

LE DROIT NATUREL DES JURISTES

Jean-Baptiste DONNIER

*Professeur agrégé des Facultés de Droit
Université d'Aix-Marseille*

POSER LA QUESTION d'un « droit naturel des juristes » pourrait apparaître comme une vaine tentative de conférer un semblant d'existence à une question devenue étrangère à la plupart des juristes contemporains, surtout français. Tout au plus le droit naturel fait-il encore l'objet d'une révérence obligée dans les introductions au droit, avant d'aborder les « questions sérieuses » et pour ne plus avoir à y revenir. Mais c'est précisément cette attitude qui mérite d'être interrogée afin, peut-être, de dégager le droit naturel d'une gangue qui, avant même de l'étouffer, en occulte la réalité profonde. Pourquoi la question du droit naturel apparaît-elle vaine à la plupart des juristes contemporains ? L'une des sources principales de ce désintérêt pourrait bien se trouver dans la distinction kantienne des deux questions du *quid jus* et du *quid juris*, la première relevant de la philosophie tandis que seule la seconde intéresserait les juristes¹. Or, qualifier le droit de naturel semble renvoyer à la définition de ce qu'est le droit et donc à la question du *quid jus* davantage qu'à la recherche de ce qui est juste, autrement dit du *quid juris*.

Cette séparation radicale entre le droit et la philosophie du droit n'est toutefois satisfaisante ni d'un point de vue philosophique, ni d'un point de vue juridique, car elle prive l'art du droit de son fondement philosophique et

¹ E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du droit, Paris, Vrin, 2011, préf. M. VILLEY, introduction et traduction A. PHILONENKO, p. 150, *Qu'est-ce que le droit ?* Pour une critique de cette distinction kantienne, cf. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. I, Définitions et fins du droit, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 8, p. 14 s. et C. ATIAS, *Philosophie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2004, n° 30, p. 109.

coupe la philosophie du droit de tout contact avec la vie juridique réelle². Comme le soulignait Michel Villey, les exposés « théoriques », « plaqués au-dessus de la science du droit (...) sont très peu significatifs de la pensée juridique commune »³. A l’opposé, en effet, du rationalisme de l’Ecole du droit de la nature et des gens, la pratique juridique n’opère pas par déduction à partir de principes rationnels, mais par induction à partir de la réalité des rapports de droit. Dans tout raisonnement juridique, la question posée⁴, qui commande la qualification des faits de l’espèce et détermine « l’application » de la règle de droit, s’induit toujours de la réalité et non d’un « principe » abstrait, de sorte que c’est de la nature des relations entre les personnes à propos des choses objets de commutation ou de distribution que s’évince la solution de droit⁵. Dans ces conditions, la conception philosophique moderne du droit naturel⁶ apparaît totalement inadaptée à la pratique du droit ; « produit de provenance extrinsèque, exporté par erreur dans le droit ; mauvais vêtement de confection, impropre, étriqué, où les juristes respirent mal » et dont ils n’ont de cesse, dès lors, de tenter de se libérer.

Une telle libération de la pensée juridique, si elle suppose de s’affranchir des formes abstraites de l’Ecole moderne, ne peut cependant faire l’économie d’une réflexion renouvelée sur le droit naturel, mais un droit naturel repensé à partir des réalités. Tel pourrait être le « droit naturel des juristes » qu’il s’agirait de retrouver dans le raisonnement juridique, dans les questions *de* droit et non pas uniquement, suivant la pensée de Kant, dans la question *du* droit. Seule cette approche renouvelée pourrait permettre de prendre conscience du fait que le droit naturel, loin de devoir être confiné à une philosophie du droit totalement séparée de la pratique juridique, « est au commencement, au milieu et à la fin du travail des juristes »⁷.

Pour cela, il est impératif d’opérer un « retour au réel »⁸. Si le droit naturel n’est pas, en effet, déduit d’une norme révélée ou construite, de quoi peut-on l’induire ? A cette question, le savoir des juristes répond, depuis l’invention du

² M. VILLEY, préface préc. *supra*, p. 18.

³ *Ibid.*, p. 34.

⁴ Cf. C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, Paris, P.U.F., coll. L’interrogation philosophique, 2009.

⁵ Pour un exemple remarquable des possibilités offertes par un tel raisonnement, cf. F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé*, Paris, *Economica*, 2008 ; *adde*, du même auteur, *De l’autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité*, Annuaire de l’Institut Michel Villey, vol. 4, 2012, p. 155.

⁶ Sur la distinction entre droit naturel moderne et droit naturel classique, cf. M. VILLEY, « Le droit naturel », *Revue de synthèse*, avril-septembre 1985, t. CVI, vol. 118-119, p. 175, texte repris in M. VILLEY, *La nature et la loi, Une philosophie du droit*, préf. F. TERRÉ et Ch. DELSOL, Paris, Cerf, coll. La nuit surveillée, 2014, p. 29 ; *adde* A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1999.

⁷ A. SÉRIAUX, « Le droit naturel de Michel Villey », *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n°6, p. 152.

⁸ Cf. G. THIBON, *Retour au réel*, Lyon, Lardanchet, 1943.

droit à Rome, que le droit s'induit du fait : *ex facto jus oritur*. Le droit naturel sera ainsi induit de la nature des choses et donc ancré dans le réel. Encore faut-il cependant éviter un malentendu. Le fait d'où naît le droit (*oritur*) n'est pas le fait brut. Le droit ne saurait être réduit à une simple adaptation au fait, qui n'est qu'un mythe⁹. Le droit, en réalité, n'est jamais réductible au fait ; il en est issu au moyen d'une opération intellectuelle qui abstrait du réel une qualité qui y est inscrite et qui est le juste. Si le droit est contenu dans le fait, il ne se confond pas avec le fait ; il consiste en une qualité inscrite au cœur des relations interpersonnelles dont la chose juste est la médiation¹⁰ ; il n'est pas seulement « la chose même », mais « la chose juste », « *ipsam rem justam* »¹¹.

La recherche de cette qualité inscrite dans la nature des choses s'effectue au moyen de raisonnements, mais aussi par une méthode d'argumentation adaptée à cette recherche du juste naturel. C'est cet ensemble de raisonnements (I) et d'arguments (II) qui constituent le « droit naturel des juristes ».

I. – LES RAISONNEMENTS DE DROIT NATUREL

Le raisonnement juridique, dans la mesure où il ne prétend pas se réduire à la déduction d'une norme, a pour point de départ une question¹². *Ponere causam*¹³, telle est la première étape nécessaire de tout raisonnement juridique qui tend à rejoindre, au-delà de l'abstraction légale, la chose (*causa*) objet du rapport de droit considéré. Or, cela suppose la connaissance de ce qu'est cette chose, autrement dit de sa nature. C'est donc de la nature de la chose objet du rapport de droit qu'est abstraite la question qui commande la solution de droit proposée. En cela, le droit naturel peut être considéré comme le fondement rationnel de toute solution de droit. Toutefois, contrairement à un contresens fréquent, le droit naturel ainsi envisagé en tant que *ratio juris* ne s'oppose pas pour autant à la loi car il y a dans la loi elle-même, dans la mesure du moins où elle est véritablement une loi, quelque chose de la raison du droit, une certaine raison du droit qu'elle contient en puissance, « *aliqualis ratio juris* »¹⁴. C'est pourquoi le droit naturel n'est pas uniquement au cœur de la *ratio juris* (A), mais aussi de la *ratio legis* (B).

⁹ C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, Chr. XXXIV, p. 251.

¹⁰ Ph. ANDRÉ-VINCENT, *Jalons pour une théologie du droit*, Paris, Téqui, 2007, p. 161.

¹¹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae, Q. 57, art. 1, ad primum.

¹² C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., sp. n° 60 s., p. 44 s.

¹³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. II, Les moyens du droit, Paris, Dalloz, 1979, n° 165, p. 63.

¹⁴ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae, Q. 57, art. 1, ad secundum.

A. – Droit naturel et *ratio juris*

On peut dire que le droit naturel rend raison du droit positif, dans la mesure où c'est la nature des rapports de droit existant entre personnes à propos de choses qui constitue, en dernière analyse, le fondement rationnel tant des solutions de droit que des questions qui commandent ces solutions.

Pour ce qui est des solutions de droit positif, on se contentera ici de donner deux exemples. Le premier est celui de l'obligation expressément qualifiée de naturelle par l'article 1235, alinéa 2, du Code civil¹⁵. Il s'agit bien d'une obligation juridique ; celui qui acquitte volontairement une telle obligation ne fait que payer sa dette car, si ce n'était pas le cas, il pourrait en obtenir répétition au titre de « ce qui a été payé sans être dû »¹⁶. Pourtant, cette obligation juridique, qualifiée de naturelle, n'a pas sa source dans la loi – ce qui la distingue de l'obligation civile – mais uniquement dans la nature des rapports existant entre créancier et débiteur. C'est parce que l'enfant mineur, par exemple, ne peut subvenir à ses besoins, que celui qui l'a engendré lui doit des aliments, même si le lien de filiation n'est pas juridiquement établi. La transmission de la vie implique l'obligation de donner les moyens de la conserver. Ainsi, tout rapport de filiation commande par sa nature même une obligation alimentaire qui sera qualifiée de naturelle lorsque la filiation n'est pas établie selon les dispositions légales compétentes.

Le second exemple concerne directement une obligation civile : celle qui naît de la responsabilité générale du fait d'autrui fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. On sait qu'il s'agit là, selon les termes de l'arrêt de principe par lequel la Cour de cassation l'a reconnue¹⁷, d'une responsabilité fondée sur l'acceptation de « la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie » d'une personne. Cela implique, à travers l'idée d'organisation du mode de vie, « la définition d'un but (...) et l'orientation de l'activité d'autrui vers ce but, grâce à une autorité qui s'apparente à l'autorité parentale, même si elle s'en distingue nettement »¹⁸. C'est donc sur la nature du lien existant entre l'auteur du dommage et celui qui doit en répondre que repose la responsabilité

¹⁵ Sur l'obligation naturelle et les controverses auxquelles elle a donné lieu, cf. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992, n° 4, p. 16.

¹⁶ C. civ., art. 1235, al. 2.

¹⁷ Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991, *Blieck*, JCP 1991, II, 21673, concl. Dontenville, note J. Ghestin.

¹⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, (J. GHESTIN dir.), 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1998, n° 789-9, p. 840.

de ce dernier. C'est parce que ce lien est un rapport d'autorité que celui qui exerce cette autorité est responsable des actes qu'en vertu de cette autorité il se devait d'orienter et de contrôler. C'est par conséquent, là encore, la nature du rapport de droit à l'origine de l'obligation qui constitue la raison d'être de celle-ci. Cet exemple montre suffisamment que toute obligation juridique a sa source, médiate pour l'obligation civile ou immédiate pour l'obligation naturelle, dans la nature du rapport qui est à l'origine de l'obligation¹⁹. C'est, dans tous les cas, ce qu'est ce rapport qui fonde l'obligation. La définition romaine de l'obligation comme lien de droit (*vinculum juris*) exprime parfaitement cette réalité. L'obligation *est* le lien lui-même, elle en est indissociable car c'est le lien qui *fait* l'obligation ; l'obligation est tout entière contenue dans le lien qui la crée.

Mais le droit naturel n'est pas seulement le fondement rationnel des solutions de droit positif ; il est également à la source des questions qui commandent ces solutions. C'est de la nature des rapports de droit que s'abstrait la question à laquelle la solution proposée entend apporter une réponse. Plus exactement, le droit naturel échappant à une connaissance certaine, la nature de ces rapports peut susciter plusieurs questions entre lesquelles il y aura lieu de débattre. Là encore, un exemple pourra permettre de mieux saisir en quoi la position de la question qui commande la solution de droit s'appuie sur la nature du rapport envisagé. Dans un arrêt du 14 février 2008²⁰, la Cour de cassation a jugé que la loi française s'appliquait à une saisie-attribution portant sur un compte bancaire ouvert auprès d'une succursale, située à l'étranger, d'une banque française. En conséquence, la banque, en sa qualité de tiers-saisi, s'est vue imposer l'obligation de payer, entre les mains du créancier saisissant, le montant de la créance attribuée à ce dernier par l'effet de la saisie.

La solution est logique si l'on considère le paiement comme la conséquence de l'effet attributif de la saisie. Celle-ci ayant été pratiquée au siège de la banque, donc en territoire français, la circonstance que les fonds sont déposés dans une succursale située à l'étranger est effectivement, comme l'énonce l'arrêt, « sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant de la créance de somme d'argent à la restitution de laquelle est tenue la banque tiers-saisi ». L'attribution au créancier saisissant de la créance détenue par le débiteur saisi contre la banque tiers-saisi est un effet de la saisie pratiquée en France en application de la loi française et, dès lors que cette créance est attribuée au créancier saisissant, celui-ci peut en requérir le paiement par la

¹⁹ V. en ce sens Ch. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, Lahure, s.d., n° 15, p. 15, citant POTHIER.

²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 2008, *Procédures* 2008, comm. 141, obs. R. PERROT ; *adde* M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2009, n° 977 s., p. 313 s.

banque. Il est néanmoins possible d'envisager différemment les rapports entre la banque tiers-saisi et le créancier saisissant et de considérer que le paiement demandé par ce dernier ne constitue pas seulement le dernier acte de la procédure de saisie-attribution soumise à la loi française, mais aussi l'exécution du contrat liant, initialement, la banque à son client, contrat soumis à la loi étrangère du lieu de la succursale. On peut ainsi considérer que la subrogation du créancier saisissant au débiteur saisi, par l'effet de la saisie-attribution, ne modifie pas substantiellement le rapport de droit existant entre le créancier et le débiteur de l'obligation de restitution de la créance de somme d'argent représentée par le solde créditeur du compte bancaire. Dès lors, le paiement doit logiquement être soumis à la loi étrangère régissant la convention de compte et non à la loi française applicable à la saisie.

Cette différence de solution tient à la manière de poser la question de droit. Si l'on considère le paiement comme le dernier acte de la saisie, celui-ci peut être soumis à la loi française ; mais si l'on envisage le paiement comme l'exécution d'une convention de compte, c'est alors la loi étrangère régissant cette convention qui est compétente. Or, qu'est-ce qui permet de trancher entre ces deux questions, sinon la nature du paiement envisagé ? Non pas la « nature juridique » du paiement en général, mais ce qu'est réellement ce paiement, réclamé par le créancier saisissant. C'est à cette question concrète qu'il convient de répondre pour justifier l'une ou l'autre des solutions possibles. Cette justification sera sans doute incertaine et devra être discutée mais elle s'appuiera toujours, quelle que soit la position adoptée, sur la nature des choses, sur ce qu'est réellement la relation existant entre les parties à propos de la somme d'argent objet du paiement réclamé. C'est donc dans la nature des choses que se trouve la raison des questions qui commandent les solutions de droit ; c'est aussi dans cette nature que ce trouve la raison d'être de la loi.

B. – Droit naturel et *ratio legis*

Les lois, selon l'expression de Portalis, « ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison »²¹. Elles « recèlent des raisons qu'elles tiennent en réserve »²² et dans lesquelles il sera possible de puiser pour discerner, dans la *ratio legis*, des raisons de décider, autrement dit une *ratio juris*. Les lois ont leur raison et cette raison est la

²¹ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 4.

²² C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., n°126, p. 91.

justice. En cela, la *ratio legis* rejoint la *ratio juris* : la raison d'être de la loi se trouve dans l'orientation de la raison vers ce qui est naturellement juste, c'est-à-dire l'adéquation entre la finalité de la chose objet du rapport de droit et le bien des personnes parties à ce rapport.

Un exemple pourra, ici encore, montrer en quoi consiste cette adéquation formant la raison d'être de toute loi qui ne se réduit pas à un « pur acte de puissance » et ne dégénère pas en un simple commandement²³. Il s'agit de l'article 831 du Code civil, régissant l'attribution préférentielle. Cette disposition permet à un héritier ab intestat de demander que lui soit attribuée, par voie de partage et à charge de soulte s'il y a lieu, « toute entreprise » figurant dans la masse à partager, « à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement ».

Pour comprendre la raison d'être de cette règle, il faut interroger la nature du rapport juridique qui en délimite le domaine, rapport qui est défini à la fois par la chose qui en est l'objet et par les personnes en relation à propos de cette chose. Qu'est-ce qui, dans ce rapport, justifie la règle légale permettant l'attribution de l'entreprise figurant dans le patrimoine héréditaire à celui des héritiers qui participe ou a participé à son exploitation ? La seule réponse rationnelle que l'on puisse donner à cette question se trouve dans la prise en considération, à la fois de la finalité de l'entreprise, qui est d'être « exploitée », et de l'aptitude manifestée par l'un des héritiers à réaliser cette finalité. C'est parce que l'un des héritiers a manifesté son aptitude à mettre en valeur l'entreprise qu'il peut en réclamer l'attribution, de préférence à ses cohéritiers : telle est la raison d'être manifeste de la règle légale.

Ce raisonnement, on le voit, est entièrement fondé sur la finalité de la chose devant être attribuée. Une entreprise a pour finalité d'être « exploitée », c'est-à-dire mise en valeur pour en tirer toutes les utilités possibles pour le bien des personnes. Or, l'attribution préférentielle se justifie précisément en ce qu'elle permet de réaliser cette finalité contenue dans la chose devant être attribuée, finalité qui constitue la nature de cette chose²⁴. Ce qui détermine la possibilité, prévue par la loi, d'attribuer la

²³ *Ibid.*, n° 124, p. 91.

²⁴ Sur la nature comme finalité, cf. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. II, préc., n° 198 s., p. 133 s. ; *addé* A. SÉRIAUX, « Le droit naturel de Michel Villey », préc., p. 142.

propriété de cette chose que constitue l'entreprise à un héritier de préférence aux autres, est l'adéquation entre l'ordination naturelle de cette chose, qui résulte de sa finalité, et l'aptitude présumée de l'attributaire à faire que cette chose soit pour lui, par l'attribution qui lui en est faite, un bien²⁵. Chacun des héritiers pourra ainsi recevoir la chose qui sera pour lui un bien : l'entreprise pour celui qui est présumé le plus apte à en réaliser toutes les potentialités ; les autres biens héréditaires, voire une somme d'argent, sous forme de soulte, pour les autres. C'est donc bien la nature du rapport de droit, envisagé au regard de la finalité de la chose qui en est l'objet, qui constitue la raison d'être de la loi, la *ratio legis*.

Cette *ratio legis* détermine le bon usage de la loi pour y discerner des raisons de décider, c'est-à-dire la *ratio juris*. A cette condition seulement, la loi sera à même de remplir son office de moyen de recherche du juste. La règle légale, en effet, « n'est qu'un passage, un pont vers le droit ; elle n'est pas le droit qui se découvre à la rencontre du réel »²⁶. En d'autres termes, le raisonnement juridique va devoir puiser dans la *ratio legis* la médiation nécessaire pour abstraire de la réalité de chaque rapport de droit ce qui, concrètement, réalise l'ordination naturelle des choses au bien des personnes²⁷. Comme cependant la connaissance de cette ordination ne saurait être certaine, le raisonnement fondé sur cette ordination naturelle ne sera pas déductif mais dialectique. C'est par la confrontation des arguments, fondés sur des points de vue²⁸ et des questionnements²⁹ différents, que l'on pourra s'approcher le plus possible de ce qui est naturellement juste. Les raisonnements de droit naturel se prolongent de la sorte en arguments de droit naturel.

²⁵ Sur la notion de bien, au sens juridique, cf. Ph. ANDRÉ-VINCENT, « Le concept juridique de chose dans la pensée de Las Casas », in *Jalons pour une théologie du droit*, préc., p. 323 ; adde J.-B. DONNIER, « Ethique, droit et propriété », in *Ethique et propriété, Actes du huitième colloque d'éthique économique*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 2002, p. 132

²⁶ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., n° 142, p. 101.

²⁷ cf. Ph. ANDRÉ-VINCENT, « La distinction réelle du droit et de la loi selon saint Thomas d'Aquin », in *Jalons pour une théologie du droit*, préc., p. 161.

²⁸ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. II, préc., n° 166, p. 64.

²⁹ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., n° 66 s., p. 47 s. ; n° 138, p. 99.

II. – LES ARGUMENTS DE DROIT NATUREL

Les raisonnements juridiques, dans la mesure même où ils tendent à la connaissance de la nature des rapports de droit, ne sauraient prétendre à une illusoire certitude, mais peuvent tout au plus proposer de « donner à voir »³⁰ une probabilité du juste. Cette probabilité doit être vérifiée, affinée, « mise à l'épreuve »³¹. C'est là précisément l'objet propre de l'argumentation juridique, qui vise à « l'amélioration de la connaissance du droit (...) par le dévoilement des points de vue (...) qui déterminent ce que les juristes peuvent voir »³² de la nature des choses. Ce dévoilement, jamais achevé, passe par la confrontation des points de vue, afin de parvenir au plus près de ce qui est naturellement juste. Par-là, le droit naturel, qui fournit la substance de l'argumentation (A), en commande également la méthode (B).

A. – Le droit naturel comme substance d'argumentation

Que le droit naturel puisse fournir la substance d'une argumentation juridique étonnera sans doute plus d'un juriste contemporain, habitué à n'envisager le droit naturel que comme, au mieux, un ensemble assez vague de « valeurs » teintées d'un « humanisme » plus ou moins émancipé de ses « assises théologiques »³³ et, dans tous les cas, sans aucune utilité « pratique ». Pourtant, tel n'a pas toujours été le cas, comme en témoigne le rôle souvent décisif de l'argument de droit naturel dans les grandes œuvres juridiques³⁴, rôle qu'il serait trompeur de reléguer dans un passé révolu. Il y a en réalité une permanence de l'argumentation de droit naturel, même si cette argumentation ne se présente que rarement comme telle.

Cette permanence se manifeste d'abord par le recours à l'argument d'analogie, qui tend à « trouver (...) une vérité grâce à une ressemblance de

³⁰ Cf. M. VILLEY, « De la dialectique comme art de dialogue et ses relations au droit », *A.P.D.* 1982, p. 269.

³¹ C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, n° 352, p. 206.

³² C. ATIAS, « Editorial en forme d'abrégé philosophique et juridique (n'engageant que son auteur) », *R.R.J.* 1987-1, p. 12.

³³ Pour une illustration récente de cette approche commune du droit naturel, v. Th. REVET, « Le défi d'Antigone, Promenade parmi les figures du droit naturel », *Gaz. Pal.*, 19-20 juillet 2013, p. 21 (recension de l'ouvrage ainsi intitulé de Y. LEMOINE et J.-P. MIGNARD).

³⁴ Pour un exemple particulièrement significatif, mais loin d'être isolé, de cette importance de l'argument de droit naturel, on se permettra de renvoyer à notre article « Le droit naturel dans l'œuvre de Valin », *R.R.J.* 2002-2, p. 599.

rapports »³⁵. Appliquée à l'argumentation juridique, l'analogie vise donc à « trouver », dans la réalité, la vérité d'un rapport de droit, autrement dit ce qu'est, réellement, le rapport de droit envisagé. A cette fin, l'analogie fonctionne comme une comparaison de proportionnalité³⁶ entre deux rapports juridiques, comparaison dont il est possible d'induire une ressemblance qui justifie l'extension de la solution qui prévaut à l'égard d'un des termes de la comparaison à l'autre terme. C'est ce raisonnement, qui permet de passer du droit connu au droit recherché, qu'exprime l'adage *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Les termes utilisés dans cette expression sont particulièrement significatifs de ce qu'est l'analogie juridique. *Ratio* désigne en effet à la fois la raison et le rapport, la relation avec quelqu'un, mais aussi la manière dont une chose est constituée et ordonnée³⁷. L'identité qu'exprime l'adage est donc une identité de rapports entre personnes ainsi qu'une identité de nature des choses objets de ces rapports et c'est cette identité qui constitue la raison de l'identité de solution. En d'autres termes, la raison qui justifie l'extension d'une même solution d'un rapport de droit à l'autre est l'identité de nature de ces deux rapports, identité envisagée tant au regard des relations interpersonnelles que des choses constituant l'objet de ces rapports.

L'argument d'analogie, dans la mesure où il se fonde sur cette identité de nature, peut par conséquent être considéré comme un argument de droit naturel. Or l'usage de cet argument est non seulement fréquent dans le raisonnement juridique, mais il est même au cœur de l'argumentation apparemment la plus éloignée du droit naturel, à savoir celle qui prétend déduire une solution de droit d'une norme positive. Ce type d'argumentation, en effet, loin de pouvoir se ramener à un prétendu « syllogisme judiciaire » auquel plus personne ne croit, repose bel et bien sur une analogie, car avant d'appliquer une règle à un cas d'espèce il faut d'abord déterminer la règle applicable. Or, cette détermination repose sur une comparaison entre les éléments de l'espèce jugés déterminants³⁸ et le domaine de la règle. C'est l'identité de proportion entre le rapport visé par la règle dans son domaine d'application et le rapport concret envisagé qui constitue la raison du choix de telle règle de préférence à telle autre. L'argumentation apparemment la plus positiviste repose ainsi elle-même sur un argument de droit naturel !

³⁵ O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, Paris, P.U.F., 2^{ème} éd., 1994, p. 189.

³⁶ C'est bien un rapport de proportionnalité qu'exprime le grec *αναλογον*; cf. J.-M. FONTANIER, *Lexicon, Petit dictionnaire Latin-Français-Grec*, Rennes, P.U.R., 2007, *v*^o *ανα*, p. 215.

³⁷ J.-M. FONTANIER, *Lexicon*, préc., *v*^o *Ratio, onis*, p. 163 ; adde A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001, *v*^o *Reor, reris, ratus sum, reri*, p. 570.

³⁸ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., n^o 28, p. 25.

Mais l'argument d'analogie n'est pas le seul à reposer de la sorte sur le droit naturel. Il en est de même de l'argument, d'usage également fréquent dans le raisonnement juridique, qui consiste à justifier la solution d'une question de droit par les conséquences nécessaires découlant de la nature d'un rapport donné. Il en est ainsi, par exemple, des conséquences du caractère *intuitu personae* d'un contrat, comme le montre l'argumentation qui a pu être développée sur la question de savoir si un preneur rural pouvait exercer son droit de préemption sur un bien faisant l'objet d'un bail à nourriture³⁹. Ce type de contrat, dit de bail à nourriture, consiste en l'aliénation d'un bien moyennant un prix converti en une obligation de faire, en l'occurrence l'obligation pour le cessionnaire de loger, nourrir et entretenir le cédant dans les lieux faisant l'objet de la cession. Ce contrat étant conclu *intuitu personae*, on a pu en conclure que seul le cessionnaire choisi par le cédant pouvait remplir l'obligation stipulée, ce qui exclut la possibilité pour un tiers de se substituer à lui par l'exercice d'un droit de préemption. C'est ici manifestement la nature des relations existant entre le créancier et le débiteur de l'obligation de faire, ainsi que la nature de la chose objet du contrat, qui font obstacle au droit de préemption du preneur ; en ce sens, c'est bien sur un argument de droit naturel que se fonde la solution retenue.

B. – Le droit naturel comme méthode d'argumentation

Dans la mesure même où elle a pour objet la nature des choses, la connaissance humaine du droit naturel est condamnée à l'incertitude. Une connaissance certaine du droit naturel supposerait en effet qu'il soit humainement possible d'acquérir une connaissance également certaine de la nature des choses, autrement dit de leur être même. Or une telle certitude est hors de portée, car on ne connaît avec certitude que ce que l'on a fait⁴⁰. Les choses dans lesquelles est contenu le droit étant des choses extérieures, qui ne sont pas faites de main d'homme, échappent par conséquent à toute certitude humaine. C'est la raison pour laquelle la connaissance du droit naturel, toujours incertaine, est constamment matière à discussion. La confrontation des arguments est de l'essence du droit naturel, qui implique par nature une méthode d'argumentation dialectique ; l'art juridique est « une mélodie qui

³⁹ Cass. soc., 9 février 1961, Bull. civ. IV, n° 185.

⁴⁰ G. VICO, *De antiquissima Italorum sapientia*, 1710, trad. G. MAILHOS et G. GRANEL, MAUVEZIN, éd. T.E.R., 1987, *caput I, I, De vero et facto*, p. 10 ; *adde* du même auteur, *La science nouvelle*, éd. 1744, trad. et prés. par A. PONS, Paris, Fayard, 2001, livre 1^{er}, 3^{ème} section, § 331, p. 130.

(...) ne peut être que polyphonique »⁴¹.

Cette méthode dialectique forme le caractère propre de toute argumentation juridique, qui repose sur la « mêlée des opinions » en vue « d'atteindre une vérité commune » par « la technique de l'interrogation et de la réponse »⁴². En cela, l'adage *Audiatur et altera pars* est beaucoup plus qu'une règle procédurale, fut-elle élevée à la dignité de « principe directeur du procès civil » ; il exprime la nature profonde de l'argumentation juridique.

Il en résulte qu'aucun argument juridique n'est jamais définitif. Même la décision rendue par l'autorité compétente pour dire le droit ne met pas un terme à la confrontation possible des opinions car on peut toujours aller plus avant dans l'approche du droit naturel. C'est là pour le juriste une leçon de modestie, en même temps qu'un gage de liberté : modestie à l'égard des questions soulevées et des réponses proposées, qui ne peuvent jamais avoir la prétention d'épuiser la totalité du réel ; mais liberté également face à tous les pouvoirs qui tentent d'imposer des solutions définitives sous couvert de droit et même de « droits fondamentaux ». Le « faux maître affublé des oripeaux du droit »⁴³ se montre d'autant plus intraitable qu'il pare d'une apparence de droit ses petits calculs ou ses basses passions... A l'opposé de cette prétention positiviste qui voudrait interdire de rouvrir certains débats juridiques au prétexte qu'une loi de circonstance y aurait mis un terme définitif, l'humble recherche du droit naturel est, pour tout juriste que ne satisfait pas le confort douillet d'une servitude volontaire, une école de liberté.

Cette école est, certes, exigeante. Elle implique même une forme d'ascèse de l'intelligence, appelée à accepter que la réalité soit toujours plus vaste que ce qu'elle peut en percevoir et contrainte d'accepter aussi, par là, l'inévitable imperfection du droit positif. Mais c'est également la source d'une confiance inextinguible dans les potentialités de l'art du droit. Le risque d'erreur, qui est le revers de la liberté, voire le mensonge, fut-il imposé par un pouvoir quelconque, ne sont jamais assurés d'avoir le dernier mot, car « ce qui a été répondu contrairement au droit demeure en question ; c'est un espoir, mieux, une promesse »⁴⁴ : la promesse d'une vérité du droit qui est toujours au-delà du droit dit.

⁴¹ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., n° 170, p. 118.

⁴² M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. II, préc., n° 167, p. 65.

⁴³ Ch. MAURRAS, *Antigone Vierge-Mère de l'Ordre, La balance intérieure*, Lyon, Lardanchet, 1952, p. 131.

⁴⁴ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, préc., n° 343, p. 230.

L'ACTUALITÉ DU DROIT NATUREL

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de Théorie du Droit

PARLER D'UNE ACTUALITÉ DU DROIT NATUREL passe aujourd'hui pour une provocation parmi les juristes si l'on entend par là une façon de réhabiliter pleinement et entièrement les enseignements d'Aristote et de Thomas d'Aquin dans l'analyse et l'appréciation du droit¹. Au mieux, une telle prétention éveille chez l'interlocuteur un sourire en coin quand il ne devient pas franchement narquois ou hostile. Le droit naturel n'est toléré que sous une forme édulcorée dont la figure est livrée dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Son préambule précise que « *les Représentants du Peuple Français (...) ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* ». Désormais, le seul droit naturel qui paraît avoir cours est celui qui exalte les droits subjectifs, c'est-à-dire les droits de l'homme, ces libertés et ces pouvoirs que reconnaît le droit positif et dont le couronnement est incarné par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui veille au respect de la convention du même nom.

Depuis la modernité au sens philosophique du terme, c'est-à-dire depuis l'avènement du sujet connaissant et autonome, le droit positif s'est progressivement imposé comme seul concept de droit². De cette façon, le droit naturel n'est toléré qu'en tant que partie du droit positif et comme un produit de la volonté. Il est maîtrisé et dompté par la réflexion raisonnable. A

¹ Ce qui fut l'effort même mené par M. VILLEY, v. par ex. un recueil de textes comme *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Cerf, 2014.

² Pour une description de cette rupture : A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2^{ème} éd. 1999, spéc. p.80-84.