend ainsi que la volonté du prince a force de loi ; sinon sa volonté serait plutôt une iniquité qu'une loi. » (*Somme théologique*, Ia IIae, Q. 90, art. 1^{er}, sol. ad 3^{um}).

reste, jusqu'en sa source, soumis au droit, nous ne pouvons faire l'économie du contenu de ses ordres afin de vérifier si les mesures qu'il ordonne (en ses lois, règlements, traités ou arrêts) constituent réellement des moyens pour la réalisation de la fin. Alors que, dans les actes de pure volonté, le début se suffit à lui-même (je veux!), dans les actes de raison, le début (la source) a besoin aussi de la fin³³.

2. Légitimité et réalisme

A cet égard, il importe de bien préciser la consistance propre de la légitimité dans la théorie (prérappelée) des trois cercles de la validité. Il est trop clair que le dernier cercle (légitimité) ne se confond pas avec le premier (effectivité), car cette assimilation ne ferait que donner raison à l'aphorisme selon lequel « la raison du plus fort (au sens physique du terme) est toujours la meilleure (au sens moral) ». C'est que, pour orienter la force, l'éthique ne peut se dissoudre en elle. Mais un plus grand danger de confusion concerne le deuxième cercle. On emploie parfois l'expression de « légitimité démocratique » pour signifier qu'une loi prise par une assemblée valablement élue, et selon les formes préalablement fixées, serait *par elle-même* légitime. Or la distinction des trois cercles de validité a au moins ceci de précieux qu'elle permet d'éviter une telle superposition logique. C'est que le respect des formes démocratiques entre dans le registre de la *légalité* mais il ne dit encore rien, comme tel, de la *légitimité* proprement éthique de la norme ainsi adoptée. La légitimité représente le *bien* (commun) qui polarise les énoncés du pouvoir, afin que ces énoncés deviennent, précisément, du droit. Elle est l'eschatologie du pouvoir.

La définition du droit par sa matière et pas seulement par sa forme renoue ainsi, en-deçà du positivisme contemporain, avec la tradition ancienne qui voyait le droit dans les choses elles-mêmes

³³ On rapprochera ce point de l'analyse des quatre causes d'ARISTOTE (*Métaphysique*, livre 1^{er}, chap. III, n° 983a). La statue d'Apollon ne s'explique pas seulement par sa cause matérielle (le marbre), formelle (les traits prêtés au corps du dieu) ou efficiente (le sculpteur). Pour rendre *raison* de cette sculpture, il faut encore en dire la cause *finale*, par exemple la décoration du stade.

(*res*) avant qu'elles ne viennent au jour par la parole (*verba*). Dans le langage médiéval, de même que la médecine est le remède concret donné au malade («prenez votre médecine!») avant de devenir la discipline que l'on sait, le droit est la chose juste elle-même («donne-moi le fait, je te donnerai le droit»), avant de devenir l'objet d'une *Théorie pure*³⁴.

Ce regard «réaliste», caractéristique du droit naturel, soulève tout de même deux questions redoutables : d'abord, comment tirer un devoir-être (le droit) à partir de l'être lui-même (la nature, les choses); ensuite, si le droit se trouve dans les choses, se contre-distinguait ainsi, au moins logiquement, du discours d'autorité tenu par les «sources formelles» du droit, qui donc pourra se présenter comme lecteur autorisé de ce droit caché dans la nature³⁵?

En réalité, l'observation de la pratique quotidienne montre que ces questions sont déjà résolues par les acteurs du droit, à commencer par le juge.

B. Le travail du juge

Le droit trouve son lieu propre dans le jugement, car c'est là que l'appelle la réalité concrète, nécessairement singulière. Certes, à la cause qui lui est soumise, le juge doit appliquer la loi, – dite d'ailleurs «source du droit» – pour éviter que, dans la même entité politique, deux citoyens ne soient jugés selon la pratique inéquitable du «deux poids, deux mesures». Mais, avant de lire la loi, le juge doit d'abord écouter les faits de la cause. On sait en effet combien le travail du juge est aussi peu mécanique que possible, comme s'il lui suffisait de déverser, sur la matière sèche des faits, l'eau juridique qui coulerait, comme d'une source, de la loi. Tout se passe plutôt comme si les faits portaient en eux-mêmes une puissance de droit que le juge aurait à faire sourdre, en lisant la loi avec toutes les res-

³⁴ Pour l'approche thomiste du droit comme chose, v. M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit, les moyens du droit*, Dalloz, Paris, 2001, p. 55.

³⁵ Pour une approche historique de cette double question, v. L.-L. CHRISTIANS, FR. COPPENS *et al.*, *Droit naturel, relancer l'histoire*, préface de C. Labrusse-Riou, postface de J.-M. Ferry, Bruylant, Bruxelles, 2008.

sources (on peut dire aussi: toutes les sources) que lui livrent l'interprétation ou les principes généraux, ou l'équité ou encore la limitation de l'abus.

1. Interprétation et principe général

Sinon, comment comprendre cette tension vers la justice manifestée dans le travail d'interprétation du juge? L'éternel débat, poursuivi depuis l'Antiquité, entre la lettre et l'esprit du texte, ne reflète-t-il pas la polarité évoquée plus haut entre le langage du pouvoir qui rassemble la société, d'une part, la finalité qui attire toujours cet énoncé vers une plus grande justice, d'autre part?

Certes, la lettre doit rassembler dans son (apparente) sécurité l'ensemble des membres de l'entité politique, mais la vraie confiance des citoyens dans le droit ne peut venir que de l'esprit du texte, c'est-à-dire de sa propre visée de justice, en adéquation (en «ajustement») avec la particularité des faits soumis au juge, visée que la lettre du texte n'a pas toujours pu dire. Interpréter le texte selon son esprit, ce n'est pas refuser le texte comme source du droit; c'est, au contraire, le reconnaître comme tel, c'est-à-dire comme en tension vers la réalité afin d'y mettre au jour le droit qui s'y trouve. Tous les efforts d'interprétation déployés par le juge pour que l'application d'un texte général n'aboutisse pas, en sa lettre, à créer une situation d'injustice, montrent que, dans le chef de ce juge, la source du droit se trouve moins dans l'énoncé légal censé régir les faits de la cause que dans son propre jugement sur le droit, – oui, le droit –, inhérent aux choses.

L'aiguillon qui stimule le juge dans son interprétation des textes reste bel et bien le droit, entendu comme la solution qui permet de donner «à chacun le sien». Un paradigme du travail judiciaire serait ainsi donné par l'article 20 de la Constitution allemande: «le juge est soumis à la loi et au droit». Lorsque le juge ne trouve pas dans la lettre des lois l'issue qui lui permettrait de «rendre justice» au plaignant présent devant lui, le voici donc autorisé à mobiliser l'ensemble des textes en vigueur pour en dégager un principe général grâce auquel il corrigera l'injustice qu'aurait entraînée une pure et simple application de la littéralité des textes. Qu'est-ce à dire sinon que le droit ne trouve pas d'abord sa source dans les étroites-

ses de la loi mais dans le regard posé par le juge sur la situation elle-même et qui lui permet de dire, précisément, que la loi est plus large que sa lettre³⁶.

Dans la même ligne, on citera, en Belgique, les efforts déployés avec succès par «l'École de Bruxelles» afin de faire reconnaître l'existence de principes généraux du droit qui, pour déborder la stricte légalité, n'en servent pas moins de puissants leviers dans l'argumentation juridique positive³⁷. Le Procureur général (et professeur) Walter-J. Ganshof van der Meersch y a vu la base légale de moyens de cassation³⁸, tandis que Paul Foriers déployait, au plan théorique, la notion quelque peu paradoxale du «droit naturel positif» pour montrer que des valeurs telles que la continuité de l'État et du service public, l'égalité, l'état de nécessité ou la bonne foi déterminent bel et bien le travail du juriste, même si elles n'obéissent pas aux critères positivistes des règles formalistes de reconnaissance³⁹.

³⁶ Une application célèbre de l'art. 20 § 3 de la *Grundgesetz* se trouve dans l'arrêt *Soraya* (BVerfGE 34, 269) qui a permis de censurer la publication, par le puissant groupe de presse Axel-Springer, d'une interview entièrement imaginaire de la princesse iranienne. Comme la victime ne trouvait pas dans les limites du régime allemand de la responsabilité civile la possibilité d'obtenir réparation de son dommage moral, le tribunal constitutionnel a inféré de diverses dispositions légales l'existence d'un principe général de protection de la personnalité (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*). En relevant que le juge est soumis à la loi et au droit, le tribunal de Karlsruhe a estimé que, «de l'avis général, la Constitution s'est dégagée d'un étroit positivisme légaliste. La formule exprime que, sans doute, la loi et le droit se recouvrent en général, mais pas nécessairement ni toujours. Le droit ne se confond pas avec l'ensemble des lois écrites. Face aux prises de position du pouvoir de l'État, il peut exister, dans certaines circonstances, un surcroît de droit (*ein Mehr an Recht*) qui trouve sa source dans l'ordre juridique constitutionnel considéré comme un tout sensé, et qui peut agir comme un correctif de la loi écrite. Le trouver et le mettre en oeuvre dans ses décisions est la tâche de la jurisprudence» (trad.).

³⁷ Cf. B. FRYDMAN, «Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles», *Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit*, Université libre de Bruxelles, n° 2011/07.

³⁸ V. sa célèbre mercuriale de 1970: W.-J. GANSHOF VANDER MEERSCH, «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *Journal des Tribunaux*, 1970, p. 157 et s.

³⁹ Cf. P. FORIERS «Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif», *Revue internationale de philosophie* (1963, fasc. 3), repris dans *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruylant, Bruxelles, 1982, vol. I, p. 411 et s.

2. Équité et abus de droit

A côté du principe général de droit, l'équité offre aussi un modèle éclairant en tant qu'elle montre les insuffisances du langage tenu par le pouvoir. Pourtant, dans le parcours des « sources du droit », on la présente souvent en dernier lieu, comme une curieuse exception à l'application généralisée de la loi : cette loi, en effet, ne pouvait, semble-t-il, s'appliquer à l'espèce en raison du caractère inéquitable des solutions auxquelles elle aboutirait, vu les circonstances. Mais peut-être faut-il, à l'inverse, considérer que l'équité, exprimant de façon éminente la finalité de justice inhérente à toute formulation du droit, fait la course en tête, alors que les normes générales, dans leur lourdeur et raideur, multiplient les efforts pour la rejoindre. En tout cas, la figure de l'équité montre que le droit ne prend pas d'abord sa source dans les paroles (*verba*) du pouvoir, mais dans la singularité de la réalité elle-même (*res*) qui appelle, chaque fois, la justice⁴⁰.

La figure de l'abus de droit fournit une dernière illustration de l'impossibilité d'enclorre le droit dans une source formelle, attiré qu'il est par l'inassignable justice. Voici une norme claire, qui a conféré à ses destinataires des prérogatives bien définies. Mais, à l'intérieur de ce champ libre, s'imposait déjà, dirait-on, une exigence plus impérieuse, que la norme énoncée n'avait peut-être pas explicitement formulée, mais qui relève tout de même du droit puisque le non-respect manifesté à son égard est condamné par le juge au titre de l'abus de droit. Mais d'où a donc jailli ce droit sanctionnateur sinon d'une instance plus profonde que la source formelle du droit dont le titulaire a abusé : la justice ?

Bienheureuse séparation des pouvoirs ! Alors que les ordres donnés par le législateur, l'administration, le traité ou le contrat se présentent comme « sources du droit », le juge utilise son propre

⁴⁰ La mention de l'équité dans les sources écrites telles que l'art. 1135 du Code civil (« à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») ou l'article 38 (2) du Statut de la Cour internationale de Justice (« statuer *ex aequo et bono* ») n'en transforme pas la nature profonde : même mentionnée dans un texte, l'équité continue à signifier l'impossibilité que rencontre le pouvoir d'enfermer le droit dans son dire.

pouvoir (juridictionnel) pour montrer que ces « sources » ne sont pas encore celles « du droit » tant qu'elles n'ont pas rejoint, par sa propre bouche précisément, les relations concrètes qui réclament justice. D'où son recours à l'interprétation, aux principes généraux, à l'équité, à la sanction de l'abus de droit et à toutes les autres figures que le droit invente pour être fidèle à sa source. Le juge rappelle ainsi, au bénéfice de tout le corps social, que la définition du droit (et donc de ses sources) n'est pas complète si elle se limite à son origine formelle dans le pouvoir : la source est aussi dans la fin. Indication stimulante pour les autres acteurs du droit.

C. Les autres acteurs

Si le travail du juge vise la fin du droit, les acteurs qui ne possèdent aucun pouvoir poursuivent le même but. Citons pêle-mêle les domaines de la doctrine, du droit de grève et de l'objection de conscience.

1. Les auteurs de doctrine

La doctrine est-elle une source de droit ? On comprend que la question soit débattue puisque les auteurs qui écrivent sur les matières de droit, que ce soit sous forme de traités, de monographies ou de notes d'arrêt, ne sont pas, en tant que tels, titulaires du pouvoir législatif, ni exécutif ni judiciaire. Pourquoi donc les productions de ces auteurs peuvent-elles être rangées parmi les sources du droit ?

Réponse : parce que, en admettant la doctrine dans le sanctuaire de ces sources, nous confirmons que le droit lui-même ne se définit pas seulement par le pôle du pouvoir qui l'énonce mais aussi, — tension oblige —, par toute la part de raison qu'il porte en lui. Alors que le législateur a dû prendre une option politique dans la hâte (parfois) et la complexité (souvent) du travail législatif, et que le juge a rendu sa décision en se cantonnant aux limites des faits de la cause, la doctrine, dégagée des responsabilités propres au pouvoir, se permet de prendre du recul par rapport aux énoncés précédents, pour en confirmer la cohérence ou, au contraire, pour signaler les contradictions qui apparaissent, non seulement à l'intérieur du *corpus* posi-

tif (*de lege lata*) mais encore par rapport à la justice considérée comme l'idéal du droit (*de lege ferenda*).

La doctrine joue ainsi un rôle irremplaçable dans la formulation du droit car elle manifeste, en cette œuvre proprement humaine, le travail de la raison. N'est-ce pas la doctrine qui fait entrer le juriste dans le droit? C'est elle en tout cas qui le lui enseigne, pour que son esprit parvienne à le lire, en quelque sorte, de l'intérieur. A ce titre, la doctrine insistera sur la finalité du droit, sur le sens qu'il doit revêtir dans la société. Tandis que le pouvoir se déploie dans le cercle de l'effectivité pour donner force à la légalité, – soit en créant formellement la norme, soit en l'appliquant –, la doctrine, qui n'a pas ces pouvoirs-là, rejoint davantage le cercle central de la légalité par l'autre bord, celui de la légitimité. Elle *raisonne* pour vérifier que les ordres du pouvoir poursuivent la *raison* ultime du droit.

En droit international, par exemple, c'est elle qui, avec la coutume, offre le tissu conjonctif des volontés étatiques, exprimées dans les traités. La doctrine est source en tant qu'elle *voit* le droit en une sorte, dirait-on, de contemplation. A la suite des « pères » du droit international, de l'Espagnol Vitoria qui refusait d'admettre l'existence d'un vide juridique dans les relations nouées entre son pays et « les Indes », pour la bonne raison qu'un droit naturel lie déjà les nations entre elles avant même qu'elles n'aient convenu telle ou telle disposition qui les obligerait, et du Hollandais Grotius affirmant qu'une sociabilité naturelle empêche de considérer que les rapports noués entre les nations ne relèveraient pas du droit, la doctrine, aujourd'hui encore, comble les vides qu'un positivisme volontariste a cru déceler dans le droit des relations internationales⁴¹.

⁴¹ On lira ainsi avec intérêt l'opinion dissidente émise par le juge A.A. Cançado-Trindade à la suite de l'arrêt rendu le 3 février 2012 par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Allemagne c. Italie* au sujet de l'immunité d'État en cas de crime de droit international. Invoquant « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » parmi les sources du droit international, l'auteur affirme : « Consideration of the basic issue raised in the present case concerning the Jurisdictional Immunities of the State [...] cannot thus prescind from, and be exhausted in, a review only of case-law (both international and domestic) on the procedural issue of State immunity strictly. Attention is to be turned also to the most lucid international legal thinking, drawing on the underlying human values. » (CIJ, 3 fév. 2012, opinion diss. Cançado-Trindade,

Trouve-t-on, par ailleurs, un point commun, sur notre matière, entre le droit de grève et l'objection de conscience ?

2. Les grévistes et les objecteurs

Pour le civiliste, la grève ne peut être vue que comme une anomalie. Deux auteurs aussi contrastés que Lucien François et Georges Ripert le confirment. Le premier écrit en 1980 : « L'article 1134 du Code civil est bien là qui fait des conventions la loi des parties et le législateur, qui intervient pour bien moins, en matière "sociale" surtout, ne déroge à ce principe par aucun texte sur la grève. Nous touchons au point crucial⁴² ». Or, depuis lors, dira-t-on, la jurisprudence d'abord, la Charte sociale européenne ensuite, ont permis de faire reconnaître le droit de grève en Belgique⁴³. Mais peut-être faut-il alors citer le second auteur, qui écrivait vingt-cinq ans plus tôt : « C'est une œuvre vaine que de prétendre réglementer légalement une manifestation de désobéissance⁴⁴. »

Désobéissance ? Mais, en l'espèce, à quel droit s'agit-il d'obéir ? Le droit civil prétend certes qu'il faut se soumettre au contrat comme à la loi, mais le droit social donne comme premier impératif

n° 32). Et l'auteur d'emprunter ensuite à Albert de La Pradelle, Max Huber et Alejandro Alvarez les citations qui permettent d'élargir la conception du droit international, par-delà les étroitesse du strict rapport interétatique, en direction de la protection de la personne humaine saisie comme valeur ultime.

⁴² L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit social », 1980, p. 111. L'auteur ajoute : « Rien n'est plus remarquable que les efforts tentés, afin de pouvoir prétendre s'autoriser d'une lacune, pour éluder l'obstacle majeur que constitue à cet égard l'article 1134. »

⁴³ V. Cass., 21 déc. 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 531 ; *Chron. D.S.*, 1982, p. 157, note M. RIGAUX. L'arrêt tire argument des réquisitions de travailleurs organisées, en certains secteurs vitaux, par la loi du 19 août 1948 relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix (*M.B.* 21 août 1948) pour affirmer hardiment (*a contrario*) que « des travailleurs en grève sont uniquement tenus d'effectuer le travail imposé en vertu de la loi ». Quant à la Charte sociale européenne, ratifiée par la Belgique en 1990, son art. 6 porte, à l'alinéa 4, que les parties « reconnaissent le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur ».

⁴⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 112.

la protection collective des travailleurs. Où se trouve donc la «source» du droit ici applicable? Ne faut-il pas reconnaître dans l'intrusion historique du droit social à l'intérieur du droit civil, la tension, déjà rencontrée, entre le droit formel, tel qu'exprimé par exemple dans l'accord de volontés qu'est le contrat de travail, et la finalité de justice poursuivie par la source du droit comme telle? La grève serait dès lors cet acte qui descend plus profondément que la forme pour rejoindre les fins que cette forme (contractuelle) n'a pu enclore: les travailleurs trouvent ainsi dans la réalité injuste elle-même la source de leur droit à résister aux conditions qui leur sont faites⁴⁵. C'est en ce sens-là que les mots «droit» et «grève» ne sont plus antinomiques.

Sans doute cette affirmation de principe ne résout-elle pas encore les nombreuses questions pratiques que la grève pose au juriste: les travailleurs seront-ils, sans autre contrôle, les seuls juges de l'injustice contre laquelle ils protestent? La licéité de la grève peut-elle être monopolisée par les syndicats? Les employeurs peuvent-ils recourir aux voies civilistes (défense de la propriété ou de la liberté de commerce, par exemple) pour contenir les inconvénients de l'arrêt de travail? Les tiers peuvent-ils mettre en cause la responsabilité civile des grévistes eux-mêmes? Mais on aura au moins perçu que ces questions ne peuvent être résolues sans garder sous les yeux l'intégralité de la carte des sources du droit. Une lecture seulement formelle doit être complétée par une prise en compte de la réalité concrète qui appelle d'elle-même, – c'est du moins le point de vue jusnaturaliste –, l'effectivité de la justice.

Dans la même ligne, on aura peut-être aussi remarqué les analogies de cette figure du droit social avec l'objection de conscience. Alors que la première fait entorse à la légalité du contrat de travail

⁴⁵ Cette résistance est collective. Le fait ne signifie pas, pour autant, que le droit de grève se justifierait par l'exercice de la liberté d'association. Sur le plan juridique, en effet, on ne voit pas de quel droit les membres de l'association trouveraient dans le mot d'ordre syndical le droit de ne pas remplir un devoir (de travailler) dont ils ont volontairement assumé l'obligation par leur engagement dans le contrat. Une fois de plus, l'approche seulement formelle des «sources du droit», – en l'occurrence par la volonté de l'association –, révèle son insuffisance.

au nom de la réclamation collective d'une plus grande justice, la seconde se place en travers de la légalité de la loi en invoquant une injonction de la conscience personnelle. Dans un cas comme dans l'autre, cette résistance a d'abord entraîné la répression : condamnation pénale de la grève ou de l'objection de conscience (au service militaire, par exemple) mais, dans la suite, la réflexion a évolué vers une plus grande ouverture. Au sujet de l'objection de conscience, Etienne Montero écrit : « En revanche, dans une société où le pouvoir politique est résolument limité par les droits des citoyens et contrôlé par des juridictions indépendantes, il cesse d'être évident que toute loi doit toujours et nécessairement prévaloir sur la conscience des personnes visées par une injonction légale ⁴⁶. »

Sans doute, la reconnaissance de l'objection de conscience pose-t-elle, ici encore, des problèmes pratiques qui ne feront que se multiplier, en particulier dans nos sociétés plurielles, de telle sorte que, à côté « de bonnes raisons de faire droit à l'objection de conscience », il existera toujours « de bonnes raisons pour se méfier de l'objection de conscience et contenir sa force d'expansion ⁴⁷ ». Il n'empêche que, reconnue ou non par la loi, cette figure éthique montre que le droit ne peut pas s'enfermer dans la positivité des ordres donnés par le pouvoir. L'objection de conscience, comme la grève mais à un autre titre qu'elle, montre que la source du droit coule aussi ailleurs.

Mais les propos tenus jusqu'ici ont pu inquiéter : où allons-nous, – où va le droit ? – si d'abord le juge, puis les simples citoyens eux-mêmes, peuvent se permettre d'aller voir dans ce qu'ils appellent la réalité (ou la nature) le droit qui régirait leur conduite ?

D. Retour aux sources

Telles étaient, en effet, les deux questions posées à notre effort jusnaturaliste de « revisiter les sources » : d'abord, comment tirer un

⁴⁶ Et. MONTERO, « La loi contre la conscience : réflexions autour de l'objection de conscience », in J. Fierens (éd), *Jérusalem, Athènes, Rome. Liber amicorum Xavier Dijon*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 165.

⁴⁷ Et. MONTERO, *op. cit.*, p. 171-172. Quelle « raison » en effet faudra-t-il mettre en œuvre dans les « accommodements raisonnables » ?

devoir-être à partir de l'être lui-même ; ensuite, si le droit se trouve dans la nature, qui donc pourra se prétendre lecteur autorisé de ce droit qui s'y cache ?

1. La raison de tous

Les deux réponses sont liées : c'est parce que le droit est, en premier lieu, l'affaire de la raison pratique qui scrute le devoir-être dans l'être lui-même que toute personne humaine est gardienne de la source du droit. A commencer par les victimes de l'injustice, depuis l'enfant qui pleure parce qu'on lui a volé ses billes, jusqu'à la femme du Nord-Kivu qui meurt de honte d'avoir été violée par une brute. Mais, dira-t-on, il s'agit là de morale, et non de droit. Certes, mais, quoi qu'en disent Kelsen et les autres auteurs qui veulent enfermer le droit (et ses sources) dans la pureté de sa forme, la valeur morale, – autrement dit la légitimité –, n'est-elle pas cause finale du droit, et donc aussi sa source ?

Ce n'est que dans une vue singulièrement abstraite, répétons-le, que le droit se laisserait penser comme une succession de décisions dans l'ordre du devoir-être (*Sollen*), coupées de l'étude de l'être (*Sein*), saisi alors selon une approche seulement scientifique. La simple rencontre intersubjective des humains montre, en effet, d'emblée, que l'être *doit* être. Tel est l'impératif moral qui habite la raison propre à l'homme. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à nouveau, puisque nous parlons de *nature*, à la *naissance*. Dira-t-on, comme les tendances actuelles de la « bioéthique » le donnent à penser, que l'être de l'enfant est une donnée que les scientifiques étudieront d'un côté, tandis que, de l'autre côté, le pouvoir prendra les décisions qui deviendront le droit en vigueur à son égard ? Non, la nature n'est pas cette plate positivité d'*être*, abandonnée aux savants ; le droit n'est pas non plus cette (autre) plate positivité de *devoir-être*, décidée par les autorités en place. C'est que l'être humain porte en lui un devoir-être qui s'impose immédiatement à autrui et que lui-même doit respecter à l'égard d'autrui. La nature est alliance d'être et de devoir être dans la conscience de chaque être humain, promu ainsi gardien de la source du droit.

L'affirmation ne constitue tout de même pas un plaidoyer pour l'anarchie. Car si chaque sujet garde en sa conscience la source du

droit, il se tromperait à s'en croire pour autant le maître, au point de décider à lui seul, par un curieux retour à l'*état de nature* qu'ont inventé les Lumières, du droit qui devrait le régir. Car cette source, – fraternelle, si l'on veut bien tenir compte des naissances –, commande d'emblée en chaque humain le respect d'un ordre fait de paix et de justice. Le « droit naturel » ne s'oppose donc en aucune manière au « droit positif » ; il l'appelle plutôt comme son effectivité, avec laquelle il restera d'ailleurs constamment en tension au sein de la cité. Le droit naturel n'élimine pas la nécessité d'un pouvoir ; il la fonde au contraire sur la « naissance » humaine elle-même, en enjoignant audit pouvoir d'en respecter, comme d'une source fondatrice, les exigences.

Le pouvoir, à qui revient la charge d'instituer le droit, va donc, lui aussi, écouter en lui-même cette raison dont l'*ordonnance*, pour reprendre les mots de Thomas d'Aquin, vise le *bien commun*. Voilà pourquoi la démocratie constitue un régime hautement recommandable. Non pas parce qu'elle permettrait au plus grand nombre d'individus d'obtenir la loi qu'ils veulent (que deviendraient alors, par exemple, les minorités ?) mais parce qu'elle symbolise au mieux, – sans d'ailleurs que ce bénéfice soit acquis une fois pour toutes –, la commune soumission du pouvoir et des citoyens à la même raison qui tient déjà les humains ensemble. En démocratie, puisque la désignation des titulaires du pouvoir dépend de l'ensemble des citoyens, la formulation du droit apparaît davantage comme le fruit d'une raison partagée que comme l'imposition d'une pure volonté.

2. La source fondatrice

On peut d'ailleurs penser que la séparation des pouvoirs, déjà évoquée plus haut à propos du travail du juge, caractérise le régime démocratique : puisque l'exécutif, le législatif et le judiciaire sont distants l'un de l'autre, aucun des trois ne peut se prétendre, finalement, comme la source du droit. La loi ne deviendra effective qu'assortie de règlements et appliquée par le juge ; en retour, ces deux pouvoirs, réglementaire et judiciaire, doivent écouter la loi. D'où, nécessairement, la part de reconnaissance qui doit se jouer dans les relations entre les pouvoirs, montrant par là qu'aucun d'eux n'est *la* source du droit. Le droit, en effet, coulant entre ces pou-

voirs séparés, vient nécessairement d'une source supérieure qui se dit plus en termes de raison que de volonté.

Peut-être ne serait-il pas inutile de relire dans cette perspective-là les propos tenus dans le présent ouvrage tant sur la force normative que sur le *soft law*. Dans la mesure, en effet, où la perspective jusnaturaliste se refuse à arrêter la recherche des sources du droit dans le *dit* formel du pouvoir, préférant plutôt remonter ultimement jusqu'à la nature humaine elle-même, entendue comme alliance d'être et de devoir-être, c'est-à-dire comme porteuse d'un lien qui s'impose d'emblée, elle accueillera volontiers toutes les figures qui insistent sur le partage d'une rationalité commune entre les auteurs et les destinataires de la norme.

A cet égard, dans la théorie de la force normative proposée par Catherine Thibierge, on sera attentif à la polarité de l'émetteur et du récepteur. Tandis que la *valeur* normative renvoie à la force que voulait (ou pouvait) y mettre son auteur, la *portée* normative représente, au registre de l'effectivité, la force telle que perçue par les destinataires de la norme. Il est intéressant de souligner ainsi, dans la force normative elle-même, le caractère dialogique du droit, comme d'autres auteurs ont, en leur temps, étudié la part de négociation à l'intérieur du droit imposé⁴⁸. Mais peut-être l'attention accordée à la *force* fait-elle trop concevoir cette relation entre émetteur et récepteur comme un rapport de forces précisément, sans assez souligner la part de raison qui rassemble déjà ces deux pôles de la relation de droit.

Quant au *soft law* dont on ne sait trop quelle autorité lui accorder lorsque, du moins, il est qualifié de para- ou péri- législatif, on reconnaîtra une nouvelle fois, à partir de cette perplexité, l'intérêt de décroisonner l'idée que nous nous faisons des sources du droit. Si nous acceptons de prendre pour règle de reconnaissance non seulement les caractères formels de l'autorité compétente et de la procédure correcte, mais encore la matérialité des contenus qui visent la fin légitime du droit, nous accueillerons les indications données par

⁴⁸ V. Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

ce *droit souple* comme autant d'aides utiles dans la recherche des solutions les plus justes.

Faisons le point. Pour désigner les sources à revisiter, il était aussi tentant qu'impossible de retenir le critère seulement formel selon lequel la source du droit s'identifierait à l'autorité qui l'énonce. Notre réflexion sur l'*en-deçà* de la positivité montrait en effet qu'il valait mieux déchirer le tissu de la légalité pour reconnaître, à la source, la tension constitutive du droit entre une entité politique particulière (au royaume de la force) et une finalité proprement éthique (au royaume de la justice). A propos de l'entité politique, nous avons rappelé, *en-dessous*, l'importance des naissances tandis que, au sujet de la finalité, nous avons évoqué, dans le présent chapitre, consacré à l'*au-delà*, le travail de raison mené par le juge et les autres acteurs pour faire valoir un droit qui ne s'enferme pas dans les énoncés légaux. Or si l'*en-deçà* et l'*au-delà* de la positivité se répondent, trouverons-nous une correspondance semblable entre la naissance (*en-dessous*) et la transcendance (*au-dessus*)? La réponse n'est pas certaine.

IV. Au-dessus : la transcendance

Tandis que la période classique reconnaît un lien intime entre la source du droit qui régit les sociétés humaines et l'altérité ultime qui les déborde toutes, la période moderne prend, en effet, ses distances, tant à l'égard de la possibilité de connaissance de Dieu que de l'existence d'un lien de nature entre les hommes. De telle sorte que le débat sur les sources du droit devient l'enjeu d'un combat spirituel.

A. L'histoire

L'histoire de la philosophie a souvent couplé l'existence d'une source du droit qui coulerait en amont des décisions positives, avec l'affirmation de la transcendance divine. Les doctrines du droit naturel comptent ainsi, parmi leurs intérêts théoriques, celui de faire réfléchir les juristes sur la figure de Dieu, sous-jacente au lien social⁴⁹. Encore faut-il savoir, puisqu'il s'agit de traiter des sources du droit, à partir de quel corps social se tient ce discours sur Dieu.

1. Les auteurs

Aristote, sensible au dynamisme de l'acte, pensait que chaque être, dans le monde sublunaire, devait, par nécessité interne, faire passer sa propre nature de la puissance à l'acte, grâce au mouvement. Dès lors, le droit (le juste) à instaurer dans la cité serait sans doute conventionnel à certains égards, mais il ne pourrait en tout cas pas négliger ce dynamisme propre à l'être humain lui-même. C'est que chaque être est attiré par la perfection de l'acte, Dieu étant l'acte pur. Acte parfaitement immobile (puisque plus rien n'est en puissance en lui), il est en même temps moteur au sens où il provoque, en tout être du monde sublunaire, le désir de s'actuer lui aussi.

Thomas d'Aquin baptise ici encore Aristote à grandes eaux en voyant en cet acte pur, d'abord la figure que seul le Juif pouvait reconnaître, à savoir le Dieu biblique qui a appelé le monde à l'existence (Sois!), ensuite le Père du Verbe fait chair, par qui le monde aboutit à sa fin. Le message chrétien, qui reconnaît dans le

⁴⁹ On se limite ici à l'évocation de l'histoire occidentale, sans oublier que, sur les rapports entre la source du droit et la transcendance, de nombreux enseignements seraient à tirer de la pratique des populations du Sud. Si l'on demande, par exemple, au paysan africain d'où vient l'autorité de la coutume qu'il suit, il répondra qu'il s'agit de la pratique enseignée par ses ascendants qui lui ont donné la vie, et qui, ayant bien achevé la leur, se trouvent à présent proches du monde divin. Ainsi, lorsque le chef du village, au terme de la palabre, verse sur le sol la libation aux ancêtres après avoir pris la décision qui maintiendra au mieux la cohésion du groupe, personne n'osera contester ce jugement-là car « ici on craint Dieu ».

Christ l'*alpha* et l'*omega* de la création et, singulièrement, de la créature humaine, se prolonge dans la philosophie du droit de l'Aquinat : la sagesse créatrice s'est imprimée dans la nature, comme le sceau dans la cire, de telle sorte que la loi divine, traversant tous les êtres créés, chacun selon sa constitution propre, leur indique leur fin. Pour la plante, il s'agit de développer sa puissance de vie ; pour l'animal, en outre, de s'unir mâle et femelle et d'engendrer des petits ; pour l'homme enfin, assumant à son degré propre ces deux premières tendances, de connaître la vérité sur Dieu et de vivre en société⁵⁰.

2. Le corps ecclésial

On remarquera à quel point cette parole chrétienne est corporellement et socialement enracinée puisqu'elle est portée par une Église qui se présente comme le corps et l'épouse du Christ, lequel est *logos* (verbe, raison) de tout cet univers⁵¹. Or à l'aube de la modernité, le lien sacramentel du Christ et de l'Église se trouve passablement mis à mal par les Réformateurs qui, convaincus de l'entière corruption de la nature (et donc de l'Église en tant qu'institution naturelle), comptent désormais sur la (seule) foi en la (seule) grâce attestée dans la (seule) Écriture, pour obtenir un salut qui ne peut venir que de Dieu (seul). Du même coup, les chrétiens voient leurs liens se distendre entre eux : ils ne peuvent plus se fonder sur la communion des saints (Dieu seul est saint), ni sur la tradition qui transmet l'Écriture (l'Esprit seul en donne le sens à chaque croyant individuel), ni sur les sacrements (la grâce ne peut provenir de gestes seulement humains), alors que, autrefois, ces réalités ecclésiales les précédaient maternellement pour les engendrer à la grâce. Mais quel

⁵⁰ Cf. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia IIae, q. 94, art. 2 : « La loi naturelle contient-elle plusieurs préceptes ou bien un seul ? »

⁵¹ Pour un développement de ces images pauliniennes dans l'histoire du droit occidental, v. X. DIJON, « Le détour théologique du droit naturel » in L.-L. CHRISTIANS, FR. COPPENS *et al.*, *Droit naturel, relancer l'histoire*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 629 s.

rapport, demandera-t-on, entre ce rappel théologique et « les sources du droit revisitées » ?

Celui-ci : à partir du moment où l'Église ne peut plus symboliser, en sa constitution sacramentelle, le rassemblement que le Verbe incarné opère en s'aidant de la nature humaine, reçue à la fois comme corps dont il est la tête et comme épouse dont il est l'époux, la société politique elle-même, – et donc la source du droit –, change de sens. L'Église, déchirée par le fait de la Réforme, n'est plus là, en effet, pour signifier aux humains, rassemblés dans la cité, les deux notes caractéristiques de leur nature en tant que créatures raisonnables, à savoir, – nous venons de le dire –, vivre en société et connaître la vérité sur Dieu.

B. Connaître la vérité sur Dieu

Dieu en effet demeure l'Inconnaissable, transcendant toute tentative de la raison (trop humaine) qui voudrait explorer son incompréhensible mystère. Or cette racine théologique a porté ses fruits philosophiques⁵².

1. La théologie négative

Car il n'est plus question, donc, de chercher à découvrir, par l'analogie de la créature et de son Créateur, une quelconque intelligence de la Sagesse divine qui régit les humains. La tradition ecclésiale, les sacrements catholiques et les mérites des saints n'étant plus crédibles, puisque trop humains, il est inutile de chercher en Dieu autre chose que, soit la pure puissance dont les monarques invoqueront l'autorité pour garantir leurs ordres, soit l'Être suprême en présence duquel le peuple formulera sa Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en attendant que, bientôt, la sécularisation vienne écarter tant cet Être que cette puissance hors du champ

⁵² On remarquera que les grands auteurs qui bâtissent la société sur le contrat social (J. Locke, Th. Hobbes, J.-J. Rousseau, E. Kant...) sont tous de confession protestante.

public. C'est que le Verbe de Dieu n'étant plus sacramentellement présent au monde par son Église, les humains se retrouvent dans une logique de pure négation : logique où Dieu, n'étant rien de ce qu'est l'homme, affirme donc sa transcendance, à la limite, par l'arbitraire, tandis que l'homme ne trouve pas dans sa nature humaine, décidément trop corrompue, l'indication de ce qu'il devrait être. L'homme n'est pas sauvé dans sa nature mais *de* sa nature. Ainsi l'affirmation d'un droit qui émanerait de la nature créée elle-même a-t-elle disparu, d'abord dans la scission kantienne de l'être et du devoir-être, puis dans le postulat kelsénien.

2. Les suppositions philosophiques

L'être, scruté selon les processus de connaissance décrits dans la *Critique de la raison pure*, ne peut faire l'objet de jugements valides que si l'esprit humain respecte ses propres limites épistémologiques, lesquelles lui ouvrent sans doute largement les voies de la science mais lui interdisent la connaissance des réalités métaphysiques. Scission oblige : ces réalités-là ne lui sont accessibles que sous le mode du postulat, à partir de l'expérience centrale décrite dans la *Critique de la raison pratique*. Par cohérence avec l'impératif éthique, en effet, il faut supposer d'abord la liberté chez le sujet qui accueille assurément l'injonction morale d'une autre manière que la contrainte physique, ensuite l'immortalité de l'âme qui rend possible l'achèvement de cette injonction catégorique, enfin l'existence de Dieu qui réconcilie l'accomplissement souffrant d'un tel devoir avec l'aspiration naturelle au bonheur. Quant au droit, il se caractérise essentiellement par l'ordre de contrainte, sous l'égide du contrat social.

Kelsen prolongera la dichotomie du *Sein* et du *Sollen* en radicalisant le dilemme : la nature dont on prétend tirer le droit naturel est une réalité, soit physique, soit métaphysique. Si elle est physique, seule la science peut l'approcher, mais on sait déjà que, de ses observations scientifiques, le savant ne pourra tirer aucune leçon sur le droit : une loi physique, en effet, n'a rien de juridique. Si elle est métaphysique, le philosophe pourra sans doute y lire une finalité qui relève du devoir-être, mais on sait aussi que cette réalité est inaccessible à l'esprit seulement humain : pas de téléologie sans théologie ;

or Dieu, répétons-le, est inconnaissable... D'où la nécessité, pour l'auteur de la *Théorie pure*, d'enfermer la positivité juridique, comme nous l'avons vu, dans l'ordre formel que clôt la norme fondamentale, laquelle réussit le tour de force de faire du droit la science des imputations sans jamais rien devoir à l'être puisque l'ordre juridique trouve sa source dans le postulat d'obéir à l'ordre juridique. La *Grundnorm* peut ainsi se lire comme le dernier avatar de l'impossibilité de connaître Dieu. Reste l'autre caractéristique de la loi naturelle applicable à la créature raisonnable.

C. *Vivre en société*

La vie en société ne va plus de pair avec la nature de l'homme puisque, la grâce originaire ayant été irrémédiablement perdue par le premier péché, l'état de nature est celui de la corruption. L'Église n'a donc plus rien de « divin » à dire sur le lien social, ni comme épouse, ni comme corps du *logos*.

1. Un lien social décidé

L'homme est seul en face de Dieu, sommé de se décider pour Lui, tourné vers la Croix salvatrice. Selon cette perspective-là, s'il restait un trait de la loi naturelle dans la créature raisonnable, ce serait celui que Thomas d'Aquin notait, au bas de l'échelle des êtres, c'est-à-dire de persévérer dans l'existence, comme tout vivant. Tel est précisément « l'état de nature » imaginé par les penseurs du *contrat social*, celui de la pure solitude du sujet, menacé, nous l'avons vu, dans sa propriété, sa liberté ou sa vie ; le « droit naturel », devenu subjectif, est désormais la prérogative dont jouissent les humains de préserver ces valeurs-là. Droit qui amène les sujets à créer la république comme une œuvre de leurs volontés, n'étant plus portée par une nature qui les aurait précédés, comme c'était le cas à l'époque où le lien sacramental de l'Église attestait, par son existence même, que la loi naturelle de l'homme est de vivre en société et de chercher la vérité sur Dieu.

Car autrefois, comme épouse du Christ, l'Église pouvait non seulement engendrer sacramentellement les croyants à la grâce, mais

encore confirmer dans sa consistance propre le lien politique lui-même par la mise en évidence de la loi naturelle que la sagesse créatrice avait inscrite en sa créature raisonnable. Épouse et mère, l'Église était attentive à la nature, aux naissances. Or, à partir du moment où les hommes ne sont plus précédés que par le péché originel d'une part, un Dieu incompréhensible d'autre part, le rassemblement politique, – et donc la source du droit –, ne peut provenir d'aucune autre transcendance que de leur propre intersubjectivité⁵³. Cette mutation se laisse formuler aussi dans les termes de l'autre image paulinienne, celle du corps.

2. Un corps substitué

Alors que l'Église est vue par la tradition comme le corps du Christ, la voici remplacée par un autre corps : l'État n'est certes pas engendré par la Vierge Marie, mais les citoyens qui ont, par la convergence de leurs volontés, constitué le *Léviathan* (chez Hobbes) ou la *Volonté générale* (chez Rousseau), ont aussi sacralisé ce fruit de leur convention originaire, puisque le monarque qui préside aux destinées de la « République ecclésiastique et civile » tient en mains non seulement l'épée mais la crosse, et que le montage rousseauiste

⁵³ Peut-être trouvons-nous dans ce contexte spirituel la raison d'être des efforts philosophiques consentis par trois auteurs contemporains : François Ost utilise le concept d'auto-transcendance pour désigner l'ouverture de toute société à son au-delà (Fr. OST, *Du Sinaï au Champ de Mars, l'autre et le même au fondement du droit*, Lessius, Bruxelles, 2000, p. 21). Jean-Marc Ferry invoque, de son côté, la philosophie transcendantale qui, sans nullement renoncer à l'autonomie du sujet fini, se montre « capable, dans son sommet réflexif, de faire place à ce qu'un laïcisme étroit tiendrait pour un dogmatisme religieux ». La philosophie transcendantale, dit l'auteur, ne renonce à aucun prix à l'autonomie du sujet fini mais « dans ses pointes suprêmes, la pensée critique permet de concilier philosophie et théologie, raison et religion, résolution et révélation ». (J.-M. FERRY, *La religion réflexive*, Cerf, Paris, coll. « Humanités », 2010, p. 112). Quant à Jürgen Habermas, il estime que : « Ici, dans l'Occident européen, le temps des oppositions entre des compréhensions anthropocentriques et théocentriques de soi et du monde qui s'affirment de manière agressive est révolu. Nous avons plus intérêt désormais à tenter de récupérer les contenus bibliques dans une foi de la raison qu'à combattre la soutane et l'obscurantisme. » (J. HABERMAS, *Entre naturalisme et religion. les défis de la démocratie*, NRF Gallimard, Paris, coll. « Essais », 2008, p. 13).

prévoit la profession de foi purement civile tant dans la rétribution divine des actes des citoyens que dans la sainteté du contrat social. En même temps qu'une République, c'est une sorte d'Église (nationale) que le contrat social a instituée. L'image ecclésiale du corps, vidée de sa substance sacramentelle, est en effet devenue disponible pour sa reprise par l'État.

Ce modèle démocratique qui confie au peuple la gestion des affaires publiques, sans interférence de l'Église, compte d'incontestables mérites car il permet de respecter la liberté de conscience de chacun. Il reste à voir cependant si le droit trouve dans ce modèle-là sa source ultime puisque, fondé sur la volonté contractuelle des citoyens, il a escamoté le lien social qui précède un tel contrat. Or, pouvait-on se passer d'une référence à la naissance des humains? Mais d'où viennent les humains? En tout cas, la référence à une parole créatrice qui leur révélerait leur nature, – et donc leur droit – fait entre eux l'objet d'un débat d'ordre spirituel.

D. Un enjeu spirituel

On demandera en effet pourquoi fonder le droit (en l'occurrence naturel) sur un appui religieux qui n'est tout de même qu'inutile et incertain. En outre, dangereux.

1. Inutile et incertain

Inutile, puisque les pratiques adoptées tant par les incroyants que par les chrétiens montrent, chez les uns comme chez les autres, soit un véritable souci de leur prochain, soit, à l'inverse, un manque flagrant d'humanité: pourquoi donc ajouter une référence supplémentaire qui ne change tout de même rien dans le domaine de l'action? Incertain, car c'est par fiction que l'Église catholique romaine s'attribue l'autorité de Dieu pour trancher dogmatiquement les questions éthiques. Ces deux premières objections permettent de préciser le champ du débat.

En réalité, à propos de la référence inutile, nous touchons du doigt la limite du pragmatisme. En effet, lorsqu'il s'agit d'évaluer une action (charitable par exemple, ou intolérante), nous avons

besoin d'un autre critère que le fait même de l'action. Certes, il arrive parfois que le législateur, sommé de légaliser des pratiques douteuses en adoptant une loi qui comblerait le « vide juridique » (créé précisément par ces violations de la norme), ramène ainsi l'idéal à l'acte lui-même, mais alors, dans cet empirisme légal, où est passé le droit? Le croyant, pour sa part, préfère tenir que la lecture du réel comme œuvre du *logos* créateur donne une solide assise au *devoir-être* (naturel) qui devrait régir nos sociétés, permettant ainsi le discernement à mener sur les questions cruciales que le pragmatisme ne peut dirimer à lui seul.

Au sujet de la référence commune incertaine, il faut affiner l'analyse. Les églises protestantes ont certes laissé à chaque croyant la responsabilité de sa lecture individuelle de la Parole de Dieu, mais la présence d'un magistère dans l'Église catholique entend précisément montrer jusqu'à quel réalisme l'Esprit assiste l'Église dans l'explicitation de la révélation de Dieu et de l'homme. Bien sûr, cette confiance donnée à l'Église fait partie de l'acte libre de la foi et peut donc assurément passer pour fiction illusoire aux yeux des observateurs qui n'y adhèrent pas. Mais ce différend porte déjà en lui, on le voit, le débat sur les sources: le droit provient-il ultimement du libre-examen, par les sujets, de leur propre condition, ici et maintenant, ou d'une parole révélatrice qui a pris chair dans l'histoire? D'ailleurs, finalement, toute affirmation sur les sources du droit ne relève-t-elle pas d'un acte de foi ⁵⁴?

Instance: la foi en l'homme suffit. La référence supplémentaire au dogme est dangereuse, du fait qu'elle brise le lien social comme l'ont montré les guerres de religion au cours desquelles les différents fondamentalismes se sont affrontés.

⁵⁴ Pour rappel, le mot *foi* est employé dans le préambule de la Charte de San Francisco (1945), à l'endroit où les peuples des Nations unies se déclarent résolus « à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ».

2. Dangereux ou utile ?

Or, ici encore, il faut affiner l'analyse en cherchant à savoir à quelle transcendance s'adresse la religion en question. Dieu est-il nécessairement celui qui écrase les libertés jusqu'à les étouffer ? Ne pourrait-il pas être, au contraire, celui qui les laisse se déployer, même contre Lui, jusqu'à en mourir Lui-même, s'identifiant ainsi à toutes les victimes de l'histoire dont les droits n'ont pas été respectés ? Par ailleurs, dans la mesure où les libertés humaines ne sont plus mesurées par l'altérité qui les suscite, ne faut-il pas redouter cet autre danger que serait, dans les rapports de droit, la méconnaissance de l'autre ?

Dans une allocution donnée en 2005, Benoît XVI proposait de passer du célèbre « même si Dieu n'était pas donné » de Hugo Grotius au postulat contemporain de « comme si Dieu était donné » :

A l'époque des Lumières, l'époque où la foi était divisée entre catholiques et protestants, on pensa qu'il fallait conserver les valeurs morales communes en leur donnant un fondement suffisant. On pensa : nous devons rendre les valeurs morales indépendantes des confessions religieuses, de façon à ce qu'elles existent « *etsi Deus non daretur* ». Aujourd'hui, nous sommes dans la situation contraire, la situation s'est inversée. Les valeurs morales ne sont plus évidentes. Elles ne deviennent évidentes que si Dieu existe. J'ai donc suggéré que les laïcs, ceux que l'on appelle les laïcs, devraient réfléchir pour savoir si, pour eux, le contraire n'est pas valable aujourd'hui : nous devons vivre « *quasi Deus daretur* »⁵⁵.

Dans la mesure, en effet, où toute affirmation sur les sources du droit dépend finalement d'une option de foi, la société d'aujourd'hui ne trouverait-elle pas intérêt à postuler une réalité ultime, non pas pour annihiler de son autorité transcendante les sujets soumis au droit, mais pour inviter le pouvoir à reconnaître en ces sujets la trace de cette réalité-là ? Postuler, non plus une norme fondamentale formelle qui permettrait de rendre juridique la cascade de

⁵⁵ BENOÎT XVI, discours au clergé du diocèse d'Aoste (25 juillet 2005), http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2005/july/documents/hf_ben-xvi_spe_20050725_diocesi-aosta_fr.html

normes qui en découlent, comme chez Kelsen, ni non plus un Dieu qui réconcilierait devoir et bonheur au bénéfice de chaque individu éthique, comme chez Kant, mais un Dieu qui serait Père de tous les humains, fondant ainsi dans l'objectivité (postulée) de leur création, la fraternité qui les lie et qui serait, en définitive, la source du droit.

*

Revisiter les sources du droit, c'est aussi, disions-nous, s'engager dans l'exploration des origines, – contractuelles, naturelles? – de la société politique elle-même. L'exercice, on le voit, ne peut se limiter au champ juridique. Déchirant la forme tautologique du droit qui, *Grundnorm* ou contrat social aidant, a choisi de s'enfermer dans le droit, on verrait alors la correspondance, du côté négatif, de l'oubli des naissances avec l'agnosticisme métaphysique à l'égard du Créateur, du côté positif, de la fraternité humaine avec la loi naturelle. De même que la question des sources du droit n'est jamais close, l'enjeu ultime qu'elle représente fait l'objet d'un combat spirituel qui n'est pas près de s'achever.

Conclusion

Dans le large déploiement des efforts consentis par le présent Séminaire pour « revisiter » les sources qui coulent dans le champ du droit, le point de vue jusnaturaliste n'apparaît-il pas nécessairement étrange? Le seul livre sur lequel s'appuie sa lecture, en effet, ne porte pas les étiquettes rassurantes du « Bulletin officiel », de la « Pasicrisie » ou du « code de bonne conduite », puisqu'il n'est autre que la nature humaine elle-même. Alors que le pouvoir formule ses énoncés, législatifs, réglementaires, juridictionnels, conventionnels, et que les gens de robe ou de toge recherchent sans cesse la cohérence de cet amas de textes normatifs, le juriste formé par l'histoire du droit naturel reprend à sa manière, – c'est-à-dire bien lourde! –, la question du poète : « Est-ce ainsi que les hommes vivent? »

Certes l'harmonisation des textes juridiques entre eux, pour éviter leurs contradictions, lacunes et autres désordres, apparaît-elle comme une tâche hautement appréciable, mais la cohérence pre-

mière passe des mots (*verba*) aux choses (*res*). Vouloir rester dans la forme, en effet, est un acte que ne peut justifier la forme elle-même, comme le montrent les impasses de tout système qui prétendrait faire boucle. C'est que le droit est d'abord affaire humaine, ouvert donc à son origine et à sa fin : ses racines et ses ailes.

Racines de la société politique, nécessairement particulière, où s'exprime l'effectivité d'un vouloir-vivre commun, société elle-même fondée, non sur un impossible contrat social, mais sur le lien familial dont la justice propre offre au droit ultérieur de l'égalité et de la liberté la source plus profonde de la fraternité ; ailes de l'universalité éthique que chaque sujet humain entend en sa raison pratique pour attirer tant les forces déployées par le pouvoir que les formes étudiées par les juristes, vers la légitimité que représentent la justice et le bien commun. Comment, en effet, expliquer autrement que par la tension vers cette cause finale à la fois le travail du juge et des auteurs de doctrine et les réactions des simples particuliers pour faire valoir le surcroît du droit par rapport à sa forme légale ?

Est-ce ainsi que les hommes vivent ? L'*en-deçà* de la positivité a voulu, sautant la clôture formelle, replacer le droit dans la destinée humaine : le pouvoir (appelé source formelle du droit) est en fait, *en-dessous*, à l'origine (paternelle) de la société ; l'éthique est la finalité, *au-delà*, qui oblige ledit pouvoir à respecter le réel proprement humain. On le voit, puisque le pouvoir humain ne peut, sans réserve, décider de ce qui est humain, la matière et la forme du droit, ses « sources matérielles » et ses « sources formelles », ne se laissent pas dissocier. Par essence, le droit est naturel.

Reste alors l'épineuse question de la transcendance : *au-dessus*. Référence illusoire en ce temps de sécularisation, dangereuse à cette époque de fondamentalismes ? Peut-être, mais ne convient-il pas, en tout cas, de revisiter les sources du droit en faisant *comme si* cette transcendance était donnée ? Par cette croyance, en effet, s'enracinerait davantage en nos esprits l'idée que le droit saisit *déjà* les humains plus que ceux-ci ne le maîtrisent. Leur nature, en effet, indique d'emblée ce qu'ils doivent être. Les sources du droit sont certes dans le monde, mais elles ne sont décidément pas de ce monde.