

LE DROIT NATUREL DANS LA *PRAXIS* JURIDIQUE

1 – „Droit” se dit de tout ajustement correct entre deux ou plusieurs personnes, publiques ou privées¹, en relation d’altérité². La „juridicité” apparaît ainsi d’emblée comme étroitement liée à la vie en société: „*ubi societas, ibi ius*”, enseigne un vieil adage indémodable. Comme adjectif substantivé, „le” droit est la règle ou mesure – le critère – qui garantit la rectitude de cet ajustement. L’on touche alors à la loi, qui n’est autre, comme l’observait Thomas d’Aquin³, qu’une „certaine mesure du droit”, „*aliqualis ratio iuris*” En généralisant, le droit est constitué par l’ensemble des critères susceptibles de régler la totalité des relations entre les membres d’une société déterminée. Ainsi parle-t-on du Droit français, du Droit des marchands, etc. Le droit, c’est aussi, plus concrètement, ce à quoi une personne peut légitimement prétendre de la part d’une autre et que la justice exige, selon les cas, de lui donner, de lui rendre, voire tout simplement de s’abstenir de lui prendre: „son” droit, „son” dû. L’on rejoint ici la célèbre définition de la vertu de justice, empruntée à Ulpien par les *Institutes*: „une constante et perpétuelle volonté d’attribuer à tout un chacun son droit”, „*constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuere*” Tous ces sens du mot droit ne s’excluent pas mais constituent autant de facettes d’une même

¹ Il s’agit de personnes au sens juridique du terme, c’est-à-dire d’acteurs sur la scène juridique, susceptibles comme tels d’agir (ou de réagir) en justice, de conclure des contrats, de répondre des dommages qu’ils ont causés: de s’engager, en somme.

² Le droit juste des personnes distinctes entre elles. Plus cette altérité se trouve reconnue, plus la relation entre les personnes acquerra une dimension proprement juridique. Voir Alain Sériaux, *Le Droit: une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, n° 21 s.

³ *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 57, art. 2. Il est constant que, pour saint Thomas, le droit se dit de la chose concrète due en justice à quelqu’un, non de la règle ou mesure qui permet de déterminer ce qui est dû exactement. Cette règle est le plus souvent une loi, mais il peut aussi s’agir d’un usage ou d’un contrat. Pour trancher un litige, le juge se sert de ces critères afin de déterminer ce qui est dû à chacune des parties. Sa sentence constitue ainsi une norme prochaine de juridicité qui, dans la perspective thomiste, se confond avec le droit *stricto sensu*.

réalité, que les juristes romains furent les premiers à saisir et à exploiter scientifiquement.

2 – Ces mêmes juristes distinguaient deux sortes d’ajustements. Les uns, enseignaient-ils, sont communs aux hommes et aux animaux; ainsi de l’union des sexes, de la procréation et de l’éducation des enfants. Ils relevaient à leurs yeux du droit „naturel”, „car c’est là ce que la nature enseigne à tous les êtres vivants” Les autres leur paraissaient en revanche spécifiques aux hommes en ce qu’ils reposaient sur des critères qui, pour être découverts et établis, supposaient un certain raisonnement, lequel demeurerait hors d’atteinte du monde plus instinctif des animaux non rationnels. (Euvre de la raison humaine, ces critères étaient en retour susceptibles d’être reçus dans toutes les notions. Aussi les Romains y virent-ils un droit des peuples (*ius gentium*) applicable sous toutes les latitudes et transcendant pour cette raison le droit propre à chaque cité, encore appelé droit civil, l’ancêtre de notre droit „positif”⁴ Dans la mentalité juridique romaine, *ius naturae* et *ius gentium* en vinrent ainsi à former le socle stable sur lequel le *ius civile*, droit propre à la cité et aux citoyens de Rome, pouvait édifier ses propres particularités⁵

3 – L’idée de nature est d’origine grecque. Pour les Grecs, *phusis* a le sens générique et génétique d’une forme pleinement achevée, parvenue à maturité avant d’entamer sa dégénérescence. Malgré leurs fortes divergences, un Platon, un Aristote, s’accordent au moins sur le fait que le droit naturel s’entend toujours d’un ajustement idéal entre les êtres: la meilleure constitution pour une cité, la meilleure façon de gérer les biens extérieurs, de les restituer ou de les répartir entre les citoyens, etc. Mais, comme il advint pour bien d’autres notions essentielles, l’emploi du mot „nature” par les Romains en a modifié le sens. Chez eux, *natura* connote plutôt une réalité physique, animée ou

⁴ Ni les Grecs, ni les Romains n’employèrent l’expression „droit positif” Elle fut forgée par la théologie médiévale, d’abord pour désigner la loi mosaïque comme loi divine positive, ensuite pour l’appliquer à toute règle posée ou imposée par la volonté humaine.

⁵ *Digeste*, 1, 1, 6 dans *Corpus Iuris Civilis*, Paul Krüger, Theodor Mommsen, Rudolf Schöll et Wilhelm Kroll (éd.), Berlin, Weidmann, 1872-1895, 1920¹³, t. 1, p. 29 b: „*ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficiamus*”, „Le droit civil ne s’écarte pas totalement du droit naturel ni du droit des gens, mais il n’y est pas non plus totalement soumis. De même que nous ajoutons ou soustrayons quelque chose au droit commun, (quelque chose) qui est le droit propre, de même en va-t-il pour le droit civil” L’idée, formulée par Ulpien, est reprise et approfondie par Cicéron, *Des devoirs*, III, XVII, 69, trad. fr. Maurice Testard, Paris, Les Belles Lettres, 1970, p. 106.

même inanimée: la „nature”, au sens où nous l’entendons encore aujourd’ hui d’ensemble des choses que l’ homme n’a pas créées et qui constituent son environnement, le milieu physique et biologique dont il fait lui-même partie. L’on comprend que le droit naturel romain soit cantonné aux dimensions purement corporelles ou charnelles de notre existence: mariage et filiation, mais aussi notre espace le plus vital – l’air que nous respirons, le soleil qui nous éclaire et nous réchauffe, etc.⁶ Le reste, tout ce qui suppose une réflexion plus ou moins élaborée sur le sens des choses, les juristes romains préféraient le ranger dans la catégorie très compréhensive du droit des gens. Statut des ambassadeurs ou des esclaves, théorie de la guerre juste, propriété des biens, théorie des contrats, etc., autant de chapitres importants du *ius gentium*⁷ que les Grecs eussent au contraire qualifiés sans difficulté de „droit naturel”

4 – L’histoire donnera raison à ces derniers. Écartelé entre droit naturel et droit positif, le droit des gens allait perdre de plus en plus de sa spécificité. „Ce que la raison dicte à l’ homme lui est naturel au titre d’être raisonnable”, estimait Thomas d’Aquin⁸, intégrant par là le droit des gens dans le droit naturel. *Via* la seconde scolastique, l’idée passa chez Grotius et, après lui, à l’ensemble de l’École du droit de la nature et des gens dont les ramifications s’étendent jusqu’aux Lumières. Tous les auteurs de cette tendance verront dans le droit naturel un droit de la raison, quitte à verser dans un rationalisme que saint Thomas n’eût peut-être pas approuvé. Pour d’autres, le droit des gens constituera plutôt une variété de droit positif d’origine coutumière, commun à l’ensemble des peuples civilisés⁹, et c’ est finalement sous cette forme résiduelle que la notion de droit des gens devait se perpétuer chez les juristes jusqu’à nos jours. Dans toutes les autres „branches” du droit, depuis au moins le XVI^e siècle, les juristes de profession ne connurent plus que l’opposition droit naturel / droit civil (ou positif).

⁶ Sur le caractère de *ius naturae*, en droit romain, des choses communes comme les eaux courantes, l’air ou la mer: Alain Sériaux, „La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir”, dans *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1995, p. 23, n° 1.

⁷ Voir Max Kaser, *Jus gentium*, Cologne, Böhlau Verlag GmbH, 1993, dont la deuxième partie est un long recensement des emplois du *ius gentium* dans les œuvres des jurisconsultes romains.

⁸ *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 57, art. 3.

⁹ C’ est, en particulier, la thèse du théologien jésuite Francisco Suarez. Voir Marie-France Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l’homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 19 s.

À propos des sources des obligations civiles, Robert-Joseph Pothier (1699–1772), grand juriste français du XVIII^e siècle, pouvait par exemple s'exprimer ainsi: „La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes obligations: car si les contrats, délits et quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute”¹⁰.

5 – L'on aurait cependant tort de juger anachronique la manière de voir des juristes romains. La distinction qu'ils établissaient entre *ius naturae* et *ius gentium* répond à une réalité suffisamment prégnante pour n'être pas totalement négligée. Leur *ius naturae* recouvre en effet le noyau dur de la notion de nature. Le „physique” en l'homme et autour de lui évolue sans doute, mais même sur la longue voire très longue durée ces transformations ne paraissent l'affecter qu'en des aspects relativement secondaires. Or, c'est ce physique-là qui est en cause dans nombre de débats juridiques actuels touchant aux personnes. Ainsi de ceux qui portent sur le statut des couples homosexuels. L'orientation naturelle de la sexualité vers la procréation suppose des sexes différents et complémentaires et partant une conception hétérosexuelle de l'union des sexes, spécialement quand elle prend l'allure très institutionnelle du mariage; l'équilibre psychologique des enfants requiert lui aussi le contact physique sexuellement différencié avec un père et une mère: voilà d'inéluctables réalités, que les tenants du mariage entre personnes de même sexe ou de l'homoparentalité s'efforcent en vain de taire, sinon de nier. Des considérations du même ordre se retrouvent en matière de procréations médicalement assistées, d'interruption volontaire de grossesse ou même d'euthanasie. L'enjeu y est partout et toujours la maîtrise du désir humain sur les aspects les plus radicaux de sa corporéité et qui, pour cette raison, font loi pour lui: le sexe, la fécondité, la maternité, la paternité, la vie, la mort¹¹

6 – Axé sur le travail de la raison „naturelle” en quête des institutions les plus justes, le *ius gentium* s'éloigne nettement du *ius naturae*. Thomas d'Aquin remarquait déjà combien le premier ne s'imposait qu'en vertu d'un raisonnement sur les conséquences en

¹⁰ *Traité des obligations*, n° 123.

¹¹ Voir Alain Sériaux, „La loi naturelle, loi de vie”, dans Joël-Benoît d'Onorio (éd.), *Loi naturelle et loi civile*, Paris, Pierre Téqui, 2006, p. 125-141 ; „Interruption de grossesse: le point de vue de la loi naturelle”, dans André-Robert Chancholle et Michel Nodé-Langlois (éd.), *Faire naître. De la conception à la naissance, l'art au service de la nature?*, Perpignan, Artège, 2009, p. 261 s.

germe dans telle ou telle réalité, alors que le second se trouvait immédiatement impliqué par la nature même des choses¹². Les solutions tirées du droit des gens apparaissent ainsi comme plus flexibles, moins „concluantes” que celles du *ius naturae*; elles connaissent davantage d’exceptions et sont également plus susceptibles de varier dans l’espace et dans le temps. Le poids de chaque culture pèse ici plus fort et c’est sur les principes les plus généraux que l’accord des peuples a surtout des chances de s’établir. Mais, en même temps, ce *ius gentium* met en œuvre des méthodes beaucoup plus typiques de la science du droit, où il s’agit surtout de dégager, par l’observation et la réflexion contradictoire, les principes impliqués dans une relation quelconque entre les êtres.

7 – De l’avis commun, l’un des domaines où fart des juristes a donné ses meilleurs fruits est celui du droit civil des obligations. Nous avons vu Pothier y discerner à l’arrière-plan l’influence de la loi naturelle et l’on retrouve quelques quarante ans plus tard, en 1804, la même conviction chez les rédacteurs du Code civil. La lettre même du Code comporte diverses références au droit naturel. Ainsi est-il question de „la nature [des] convention[s]” (art. 1122), des suites que l’équité (...) donne à l’obligation d’après sa nature” (art. 1135) ou des „obligations naturelles” par opposition aux obligations civiles (art. 1235). La jurisprudence elle-même s’est fondée sur le droit naturel pour compléter utilement certaines lacunes de notre législation civile en matière d’obligations. Le cas le plus fameux est celui du quasi-contrat d’enrichissement sans cause, dont la Cour de cassation a pu dire, lors de sa création, qu’il dérivait „du principe d’équité qui défend de s’enrichir au détriment d’autrui”¹³ Il n’est d’ailleurs pas absurde d’expliquer la surprenante longévité des dispositions du Code de 1804 relatives aux contrats, aux quasicontrats, aux délits et quasi-délits par le fait que leurs rédacteurs se sont prudemment bornés à consacrer les principes les plus sûrs, tirés de la nature des choses¹⁴ Ce sont de tels principes que les juristes d’aujourd’hui pratiquent encore quotidiennement.

8 – Un bon exemple vaut mieux ici qu’un long discours. Voici un cas, simple et banal à la fois, récemment porté à la connaissance de

¹² *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 57, art. 3.

¹³ Cass. req. 15 juin 1892, *Sirey* 1893, I, 281, note J. E. L.

¹⁴ Voir Alain Sériaux, „Le frêle pouvoir de durer: la permanence du Code civil des Français de 1804 à nos jours”, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 31, n° 112, 2006, p. 19-30, n°

notre Cour de cassation¹⁵. En vertu d'un accord verbal, *Primus* effectue gratuitement des travaux dans des locaux appartenant à *Secundus*, à charge pour ce dernier de concéder à l'autre un droit d'usage et d'habitation sur les locaux ainsi transformés. Las, il était convenu entre les parties que leur accord devait être formalisé par-devant notaire, ce qui n'était pas encore le cas quand *Primus* avait procédé aux travaux – en foi de quoi *Secundus* lui refuse désormais tout accès aux locaux. *Primus* peut-il se prétendre lésé? Ayant effectué les travaux à ses frais, il n'a pas obtenu la contrepartie promise. Toute promesse n'oblige-t-elle pas, de sa nature, celui qui la fait à la respecter? Pourtant, l'application de ce principe se heurte ici à un obstacle de taille, que les faits nous révèlent. Il y avait bien, sans doute, un principe de promesse, l'accord verbal, mais les parties étaient convenues de le réitérer en la forme authentique. *Primus* pourrait-il se prévaloir d'un engagement qui, de son propre consentement, n'avait encore rien de définitif? Certes, de par sa nature, un contrat se satisfait de tout échange, même verbal, des consentements entre ceux qui le forment. Encore faut-il cependant que ces consentements soient pleins et entiers, ce qui n'était manifestement pas le cas ici.

9 – Ne pouvant obtenir d'occuper les lieux, *Primus* a-t-il du moins la possibilité de récupérer son investissement? La destruction des travaux effectués paraît peu utile et se heurte de plus à cet autre principe, également de droit naturel, selon lequel tout ce qui s'unit ou s'incorpore à une chose devient *ipso facto* propriété du titulaire de la chose. Reste le remboursement des frais exposés (coût des matériaux et de la main d'œuvre). Voilà qui paraît pour le moins équitable. *Primus* s'est appauvri et, ce faisant, a enrichi *Secundus* qui, de son côté, n'a rien versé. La simple justice commutative oblige le patrimoine enrichi à indemniser le patrimoine appauvri; c'est sur un tel constat que, nous l'avons vu, notre jurisprudence a élaboré à partir de la fin du XIX^e siècle sa théorie de l'enrichissement injuste. Dans l'affaire réellement soumise à nos juridictions, c'est d'ailleurs sur ce terrain que *Primus* prétendait en découdre avec son adversaire. Sans plus de succès toutefois. La Cour de cassation approuvera en effet les juges du fond d'avoir rejeté l'action, motif pris que „dès lors qu'il s'inscrivait dans le cadre contractuel (...) défini par les parties, un tel financement ne pouvait ouvrir droit à remboursement sur le fondement des règles qui gouvernent l'enrichissement sans cause” Le message est clair.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2009, *Semaine juridique* 2009, n^o 561, note N. Dupont.

L'appauvri a peut-être droit à une indemnité, mais celle-ci ne saurait lui être accordée que sur la base d'une défaillance dans le processus de formation de l'opération telle que les parties l'ont arrêtée. La solution retenue par la Cour de cassation est classique. Elle repose sur cette autre idée typiquement jusnaturaliste qu'il faut toujours appliquer la règle la mieux adaptée aux faits, celle qui risque le moins de les dénaturer.

10 – Qu'avons-nous fait? Qu'ont fait les juges? Raisonner, raisonner encore sur le cas considéré. Mieux: laisser les singularités du cas entrer en résonance avec cette intelligence du contingent que l'on nomme prudence. Parce qu'ils sont eux-mêmes porteurs de sens, les faits se présentent toujours à nous avec une inéluctable dimension juridique. C'est là, au plein sens du terme, leur droit naturel. Tout fait du juriste consiste à savoir entendre leur langage et à restituer dans nos mots ce sens juridique immanent. Une traduction, en somme, avec sa part d'hésitation, d'approximation et finalement de convention dans le choix des termes les plus significatifs. La justice et la vérité naissent de l'adéquation entre ces deux langages: celui des choses, celui des hommes. Cette méthode est celle que, consciemment ou non, tout juriste met en œuvre. Elle ne commence pas seulement, comme on le dit parfois, lorsque le droit positif manifeste ses lacunes; elle inspire jusqu'au choix des règles positives les plus propices à trancher le cas. Dans l'affaire qui nous a servi d'exemple, à aucun moment les termes „droit naturel” n'ont, que l'on sache, été prononcés ni par les juges, ni devant eux. C'est pourtant bien de cela qu'il s'est agi à chaque pas. L'étiquette, longtemps arborée à cause de sa charge symbolique, est aujourd'hui passée de mode. Mais la réalité qu'elle désignait subsiste, quel que soit le nom dont on l'affuble, quand bien même elle ne porterait désormais plus aucun nom.

Streszczenie

Prawo (*droit*), w znaczeniu pewnych norm, reguluje relacje między dwoma lub więcej osobami w życiu publicznym i prywatnym. Prawo (*juridicité*) natomiast, w znaczeniu wydanych aktów prawnych, bardzo ściśle wiąże się z życiem społecznym: *ubi societas, ubi jus*. Mówiąc natomiast o prawie naturalnym należy najpierw uściślić sens pojęcia natury, gdyż zależy ono od koncepcji filozoficznej, a to z kolei rzutuje na rozumieniu prawa. Stąd przykładowo wyraźnie różni się koncepcja prawa naturalnego u Greków i u Rzymian. W zależności od tej

koncepcji wynikają relacje jakie istnieją między prawem naturalnym i prawem stanowionym. Ponadto zakres zagadnień przyporządkowanych jednemu i drugiemu prawu nie wszędzie jest taki sam. Dla św. Tomasza prawo stanowione (*ius gentium*) winno wynikać z prawa naturalnego (*ius naturae*). To ostatnie jest bowiem zawarte w naturze rzeczy i jako takie jest niezmienne. W odniesieniu do niego prawo stanowione ukazuje się jako bardziej elastyczne, a nie mając przymiotu niezmienności, dostosowuje się do zmieniającego się czasu i środowiska kulturowego. Prawo naturalne stało się w wielu Kodeksach cywilnych punktem wyjścia i odniesienia dla prawa stanowionego. Konkretnie przypadki (kazusy) należy więc rozpatrywać w świetle całości prawa, zwłaszcza prawa naturalnego. Sprawiedliwość i prawda bowiem rodzi się z równowagi pomiędzy dwoma mowami: tej która wywodzi się z natury i tej, której twórcami są ludzie.