

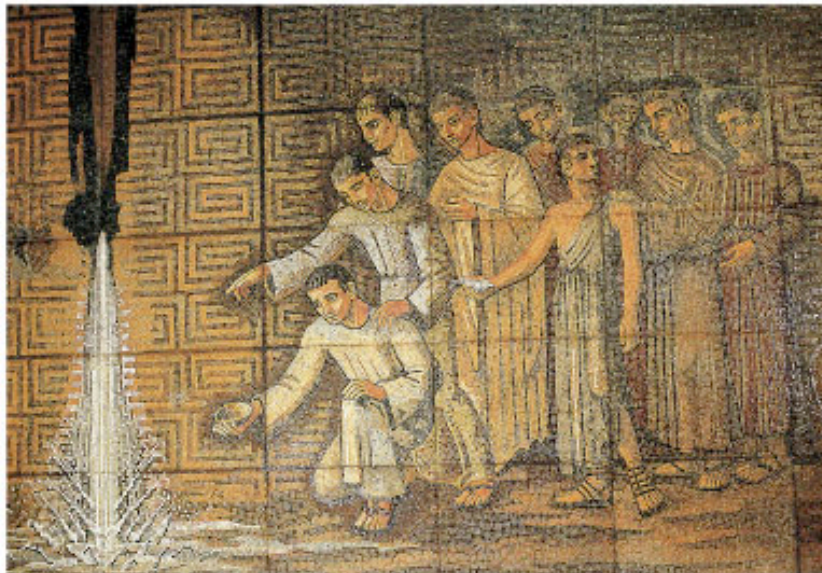
Association Française des Historiens des Idées Politiques

Collection d'Histoire des Idées Politiques
dirigée par Michel GANZIN

XX

Actes du Colloque International de l'A.F.H.I.P. (Poitiers Mai 2009)

**UN DIALOGUE JURIDICO-POLITIQUE :
LE DROIT NATUREL, LE LÉGISLATEUR
ET LE JUGE**



UNIVERSITÉ DE
PAYS D'AIX

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
- 2010 -

REGION
Poitou
Charentes
la nouvelle participation

**ASSOCIATION FRANÇAISE DES HISTORIENS
DES IDÉES POLITIQUES**

*Collection d'Histoire des Idées Politiques
dirigée par Michel GANZIN*

Comité de rédaction : C.E.R.H.I.I.P.
(Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées
et des Institutions Politiques)
(sec.cerhiip@univ-cezanne.fr)

- XX -

Actes du Colloque international de Poitiers
(14-15 mai 2009)

**UN DIALOGUE
JURIDICO-POLITIQUE :
LE DROIT NATUREL,
LE LÉGISLATEUR ET LE JUGE**

**LE LÉGISLATEUR ET LE JUGE DANS
LE DROIT NATUREL CLASSIQUE D'ARISTOTE**

Par

Rémy SCIALOM
Maître de Conférences à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
Faculté de Droit de Science Politique

- 2010 -

LE LÉGISLATEUR ET LE JUGE DANS LE DROIT NATUREL CLASSIQUE D'ARISTOTE

Par

Rémy SCIALOM

Maître de Conférences à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

Aventureuse idée que de s'intéresser à la théorie du droit naturel développée par Aristote... Plus encore qu'aventureuse, la tentative semble pour le moins périlleuse, tant la notion de droit naturel, d'une part, que la philosophie et la pensée d'Aristote, d'autre part, se révèlent rapidement complexes ! Dès lors, pour quels motifs vouloir s'engager dans des perspectives intellectuelles que l'on sait, par avance, jalonnées d'écueils ? Assurément point par goût de la difficulté, pas plus d'ailleurs que par volonté, affichée ou non, de relever quelque défi que ce soit ; mais, plutôt pour plusieurs raisons fondamentales, parmi lesquelles celles qui reconnaissent en Aristote le premier philosophe du droit au sens strict, à qui l'on doit d'avoir dégagé le concept de droit¹, et celles qui voient en lui le père du droit naturel². Il reste, disions-nous, que la notion *de droit naturel est éminemment complexe*³, multivoque parce que tributaire à la fois de la notion de *droit*, sur laquelle les juristes sont loin d'être d'accord, et, à la fois, de la notion protéiforme de *nature*, sur laquelle les philosophes ne s'entendent pas davantage⁴ ; sans compter les avatars et les tribulations qu'a connus la notion et que l'on pourrait schématiquement ramener, pour simplifier, à trois phases⁵ : le *jusnaturalisme antique* (c'est-à-dire, la doctrine

¹ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1983, p. 38.

² M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », dans *La réforme des études de droit. Le droit naturel*, dans *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, n° 6, Sirey, Paris, 1961, p. 49.

³ P. Rossi, « De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science », *Annales de législation et de jurisprudence*, T. I, Genève, 1820, pp. 389-390.

⁴ A. Dufour, « Droit naturel / Droit positif », dans *APD, Vocabulaire fondamental du droit*, T. 35, Sirey, Paris, 1990, p. 61.

⁵ Encore que tous sont loin d'être d'accord avec ce découpage. Bien plus, ne serait-ce que relativement au seul *droit naturel classique*, d'aucuns, à l'instar de Léo Strauss, distinguent « trois types de doctrines classiques du droit naturel... Socrate et Platon, Aristote, Saint Thomas » et estiment que les deux premières conceptions sont hétérogènes à la troisième (L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, traduit de l'anglais par Monique Nathan et Eric de Dampierre, Flammarion, 1986, pp. 136, 150). Les deux premières correspondraient à un droit naturel classique antique, païen et inégalitaire ; la troisième à un droit naturel classique chrétien qui associe une théologie naturelle et révélée à la loi naturelle. Sans compter que la conception d'un droit naturel classique antique, païen et inégalitaire entre en contradiction avec l'idée d'une loi naturelle égalitaire valable pour tous les êtres et étendue à toute l'humanité. Aussi, le *droit naturel moderne* ne peut-il s'enraciner dans le droit naturel classique. Un *droit naturel moderne* qui ne fera son apparition que progressivement. Il faudra attendre le XVII^{ème} siècle, en effet, pour pouvoir parler d'un droit naturel véritablement moderne, débarrassé de ses influences classique et scolastique. Jusqu'au XVI^{ème} siècle, le droit naturel « moderne » subit incontestablement l'influence directe des Écritures à travers la réflexion théologique menée par la seconde scolastique espagnole (*l'École de Salamanque*), fortement marranisée et influencée par les œuvres de Suarez, Vitoria, De Soto, Las Casas... Dans son *De Legibus ac Deo legislatore*, Suarez inscrit le droit dans la loi ; une loi de moralité, commandement d'une autorité supérieure. *L'École de Salamanque*, parce qu'elle se rattache de manière beaucoup plus manifeste à la Bible qu'aux préceptes du droit romain et parce qu'elle fait explicitement mention de l'idée de droits de l'homme, se démarque donc indiscutablement de la première scolastique, la

classique antique du droit naturel païen des philosophes grecs et des juristes romains) ; le *jus naturalisme scolastique*, à partir du XIII^{ème} siècle (c'est-à-dire, la doctrine scolastique médiévale du droit naturel chrétien) ; et, enfin, à partir du XVII^{ème} siècle, le *jus naturalisme moderne*⁶ (c'est-à-dire, la doctrine moderne du droit naturel, établi sur des fondements rationnels autonomes et laïcs⁷ ; une doctrine fortement marquée du sceau du cartésianisme⁸, même si tous les théoriciens du *jus*

conception de Saint Thomas d'Aquin (B. Barret-Kriegel, « Les droits de l'homme et le droit naturel », dans *Droit, institutions et systèmes politiques*, mélanges en hommage à Maurice Duverger, PUF, 1987, Paris, pp. 18-19).

⁶ A. Dufour, « Droit naturel / Droit positif », précité, p. 67.

⁷ C'est donc seulement à partir de l'*École du droit de la nature et des gens* (marquée par les œuvres de Grotius, Pufendorf, Burlamaqui, Barbeyrac...), au XVII^{ème} siècle, que l'expression de *droit naturel moderne* semble pouvoir être employée dans sa pleine acception et en toute légitimité ! Le droit naturel classique et scolastique paraît, désormais, bel et bien appartenir au passé ! Une mutation du concept de droit naturel qui aurait, semble-t-il, son origine dans la révolution que l'idée de nature vient de connaître à la faveur des travaux de Galilée, de Descartes et de Newton. Ainsi, par exemple, la physique galiléenne de l'espace infini et isotrope aurait-elle détruit le modèle naturel d'une société inégalitaire défendu par la cosmologie aristotélicienne. La représentation d'un monde clos, d'un univers hétérogène et inégalitaire se serait dissoute dans l'univers infini ; une idée d'infini qui ne pouvait se concevoir jusqu'alors qu'en rapport au divin et qui se retrouve désormais jusque dans la nature matérielle. L'*état de nature* serait donc celui de l'égalité. En réalité, il ne l'est devenu qu'après son absorption dans l'infini divin. Aussi, l'*état de nature* restait-il connoté religieusement ! Formidable opportunité dont se saisit le *jusnaturalisme moderne* pour combattre la doctrine du droit divin (présente chez Bossuet, Ramsay, Filmer) et pour séparer le droit naturel de la théologie (R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, 2^{de} éd., 1970, 5^{ème} tirage, Vrin, 1992, Paris, pp. 27, 33 et s., 39, notamment) en développant la théorie du pacte social. Voilà pourquoi l'*École du droit de la nature et des gens* aurait transféré le droit naturel dans la seule nature humaine.

⁸ Dans la démarche décrite ci-dessus, l'influence de Descartes a été considérable. Son génie fut d'avoir reconstruit le fondement de la pensée sur la seule force de l'*ego cogito* ; mais, au prix d'une fracture irrémédiable réalisée au sein de l'univers entre un monde matériel, envisagé comme dépourvu de toute valeur, de toute qualité et opposé à un monde de la pensée, du rapport aux valeurs et au divin, sis en l'homme. Du coup, l'homme se trouve séparé d'une nature présentée comme désertée par l'esprit, vidée des valeurs. Cette conception négative de l'*état de nature*, du *jus naturale*, est au fondement du conventionnalisme de l'*École du droit naturel moderne* (sur l'*état de nature* présenté comme un état de guerre voir, par exemple, J.-J. Burlamaqui, *Principes de droit politique*, Caen, 1983, 2 vol., t. 2, p. 121). Ainsi, l'*état civil* est-il désormais le seul état véritablement conforme à la nature humaine. Par conséquent, le droit ne pouvait plus s'inscrire dans une perspective cosmologique, ni répondre à la nature des choses, puisque celle-ci ne résonnait plus d'aucun devoir-être, d'aucune qualité, d'aucune finalité. Le droit naturel, coupé de la loi naturelle, était donc établi sur des fondements rationnels autonomes et laïcs ! Voilà pourquoi les Modernes auraient été conduits à s'engager dans une perspective antinaturaliste et subjectiviste qui les a poussés à insérer le droit dans la seule nature humaine, dans sa raison, dans le fameux *ego cogito* (de cette subjectivisation de la pensée juridique procéderait l'idée de droits de l'homme ; en réalité, le volontarisme de l'*École du droit naturel* semble, non seulement, notoirement insuffisant pour donner un fondement juridique aux droits de l'homme, mais, qui plus est, il ne lui en permet aucun, semble-t-il, puisque, en effet, la doctrine de Grotius et de Pufendorf qui justifie la servitude volontaire s'avère très en deçà des exigences de Hobbes et de Locke relativement auxdits droits de l'homme). En tout cas, le succès du cartésianisme a provoqué l'abandon de l'idée d'une loi naturelle où s'accordent en jumeaux l'homme et le monde ; en revanche, il a permis la promotion de l'ordre de la nature humaine, du sujet. Cette conception de la nature humaine fut indubitablement partagée par une bonne partie des tenants de l'*École du droit de la nature et des gens*. Selon Grotius, par exemple, le fondement du droit se trouve dans la *recta ratio* (H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1984, livre I, pp. 9, 20) et ce, même si, précise-t-il, il n'y avait pas de Dieu... ou s'il ne se souciait pas des choses humaines. Pour Grotius, les actes de droit doivent donc se mesurer par rapport à la nature rationnelle de l'homme, à la droite raison. Ainsi, la rupture introduite par rapport à la loi naturelle et à la volonté de Dieu est-elle irréfutable. La validité du droit dépend de la valeur rationnelle reconnue par la conscience humaine et non de la loi divine naturelle. Incontestablement, la règle juridique a cessé d'être naturaliste et objective pour devenir rationaliste et subjective. Par cet arrachement à l'*état de nature* que représente le pacte social, la civilité constitue l'aboutissement d'un effort de la volonté individuelle et d'un acte de création du sujet humain.

naturalisme moderne n'ont pas été cartésiens : ce qui a précisément eu pour conséquences d'introduire un clivage au sein de l'école du droit naturel quant à la reconnaissance ou au rejet de la loi naturelle⁹). Notion complexe, certes, mais dont il faut tout de même tenter de donner une définition. Comme son nom paraît l'indiquer, un tel droit procéderait de la nature¹⁰ ; cette dernière serait la source du droit ; d'un droit, d'un juste en plénitude¹¹. Plus précisément, toute la théorie du droit naturel reposerait sur l'intuition, et l'affirmation, qu'il existe (indépendamment des lois civiles et antérieurement à toutes les conventions humaines), un ordre moral universel, une règle de justice immuable, la « loi naturelle », à laquelle tout homme est tenu de se conformer dans ses rapports avec ses semblables¹². Néanmoins,

⁹ En effet, tous les théoriciens du *jusnaturalisme moderne* ne sont pas cartésiens ; aussi, l'école du droit naturel est-elle partagée quant à la reconnaissance ou au rejet de la loi naturelle. Si toute l'école reconnaît le droit naturel, elle est loin de reconnaître unanimement la loi naturelle. Ainsi, les tenants du cartésianisme sont-ils partisans de la nature raisonnable de l'homme, d'un droit sis dans la raison humaine, d'un ordre juridique rebâti à partir des individus (impliquant une association fondée sur la convention et les droits individuels, les droits civils) et s'opposent-ils aux partisans d'une distinction loi naturelle (immuable) / droit naturel, tels Spinoza et Locke ; pour ces derniers, c'est la loi naturelle (plus exactement, la délégation de sa puissance exécutive) qui est au fondement de la société et source de légitimation de l'ordre politique et non pas un acte de libre décision promulgué par la conscience individuelle (les droits civils procèdent donc, directement ou non, de la loi naturelle. B. Barret-Kriegel, « Les droits de l'homme et le droit naturel », précité, pp. 21-26, 30-31).

¹⁰ M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, rééd. présentée par Fr. Terré, Dalloz, Paris, 2001, p. 294 ; et, du même auteur, *La formation de la pensée juridique moderne*, texte établi, révisé et présenté par St. Rials, Quadrige/PUF, 2006, p. 85.

¹¹ A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, Paris, p. 54.

¹² R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, op. cit., p. 151. Il ne peut y avoir de droit naturel s'il n'existe pas de principes immuables de justice et l'histoire nous montre qu'ils sont tous variables (L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, op. cit., p. 21) ; mais, pour que l'objection qu'oppose l'histoire au droit naturel ait quelque poids, elle doit reposer non pas sur une preuve historique, mais bien sur une critique philosophique des possibilités d'existence ou de connaissance du droit naturel, critique liée en quelque sorte à ce que depuis le XIX^{ème} siècle il est convenu d'appeler histoire (*Ibid.*, p. 22 ; sans compter, en outre, qu'exciper de la pluralité des conceptions du droit pour conclure à l'inexistence du droit naturel est une démarche aussi ancienne que la philosophie politique elle-même). La critique du droit naturel a joué un rôle important dans la formation de l'*historicisme*, apparu au XIX^{ème} siècle à la faveur de la certitude qu'il était possible de connaître, ou, tout au moins, de pressentir l'éternel (*Ibid.*, p. 24). L'éternel ou la transcendance, n'est pas l'apanage de la religion révélée, mais comptait pour une très large part dans les ambitions premières de la philosophie politique qui se voulait recherche de l'ordre naturel ou du meilleur régime politique. Le meilleur régime politique tel que Platon et Aristote l'entendaient est, et est censé être, la plupart du temps différent d'un régime actuel ou au-delà de tout ordre institué *hic et nunc* (*Ibid.*, p. 26). Quoi qu'il en soit, l'*historicisme* en vint à considérer l'histoire comme la seule source de connaissance empirique et, par là, substantielle de ce qui est vraiment humain, de la grandeur et de la misère de l'homme. Ayant réussi à discréditer les principes universels ou abstraits, l'*historicisme* crut que les études historiques révéleraient l'existence de critères particuliers et concrets. Or, l'historien sans préjugés se doit de confesser son incapacité à tirer des normes de l'histoire... (*Ibid.*, p. 28). En prétendant que toute pensée humaine est historique, l'*historicisme* admet qu'elle peut arriver à une intuition universellement valable, sûre de n'être jamais victime des surprises de l'avenir (*Ibid.*, pp. 34-35). Il prétend donner une image exacte des faits ; l'une des données essentielles de la thèse historiciste consiste en l'affirmation d'un moment absolu de l'histoire : celui d'être la fin de l'histoire. Cependant, la contradiction que l'*historicisme* porte en soi devrait être imputée non pas tant à sa thèse qu'à la réalité elle-même (*Ibid.*, p. 38). Ainsi, ses partisans affirment-ils que toutes les pensées et croyances humaines sont historiques ; mais, en tant que telles elles sont donc vouées à la mort ; or, l'*historicisme* est lui-même une pensée humaine ; il ne peut donc être valable que dans le provisoire ; c'est dire qu'il ne saurait être vrai purement et simplement. Soutenir la thèse historiciste conduit à la mettre en doute et par conséquent à la transcender (*Ibid.*, p. 35). La compréhension définitive et irrévocable du caractère historique de toute pensée ne transcenderait l'histoire que si elle était accessible à l'homme en tant que tel, et cela en principe à toutes les époques ; mais elle ne transcende pas l'histoire si elle s'insère essentiellement dans une situation historique donnée. Or, c'est ce qui se passe : cette situation n'est pas seulement la condition mais la source de la thèse historiciste. L'expérience historique » et

supposons, un instant, que l'on réfute cette théorie, que l'on réfute l'existence même du droit naturel ; cela voudrait dire que seul existe le droit positif. Or, on le sait bien, ce n'est pas parce qu'une loi est loi qu'elle ne peut pas être injuste ; il est bien évident, que certaines des lois (législateur) et des décisions judiciaires (tribunaux, juges) positives sont manifestement injustes. Dire cela, c'est dire qu'existe un étalon du juste et de l'injuste, indépendant et supérieur au droit positif et grâce auquel il est possible de juger ce dernier : cet étalon, n'est autre que le droit naturel¹³.

Certes, la théorie du *droit naturel classique* d'Aristote se situe indéniablement au sein du *jus naturalisme antique*. Toutefois, même là, deux grandes conceptions du droit naturel se font face. Schématiquement, Aristote semble un peu seul contre tous, parce qu'il se fait du droit naturel une idée atypique. Pour ses pairs, l'intuition et l'affirmation de l'existence d'une justice naturelle semblent procéder de l'idée selon laquelle le monde créé n'est pas absurde, mais exprime la bonté de son créateur, sa justice ; il existerait donc une loi naturelle qui serait à l'origine de tout. C'est, d'ailleurs, la conception courante du *droit naturel classique*, selon laquelle le droit naturel et la loi naturelle sont une seule et même chose ; la loi naturelle ne serait rien d'autre que la loi éternelle, divine (biblique, diraient d'aucuns). Le droit naturel se confondrait donc avec la loi divine. Le droit serait ainsi tenu pour similaire à la loi ; une loi qui, elle-même, découlerait des cieux. Une lecture du droit naturel qui, indéniablement, semble faite à l'aune du référent judéo-chrétien, mais qui est également suggérée par l'ambiguïté dont sont porteurs certains textes d'auteurs classiques (en particulier ceux d'Aristote¹⁴, parfois, et de Cicéron¹⁵, dont certaines des idées annoncent celles qui, plus tard, seront développées par Saint Thomas d'Aquin dans sa *Somme théologique*).

Si Aristote recherche, lui aussi, cette justice naturelle, il se propose, cependant, de la découvrir en empruntant un cheminement parfaitement profane¹⁶. C'est, d'ailleurs, plus particulièrement en poursuivant l'analyse des finalités et des œuvres de la justice qu'Aristote se trouve conduit à élucider le concept de droit¹⁷, ainsi que tenteront de le montrer les développements subséquents. Dans la théorie qu'il développe, c'est l'*idée de nature* qui constitue le point de bascule et qui sert de principe

celle, moins équivoque, de la complexité des affaires humaines, peut effacer mais non supprimer l'évidence de la simple expérience du bien et du mal qui fonde le philosophe à affirmer qu'il existe un droit naturel (*Ibid.*, p. 40) ; et toute doctrine du droit naturel prétend que les fondements de la justice sont accessibles à l'homme en tant que tel. C'est donc supposer qu'une vérité fondamentale peut lui être accessible (*Ibid.*, p. 37).

¹³ L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁴ « Car il y a une justice et une injustice dont tous les hommes ont comme une divination et dont le sentiment leur est naturel et commun, même quand il n'existe entre eux aucune communauté ni aucun contrat (...) la loi universelle s'étend en tout sens, à travers l'éther qui règne au loin et aussi la terre immense ». Aristote, *Rhétorique*, livre I, 13, 7 et s., (1373 b), texte établi et traduit par M. Dufour, *Les Belles Lettres*, Paris, 1960 (2^e éd.), p. 130. Également la trad. de Ch. E. Ruelle, Paris, LGF, 1991, p. 162.

¹⁵ « La loi n'est pas une invention de l'esprit humain, ni un décret des peuples, mais quelque chose d'éternel qui gouverne le monde entier, montrant ce qu'il est sage de prescrire ou d'interdire (...) Cette loi, à la fois la première et la dernière, est l'esprit de Dieu promulguant des obligations et des défenses également rationnelles » (Cicéron, *De legibus*, livre II, § 4, trad. Appulin, Garnier, Paris, 1954, p. 281). Également : « Une seule et même loi éternelle et immuable qui régit toutes les nations en même temps : il y a pour l'enseigner et la prescrire à tous un Dieu unique ; conception, délibération, mise en vigueur de la loi lui appartiennent également » (Cicéron, *De Republica*, éd. citée, livre III, § 22, p. 103). « La loi, poursuit Cicéron, en effet est la force de la nature, elle est l'esprit, le principe directeur de l'homme qui vit droitement, la règle du juste et de l'injuste » (*De legibus*, livre I, § 6, *op. cit.*, p. 237).

¹⁶ M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », précité, pp. 46-47.

¹⁷ Du même auteur que celui cité dans la note précédente, on consultera *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 38-39.

méthodologique pour rechercher la règle de droit. Comment cela ? Par la découverte d'une nature admirablement ordonnée, qui recèlerait un ordre s'offrant à la découverte¹⁸ ; un ordre reflétant les sources objectives et juridiques¹⁹ qui la structurent²⁰. Cet ordre exprimerait donc un droit, un juste en plénitude, appréhensibles dès lors que l'on fait l'effort de les rechercher. Le rapport entre droit et justice, entre droit naturel et justice semble ainsi établi, puisque la nature est la source du droit, du juste en plénitude. Ce rapport de parenté entre droit et juste (ou justice) se retrouve également d'un point de vue linguistique, comme l'attestent les langues grecque (*dikaion*, mot que l'on traduit tantôt par *juste*, tantôt par *droit*) et latine (*jus/justitia* : le *Corpus Juris Civilis* souligne, d'ailleurs, ce lien dès les premières lignes du *Digeste* : *jus* dérive de *justitia-jus a justitia appellatum*²¹). Aussi, pour Aristote, le *droit naturel* constitue-t-il le *juste* en soi²². Le droit n'est donc plus confondu avec la loi, le droit n'est plus à rechercher en nous même, comme le suggérait la *conception courante du droit naturel* (selon laquelle la loi naturelle, éternelle, donc la loi de justice naturelle et éternelle se situerait en nous-mêmes, mais, à l'extérieur de nous-mêmes, dans la nature, la *nature des choses*²³, qui exprime un principe de justice. Ainsi, pourraient être découvertes les notions précitées de bonté et de justice, sans pour autant assimiler le droit naturel classique à la loi judéo-chrétienne.

Or, précisément, la *doctrine du droit naturel classique*, dont on ne peut pas dire qu'elle soit directement légataire de l'héritage biblique hébraïque, est néanmoins traversée par la question fondamentale de savoir ce qui est bon, droit et juste par nature ! Ce qui revient au même que de savoir quel est le meilleur régime²⁴. On ne s'étonnera donc pas que, pour la *philosophie du droit naturel classique*, le juste

¹⁸ Du même, voir *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 294.

¹⁹ Et encore, « Abrégé du droit naturel classique », précité, p. 47.

²⁰ Ce sont, là, les limites qu'atteint cette théorie, car si la nature est ordonnée, c'est-à-dire reflétant, exprimant un ordre, c'est-à-dire un droit qui l'a façonnée, c'est que le droit précède la nature ! Alors, certes, on peut chercher à présent le droit dans la nature puisqu'elle le recèle, l'exprime ; mais, ce ne serait pas la nature qui serait source du droit, mais le droit qui serait source de la nature. Les Grecs, n'étant pas les héritiers directs de la Révélation sinaïtique, cherchent donc le droit à tâtons, sans pouvoir avoir accès à la source même du droit et de la justice ; ce qui viendrait accréditer la première thèse, la première lecture faite du *droit naturel classique*, selon laquelle le droit naturel est confondu avec la loi naturelle ou loi divine et éternelle, source de toute justice ; d'où cette intuition et cette affirmation qu'existe une justice naturelle. En tout cas, le profond désaccord qui subsiste sur les notions les plus élémentaires après des millénaires d'étude et de réflexion semble corroborer la thèse de la doctrine mosaïque, selon laquelle la justice et le droit ont leur fondement dans des sources transcendantes. « (L'éternel) a révélé ses paroles à Jacob, ses statuts et ses lois de justice à Israël. Il n'a fait cela pour aucune nation ; aussi les lois de la justice leur demeurent-elles inconnues » (Psaumes CXLVII, 19). « Car la justice est à l'Éternel » (Deutéronome, I, 17) ; elle n'est pas dans le cœur de l'homme, ni dans la nature. Elle émane du Créateur qui a fixé les droits et les devoirs des individus à l'égard d'autrui selon les lois fondamentales de la société humaine, au même titre qu'il a fixé les lois immuables de la nature. Le contenu du droit, donné aux hommes par Révélation, apparaît ainsi comme d'essence irrationnelle. Les normes juridiques sont proclamées au nom des lois divines, universelles et éternelles. Ce sont ces attributs qui leur confèrent leur autorité (R.-E. Munk, *La voix de la Thora. L'Exode*, Paris, 1998, pp. 194, 242). Pour une présentation de ces notions et, plus généralement, du droit hébraïque, voir R. Scialom, « Synopsis des sources du droit hébraïque », dans *Annuaire Droit et Religions*, n° 1, PUAM, 2005, pp. 261-291.

²¹ *Digeste*, I, I, I ; voir *infra*, n. 68.

²² M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme, op. cit.*, p. 64.

²³ Nous renvoyons au même philosophe du droit que celui mentionné dans la note précédente et plus particulièrement à son « Abrégé du droit naturel classique », précité, pp. 45, 49.

²⁴ Car, en effet, la question « qu'est-ce qui est bon par nature ? » ou « qu'est-ce que la justice ? » ne trouve sa réponse parfaite que dans l'élaboration théorique du meilleur régime (L. Strauss, *Droit naturel et Histoire, op. cit.*, p. 134).

soit l'âme, l'essence même du droit ! Certes, mais en l'occurrence la pensée d'Aristote semble, a priori, grevée d'une réelle difficulté, ou, à tout le moins, d'une véritable ambiguïté. En effet, en posant que le *droit naturel* est le *juste* en soi, qui ne doit rien aux conventions humaines²⁵, en affirmant que juste et justice se cherchent dans la *nature*, hors de nous-mêmes (*Éthique à Nicomaque*²⁶), que fait-il du législateur et du juge ? Leur existence même semble purement et simplement éclipsee, car leur rôle paraît inutile !

De là, l'importance de bien comprendre Aristote, dont la théorie du *droit naturel classique* peut se décliner en deux temps : son droit naturel est, en effet, tout à la fois un plaidoyer en faveur du droit positif (I), mais constitue également le dépassement de ce dernier, sa sublimation (II).

I. LE DROIT NATUREL CLASSIQUE D'ARISTOTE : UN PLAIDOYER EN FAVEUR DU DROIT POSITIF

À l'origine de ce plaidoyer en faveur du droit positif se situe un constat simple, mais sans appel : si, en effet, droit naturel et justice naturelle constituent incontestablement l'étalon du droit positif, cet étalon est juridiquement ineffectif.

Droit naturel/ justice naturelle : un étalon des lois positives juridiquement ineffectif

On l'a compris, chez Aristote, le « *juste selon la nature* » n'est point enfermé dans des textes. Plus encore, le « juste » naturel (*dikaion phusikon*) n'a point forme de loi expresse. Pour Aristote, la référence à la nature signifie règle non écrite ou loi non écrite, non formulée : « *nomos agraphos* »²⁷ ; or, si l'on entend le mot loi au sens de règle formulée, alors, il n'y a pas de loi naturelle²⁸, pas de législateur, pas de juge ! Mais, déboucher sur de telles conclusions reviendrait à méconnaître la finesse de la pensée aristotélicienne et, par conséquent, se méprendre gravement. Cette recherche (l'observation de la nature) s'avère sans retombées pratiques, impuissante à déduire le juste directement de la nature ; certes, l'art du droit consiste en la recherche du juste naturel, mais celui-ci ne possède pas de règles ; c'est pourquoi, la prétention d'Aristote ne fut pas de poser des règles de droit naturel. En réalité, le droit naturel n'est qu'une méthode, la voie à suivre par les juristes ; il reste le référent, l'étalon du droit positif.

De plus, faut-il prendre garde à ne pas se tromper sur ce qu'Aristote nomme justice. Pour lui, *la justice* n'est pas un idéal irréalisable, mais désigne la réalité en tant que telle ; aussi, est-elle appelée à s'exercer ici bas et concerne-t-elle le droit ! Un droit dont la nature est d'être « politique »²⁹, au sens grec de *polis* (la cité³⁰) : *to*

²⁵ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 64.

²⁶ C'est, en effet, particulièrement au livre V de son *Éthique de Nicomaque* qu'Aristote traite du thème de la justice.

²⁷ « *Nomoï agrophoi* » : Aristote, *Rhétorique*, trad. Ch. E. Ruelle, op. cit., I, 13, 11 et 12 ; I, 14, 7 ; I, 15, 3... ; également, B. Barret-Kriegel, « Les droits de l'homme et le droit naturel », précité, p. 18.

²⁸ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, p. 240.

²⁹ Selon Aristote, il est de la nature du droit au sens strict d'être politique. La réalisation du droit présuppose un juge (*diskastès*) ; il faut une procédure, des institutions qui n'existent que dans une cité. Le droit véritable s'exerce à l'intérieur d'une même cité et Aristote le qualifie de droit politique (*dikaion politikon*), que traduit le latin *jus civile* (droit civil) : un droit qui ne s'exerce donc qu'entre membres de la cité, entre citoyens.

*dikaion politikon*³¹ ; un droit qui s'adresse à un homme qualifié par Aristote d'« animal politique » (*zōon politikon*³²), parce que situé dans un groupe social, dans une société humaine, dont la forme la plus parfaite et archétypale est la cité (*polis*). Il n'est donc de *dikaion*, de droit, que dans les rapports entre citoyens³³, entre membres de la cité ; et c'est uniquement entre citoyens *sui juris* que le Stagirite conçoit la justice et non entre membres d'une même famille³⁴. Par conséquent, la justice est-elle envisagée comme vertu sociale, vertu *ad alterum*. Aussi, Aristote prend-il soin de nettement distinguer entre *justice générale* et *justice particulière*. Une *justice générale* synonyme de loi morale, ou *justice légale*, proche parente de la justice biblique. La justice ainsi entendue est presque synonyme de moralité. Que l'ordre en tout soit réalisé, telle semble être la finalité de cette *justice générale, totale, achevée (teleia)*³⁵. Aristote ne se focalise guère sur cette première acception de la justice, mais développe, en revanche, une analyse originale de la *justice particulière*, dans le livre V de son *Éthique de Nicomaque*. Ainsi, la *justice particulière* forme-t-elle une vertu spécifique, qui ne se confond pas avec l'ensemble de la moralité, mais se distingue, par exemple, du courage ou de la tempérance. Le droit sera l'objet de la justice ; Le droit ne prend d'ailleurs vraiment forme qu'à l'intérieur de la *justice particulière*³⁶ : celle-ci consiste à donner à chacun le sien - *suum cuique tribuere* (c'est-à-dire ce qu'il mérite par rapport à ce que méritent les autres membres du

³⁰ Socrate, Platon et Aristote considéraient que la forme la plus parfaite de société humaine était la *polis*. Toutefois, il ne suffit pas de dire que *polis* (cité) comprend à la fois l'État et la société, car le concept de *cité* est antérieur à la distinction entre l'État et la société ; par conséquent, on ne comprend pas la *cité* en disant que la cité inclut l'État et la société. L'équivalent moderne de la *cité* au niveau de la compréhension du citoyen est la *patrie* (pour plus de détails voir L. Strauss et J. Cropsey, *Histoire de la philosophie politique*, PUF, Paris, 1994, p. 6).

³¹ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 46.

³² On se référera à cet égard au Livre I de la *Politique* dans lequel Aristote établit cette thèse fondamentale que l'homme est un « animal politique » (*zōon politikon*), ce qui signifie qu'il est fait pour vivre dans des *cités*. Toutefois, cela ne veut absolument pas dire que tous les hommes vivent en cités, pas plus, d'ailleurs, que les cités se situeraient aux origines de l'histoire. Aristote reconnaît que « (...) les fondateurs de cités ont été de grands bienfaiteurs » (Aristote, *Politique* ; nous renvoyons à P. Pellegrin, Flammarion, *GF*, 1990, traduction faite sous le titre *Les politiques*, I, 2, 15, 1253 a. Voir aussi, la traduction Tricot, Vrin, 2^e éd., 1970 ; également, l'édition bilingue de J. Aubonnet, 5 vol., aux *Belles Lettres*, Paris, 1960-1989) ; car, l'homme n'est animal politique qu'en puissance, sauf à s'efforcer qu'il le devienne en acte (voir Aristote, *Politique*, VII, 6, 1).

³³ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. 2006, *op. cit.*, p. 83.

³⁴ Parce que le fils, par exemple, n'apparaît pas absolument *autre* que le père ; leurs intérêts ne se trouvent pas assez séparés (voir du même auteur qu'en note précédente son « Abrégé du droit naturel classique », précité, pp. 33-34).

³⁵ Afin de bien appréhender cette première idée de justice, il convient de se replacer dans l'« esprit » grec. Ainsi, la *vertu de justice* (le type d'activité habituelle qui porte vers le bien, auquel il est naturel que tendent nos conduites est appelé vertu) était-elle toujours une activité au service de l'ordre. Pour les Grecs, l'ordre semblait constituer une valeur suprême, coïncidant avec le beau, avec l'harmonie. Aussi, avaient-ils coutume d'appeler « juste », en un premier sens, l'homme qui tendait à s'accorder à l'ordre cosmique universel ; l'homme juste occupait au sein du monde la place propre qui lui revenait, remplissant adéquatement son rôle (*Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 42).

³⁶ Néanmoins, convient-il de nuancer. En effet, à la *justice générale* peut malgré tout correspondre une sorte de « droit » informe, incomplet, indéterminable. Avant Aristote, la plupart des philosophes grecs ne connaissaient que cela. Il semblerait que ce qu'ils appelaient *dikaion* soit cet ordre général du monde, objet de la *justice générale* (selon Aristote). Certes, il n'est probablement pas inconcevable de nommer « droit » l'harmonie générale du monde ; toutefois, parce qu'il est indicible et indéfinissable, ce type de droit ne retiendra pas l'attention des juristes, pas plus que leur intérêt, d'ailleurs. Ce qu'ils appellent *to dikaion* est, au contraire, une chose bien distincte et déterminée, qui, seule, peut être qualifiée de droit. Ce n'est donc pas un hasard si pour le premier philosophe du droit au sens strict, Aristote, à qui l'on doit d'avoir dégagé le concept de droit, le *to dikaion* est défini dans l'analyse qu'il fait de la *justice particulière* (*ibid.*, pp. 43-45).

groupe social³⁷ ; ou, si l'on veut l'exprimer différemment, que nul ne prenne « plus » ou ne reçoive moins que sa part des « biens extérieurs » partagés dans un groupe). Pour atteindre cet objectif, au préalable, il faut évaluer la part convenable qui revient à chacun (mesurer, déterminer la proportion entre les biens ou obligations des uns et des autres ; la justice cherche donc à déterminer un rapport convenable entre des choses distribuées entre les personnes). L'objet de la *justice particulière* traite ainsi de quelque chose de *fini*, qu'il convient de nommer *droit*. Aussi, pour Aristote, l'« homme juste », c'est l'individu qui ne prend ni plus ni moins que sa part des « biens extérieurs » partagés dans un groupe social. Afin que les particuliers puissent se voir attribuer cette mesure indispensable de leurs parts respectives, ils devront s'adresser au juge³⁸, comme tenteront de l'envisager les développements ultérieurs. En tout cas, à ce stade de l'analyse du *droit naturel classique* d'Aristote, il est donc parfaitement clair qu'il ne s'agit pas de déboucher sur un juste idéal, mais sur un juste concret, dont la loi positive est aussi la source³⁹. Aussi, faut-il comprendre qu'il ne s'agit là que d'un premier moment dans la formation, dans l'élaboration du droit. C'est la raison pour laquelle Aristote précise dans sa *Rhétorique*⁴⁰ que ce cadre vague fourni par l'observation de la nature, ces données informes du droit naturel doivent être complétées par la rédaction de lois précises. Le droit est donc affaire de *prudence (prudencia)*⁴¹ et la *prudence* est la vertu propre du législateur, du juriste, du *jurisprudant* qui assureront le passage du juste naturel au juste positif.

Le passage du juste naturel au juste positif : œuvre du législateur et du juge

Ainsi, Aristote en appelle-t-il à recourir aux lois positives, nécessitant l'intervention du législateur et du juge. Précisément, ce sera le but du droit que de découvrir la solution juste, l'objet de prédilection du législateur et du juge. En effet, la « mission » du législateur consiste bel et bien en une recherche de la justice et du bien commun. Ainsi, le législateur commence-t-il par consulter la *nature des choses*, puis tente-t-il de formuler une solution juste⁴². Plus spécifiquement, l'apport du législateur complète en réalité doublement le juste naturel. D'une part, il conclut la recherche du *juste naturel* (qui est sans fin, car mouvant et incertain) ; d'autre part, le législateur ajoute au *juste naturel* des déterminations précises (et, forcément, arbitraires ; par exemple, le juste prix, incarnation du juste positif, déterminé par les magistrats dans le régime de la taxation autoritaire, ou par le peuple sur le marché). Le législateur travaillant sur la base du juste naturel, enrichit cette donnée de sa volonté propre pour transformer le juste naturel en juste positif ou complet. Le législateur (dont l'organe est incarné par quelques hommes seulement, mais « de saine intelligence ») travaille tranquillement, prenant le temps de la réflexion et disposant en termes généraux pour l'avenir. Les juges, en revanche, travaillent dans l'urgence et sur des cas particuliers⁴³. La loi doit donc tracer un cadre précis au

³⁷ Voir l'« Abrégé du droit naturel classique », précité, p. 36, de ce philosophe du droit quasiment incontournable.

³⁸ *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 45, du même.

³⁹ « Abrégé du droit naturel classique », précité, pp. 33-34, 53-54.

⁴⁰ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., I, 1.

⁴¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, I, 6 (trad., de J. Voilquin, Flammarion, GF, sous le titre *Éthique de Nicomaque*, 1965 ; voir aussi, la trad. de J. Tricot, Paris, Vrin, 5^e tirage, 1983) ; également, « Abrégé du droit naturel classique », précité, pp. 52-53.

⁴² « Abrégé du droit naturel classique », précité, p. 56.

⁴³ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., I, 1.

travail des juges, en définissant à l'avance les grandes lignes du « juste ». Par conséquent, le droit se trouve-t-il « posé » à un double niveau : par le législateur en termes généraux ; puis, par le juge, en termes particuliers. Ainsi, non seulement la philosophie classique du droit naturel débouche-t-elle sur un pluralisme des règles positives, mais, plus fondamentalement encore, développe-t-elle une véritable théorie de la loi positive⁴⁴. Aussi, admet-elle pleinement que le juge puisse puiser les directives et les déterminations précises du droit positif dont il a besoin, à des sources de nature multiples⁴⁵.

Alors, certes, la règle juridique n'est peut-être pas *le* juste, mais « seulement » l'instrument du juste⁴⁶ ; ce qui, cependant, est loin d'être négligeable. Quoi qu'il en soit, le droit procède donc, à la fois de la nature et de la convention ! Et cette double origine du droit perdure dans la pensée du Stagirite sans être éclipsée par la théorie de la loi positive qu'il développe. Par conséquent, même si les lois positives sont indispensables afin de passer du juste naturel au juste positif, il n'en reste pas moins que la philosophie d'Aristote fonde la valeur et l'autorité des lois positives sur le droit naturel, le juste naturel ! Un juste naturel qui a une valeur universelle, alors que le juste positif a une valeur limitée au domaine auquel s'étend l'autorité du législateur⁴⁷, à savoir un droit propre à une cité particulière. Ceci dit, à l'intérieur de ces limites, on doit obéir au droit positif de la même manière qu'on obéit au droit naturel⁴⁸. Conséquemment, la philosophie d'Aristote est-elle à même de fonder l'autorité des lois positives, ce que n'ont jamais su faire les positivistes⁴⁹ ! C'est, en tout cas, dans cet esprit et dans cette perspective que le juste naturel se trouve traduit en juste positif par le travail de l'élite de la nation, les *prudents*. Aussi, est-ce vers eux, les plus cultivés, que l'on se tournera dans la cité, ceux à qui incombera la fonction de guider les autres : le législateur et le juge auront donc à jouer une partition, certes propre, mais qui, néanmoins, s'avérera complémentaire, déterminant leur mission particulière, leur office.

S'il constitue indubitablement un plaidoyer en faveur du droit positif, le droit naturel du Stagirite n'est, toutefois, en rien réductible à ce seul apport ; il ne revêt, en effet, sa pleine dimension et son entière signification que lorsqu'il est appréhendé comme dépassement et sublimation du positivisme juridique.

II. LE DROIT NATUREL CLASSIQUE D'ARISTOTE COMME DEPASSEMENT DU POSITIVISME JURIDIQUE

Si le passage du juste naturel au juste positif était indispensable pour déboucher sur un juste concret, on ne saurait en rester là sous peine de se heurter aux inévitables écueils inhérents au positivisme juridique. La loi positive ayant, en effet, pour conséquences de transformer une justice souple, au départ, car naturelle, en règles rigides. Dès lors, après avoir servi d'étalon au droit positif, après avoir même semblé être supplanté par lui, le droit naturel se voit maintenant assigner par Aristote la mission d'élever le droit positif, de lui insuffler une dynamique salutaire. Une nouvelle dimension du droit naturel dont on peut, tout d'abord, prendre acte au

⁴⁴ M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », précité, pp. 54-59.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁷ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, op. cit., V, 7, 1.

⁴⁸ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, 2003, p. 95 (également l'édition de 2006).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 95.

travers de l'office du législateur et du juge (de ce dernier, plus particulièrement) qui s'en trouve magnifié. Ainsi, par exemple, en ayant recours à la notion d'équité (cette sorte de « *superjustice* ») comme correctif de la loi écrite, le juge peut-il introduire l'idée fondamentale selon laquelle il convient de ne pas suivre aveuglément la loi positive, mais de s'en aider, sans être asservi à son énoncé.

Le couronnement de l'office du législateur et du juge par le droit naturel

Se tourner, dans la cité, vers les plus cultivés afin qu'ils guident les autres, telle sera la mission première que se verront reconnaître les jurisprudents. En la matière, l'excellent interprète du texte d'Aristote qu'est Saint Thomas d'Aquin, reconnaîtra que la *justice particulière* chère au Stagirite (dont l'objet est le juste partage des biens et charges dans un groupe) est d'abord la vertu du juge et des juristes, ses auxiliaires, parmi lesquels les législateurs. Toutefois, évoquer en premier lieu l'**office du législateur** se justifie, dans la mesure où les lois justes qu'il a pour mission d'établir doivent guider le travail du juge qui, dans l'œuvre de justice, n'est pas abandonné, laissé, livré à lui-même. Il agit dans un cadre général qui est celui des lois de la cité (lois entendues au sens strict, mais aussi coutumes, règles de procédure...). Ne serait-ce que sous cet angle là, le législateur apparaît bel et bien comme le guide de ses concitoyens. En tout cas, sa qualité de guide est plus facilement appréhendable chez lui que chez le juge. Le législateur est, en effet, plus enclin à être prudent, averti et sage que le juge, parce que, est-il rappelé, « la loi est l'intelligence sans passion »⁵⁰ ; en revanche, faudra-t-il se méfier de l'impartialité du juge, dont le jugement risque d'être déformé par la sympathie ou la crainte !

Il reste que la *justice particulière* d'Aristote, qui a pour objet le juste partage des biens et charges dans un groupe, est d'abord la vertu, l'**office du juge**. En effet, pour que les particuliers puissent se voir attribuer cette mesure indispensable de leurs parts respectives, leur juste part, ils doivent s'adresser au juge. Toutefois, la science juridique des classiques, afin d'établir le droit de chacun (*jus suum cuique*), de chaque chose, ne part pas de l'individu, mais objectivement, de la masse des biens sociaux à partager. Le droit de chacun est donc un quotient ; aussi, le droit n'est-il pas appréhendé comme étant l'attribut du sujet, de l'individu, mais comme chose objective. Par conséquent, la *justice particulière* n'a trait qu'aux objets qui se répartissent : le droit de chacun qu'elle définit est le produit de cette division, une quantité toujours finie. Pour autant, dans la conception d'Aristote, le droit est-il une sorte d'égalité ? Certainement pas ! Le *to dikaion* est un rapport, une mesure adéquate (*aequum, aequitas*), un juste partage proportionnel, la part juste que l'office du juriste a pour objet de déterminer⁵¹. Les parts des uns et des autres ne sauraient donc être égales !

Dans la vie sociale, la *justice particulière* est appelée à s'exercer dans deux circonstances : les distributions, qui vont donner lieu à la *justice distributive* ; et, les échanges, ou commutations, d'où procédera la *justice commutative*. La *justice distributive* : correspond au type principal, c'est-à-dire au *jus suum cuique tribuendi* et tend à donner à chacun le sien ; « la juste part ». Mais, comment déterminer, dans la distribution des choses entre les membres d'une communauté, la « juste part » qui revient à chacun ? Et bien, selon Aristote, grâce à l'idée de *proportion*, c'est-à-dire, ce que l'individu mérite par rapport à ce que méritent les autres membres du groupe

⁵⁰ Aristote, *Les Politiques*, op. cit., III, 11, 1287.

⁵¹ M. Villy, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., pp. 49-50.

social ; le mérite étant évalué en fonction de la part que chacun prend à la réalisation du bien commun. La *justice distributive* n'a donc pas pour objet d'opérer entre tous un « partage » des richesses communes. Mais, l'office du juge consiste à vérifier la justice de répartitions préalablement opérées⁵² ; justice de répartitions qui ne signifie pas que celles-ci seront égalitaires ! Par conséquent, le juste consiste en une *proportion* entre la quantité de choses distribuées et les qualités diverses des personnes⁵³.

La *justice commutative*, quant à elle, n'a qu'un office subsidiaire ; elle est conçue comme un prolongement de la *justice distributive*⁵⁴. Le rapport juste s'entend ici, de prime abord, en un rapport d'équivalence, d'égalité simple, « arithmétique » dirait Aristote. Il s'agit ici de « corriger », de rétablir la juste proportion entre les patrimoines des individus. Ainsi, le juste équilibre réalisé par la *justice distributive* entre lesdits patrimoines peut très bien être bouleversé par un événement postérieur (vol occasionné à un patrimoine, lui enlevant une certaine valeur, la transférant dans le second, par exemple) ; aussi, faudra-t-il « corriger » ce déséquilibre. À cet effet, le juge devra-t-il prendre en compte les qualités différentes des personnes. Aussi, les droits reconnus aux diverses personnes seront-ils inégaux. Il devient alors aisément compréhensible que plus la justice, en s'affinant, s'approche de son terme, c'est-à-dire de l'équité parfaite, plus elle aura de chance d'aboutir à l'inégalité des droits⁵⁵. Toutefois, n'est-ce pas là l'intention de la justice : calculer une proportion avant d'en assurer ensuite l'application effective ? C'est là, en effet, ce que recherchent le législateur et le juge ; si bien que la vertu de la justice est indubitablement l'occupation par excellence du juriste ; si bien, encore, que les buts de la justice coïncident exactement avec ceux du droit⁵⁶. Ceci dit, revers de la médaille, la loi positive a, dans l'absolu, pour effet de transformer une justice souple, au départ, car naturelle, en règles rigides. Ces lois humaines sont, en effet, des tentatives d'expression du droit naturel et le juste qu'elles poursuivent est le juste naturel, le juste en soi, qui n'est point tel parce qu'on le commande, mais commandé parce qu'il est juste. Cependant, ces lois humaines constituent, dans le même temps, un moment où la recherche du droit naturel s'arrête, se clôt provisoirement. C'est pourquoi, la formule légale doit être comprise comme un moyen d'accès, un instrument de la recherche ayant pour ambition et vocation d'exprimer le droit naturel, le juste naturel, et non point comme la réponse définitive. Aussi, bien conscient qu'aucune expression humaine du droit naturel, fût-elle transcrite dans un code, n'atteint absolument le droit, la sentence ne doit donc pas être déduite mécaniquement de la règle légale. Par conséquent, la loi ne doit-elle pas être suivie aveuglément, mais convient-il de s'en aider, sans être asservi à son énoncé. Au regard du droit naturel, rien de plus normal donc que l'existence du *judge made law*, contribution du juge à la « fabrication » de la loi, par sa jurisprudence⁵⁷.

C'est précisément pour pallier les effets négatifs induits par les lois positives qu'Aristote assigne pour mission au droit naturel de réinvestir le droit positif afin de le « revivifier », voire mieux, de le sublimer ! En cet instant critique où le juste positif risque de se rigidifier sous l'effet de la loi positive, se déploie pleinement l'*office du juge* qui introduit la notion d'équité, sorte de « *superjustice* »⁵⁸, comme

⁵² Par qui ? Cela reste flou dans la théorie d'Aristote, mais vraisemblablement point par le juge lui-même.

⁵³ *Le droit et les droits de l'homme, op. cit.*, p. 51.

⁵⁴ M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », précité, p. 37.

⁵⁵ *Le droit et les droits de l'homme, op. cit.*, p. 52.

⁵⁶ « Abrégé du droit naturel classique », précité, p. 38.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁸ Aristote, *Éthique à Nicomaque, op. cit.*, V, 10, 2.

correctif de la loi écrite⁵⁹. Le juge pourra donc modifier, adapter la loi aux circonstances, surtout lorsque le législateur aura dépassé les bornes du *juste naturel* (ou lorsqu'il est ignare, ou bien encore dans l'hypothèse où ses lois sont mauvaises). Dès lors, n'étant plus une loi⁶⁰, contredisant de plein fouet la justice, n'étant plus l'instrument du juste, non seulement le juge ne doit-il plus tenir compte de la loi, mais encore, celle-ci doit-elle être enfreinte ! Soit dit en passant, sous couvert ou prétexte d'interpréter la loi, que fait d'autre aujourd'hui le juge qui, sous le régime même du positivisme juridique, n'a de cesse de « tourner » la loi ?

Le comportement du juge, ici, n'est en rien similaire à la méthode mécanique de l'exégèse, mais notoirement plus libre, impliquant de sa part le recours direct à la nature. Dans cette nouvelle perspective qui s'ouvre devant lui, le juge ressemble à un chef d'orchestre interprétant activement la musique du compositeur (le législateur). Aussi, faut-il comprendre les fonctions du législateur et celles du juge non pas comme séparées, mais comme complémentaires : il y a identité de fonction, de but et de méthode. Le juge est donc l'égal du législateur, son continuateur et non pas son agent d'exécution ! Fort de cette connaissance, le juriste est alors à même de mener à bien sa mission consistant à définir des rapports, des proportions : la part de chacun sur les biens communs sociaux.

Alors, certes, il reste des zones d'ombre dans la théorie d'Aristote. En particulier, la question fondamentale, en l'occurrence, de savoir qui est l'auteur des lois ? Il est difficile de le dire avec précision en raison de ce que la doctrine même d'Aristote est relativiste. Dans certaines cités, en effet, le pouvoir doit être placé entre les mains d'une oligarchie, ailleurs entre celles de la démocratie, parfois encore il réside entre celles d'un monarque. Pour Aristote, le meilleur régime étant un régime mixte, le pouvoir y est partagé. Ainsi, celui qui détient le pouvoir législatif ou le pouvoir judiciaire est-il l'autorité *naturellement* compétente, c'est-à-dire celle qui, dans une cité, se trouve responsable des affaires publiques de par sa situation même, sa *nature* (c'est-à-dire sa richesse, son niveau de culture, sa représentativité...) et non celle qui serait portée à ces responsabilités par le vote de la majorité ; ce qui exclut donc chez Aristote, la doctrine du contrat social.

En dépit de ce flou, l'apport d'Aristote est, malgré tout, original ; en particulier, parce qu'il élabore la théorie d'un *droit naturel classique* sis en un juste milieu borné, ici, par le droit naturel, là, par le droit positif.

Du juste milieu entre droit naturel et droit positif : le droit naturel classique d'Aristote

Contrairement à Platon, le Stagirite ne nourrit pas le rêve d'un droit idéal enfanté par la philosophie. Pour Aristote, le droit, séparé de la morale, est avant tout l'œuvre du législateur et du juge. Toutefois, il ne s'agit assurément pas d'un droit fait de commandements, mais appartenant au monde des objets. Aussi, incombe-t-il au juriste de le découvrir par tâtonnements successifs, par l'observation du monde extérieur, de la réalité sociale, par la confrontation des points de vue divers sur cette réalité ! L'art juridique use manifestement d'une méthode dialectique. Le juriste doit, en effet, ajouter ici, retrancher là, confronter les extrêmes pour chercher le juste milieu⁶¹ (dont le siège se situe *in re*, dans les choses), c'est-à-dire la bonne

⁵⁹ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 97.

⁶⁰ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., I, 15, 7.

⁶¹ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 53.

proportion des choses partagées entre membres du groupe politique. C'est à cette proportion adéquate que correspond le droit, objet de la justice. Un thème du juste milieu⁶², cher au Stagirite, qui parcourt toute son œuvre et au sein duquel est situé son *droit naturel classique* dont n'émane aucune fixité des règles juridiques. Un *droit naturel classique* qui emprunte autant au droit naturel qu'au droit positif, mais auxquels il fixe les limites respectives.

Ainsi, fixe-t-il les limites de la science du droit naturel, à laquelle il reconnaît pourtant d'être la source originelle du droit ; cependant, les connaissances toujours vagues, provisoires et inadaptées aux besoins pratiques qui en sont issues, l'obligent-elles à arrêter la recherche du juste naturel et d'en appeler, par l'intermédiaire du législateur et du juge, au juste positif. Mais, à son tour, le droit positif se voit-il délimité strictement par Aristote⁶³ ; des limites au pouvoir des lois positives sont ainsi posées, signifiant, sans ambiguïté aucune, que l'obéissance à ces lois est, dès lors, conçue comme limitée et conditionnelle. Aussi, les limites fixées au pouvoir des lois positives, impliquent-elles l'absence de souveraineté de la loi ! C'est pourquoi, l'autorité juridique des lois positives n'étant plus un principe constant et absolu⁶⁴, le cas échéant, la coutume (émanant du peuple), la jurisprudence (émanant des sages), peuvent-elles l'emporter sur les lois positives !

Ainsi, à mi-distance de l'idéalisme utopique et du pragmatisme ou réalisme moderne, Aristote établit-il la manière dont s'élabore le droit et ce qu'est le métier propre du juriste. Précisément, Aristote s'extrait-il de la confusion entre droit et morale, en soulignant bien que le métier du juriste ne consiste pas, comme celui du moraliste, à rendre l'homme juste. Être un individu juste consiste à effectuer des actes justes (ne pas prendre plus que sa part).

Seule à être bâtie sur l'observation immédiate des phénomènes juridiques, la doctrine du *droit naturel classique* n'est, ainsi, en rien un plaquage au droit d'une philosophie des sciences ou de la morale. De plus, sauve-t-elle l'autonomie du droit, puisque, en effet, adhérer au *droit naturel*, c'est refuser d'assimiler le droit à l'État, c'est maintenir la science du droit au-dessus de l'État ; et, en soi, cela ne constitue-t-il pas une garantie plus forte que nos déclarations souvent emphatiques et parfois contradictoires⁶⁵ ? En outre, elle établit des cadres (de réflexions et de recherches) solides, sans compter que sa valeur est fondée sur l'assentiment dont elle jouit de la part d'innombrables juristes et philosophes au cours des siècles et des millénaires⁶⁶. Aussi, se pose la question de savoir si les attaques portées à son encontre ne sont, en définitive, que le fruit de malentendus et de contresens ? Une « doctrine du droit naturel » d'Aristote dont hériteront, en tout cas, les jurisconsultes romains, par l'intermédiaire de Cicéron⁶⁷, et qui semble avoir présidé à la genèse de

⁶² *Ibid.*, pp. 52-54.

⁶³ Puisque, en effet, la loi positive a pour conséquences, disions-nous, de transformer une justice souple, au départ, car naturelle, en règles rigides. Aussi, convient-il de ne pas suivre aveuglément la loi positive, mais de s'en aider, sans être asservi à son énoncé.

⁶⁴ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁵ « Abrégé du droit naturel classique », précité, p. 66.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 71-72.

⁶⁷ Certes, pour M. Villey, il n'existe pas chez Aristote une véritable théorie du droit naturel, mais il estime, en revanche, qu'on peut trouver dans la pensée du Stagirite « les éléments constitutifs et beaucoup plus : une mise en œuvre », à travers son effort pour saisir, par l'observation et l'enquête, les formes

la science juridique romaine (seule elle se prêtait à guider le rôle propre des juges qui est de dire, d'attribuer ce qui est à chacun⁶⁸) ; mais qui, ensuite, sous l'influence de l'*augustinisme* sera occultée, absorbée par la loi divine durant des siècles, avant d'être à nouveau d'actualité à la faveur de la redécouverte d'Aristote par Saint Thomas, au XIII^{ème} siècle, qui rendra son autonomie au droit naturel⁶⁹. Quoiqu'il en soit, nonobstant ses ambiguïtés et contradictions internes⁷⁰, la philosophie du *droit naturel classique* d'Aristote ne semble rien avoir perdu de sa superbe⁷¹, légitimant

« naturelles » à chaque cité (et c'est, là, l'objet de sa *Politique*). Ceci dit, à Rome, où l'idée de droit a connu son plein épanouissement et où sa mise en œuvre a été portée à un haut degré de perfectionnement technique, la philosophie du droit fut, en effet, dominée par la figure de Cicéron (106-43 av. è. c). Que Cicéron puisse, cependant, passer pour peu représentatif du génie juridique romain n'enlève rien à la mission qu'il s'était assigné au travers de ses œuvres philosophiques : transposer en langue latine, à l'usage de ses compatriotes, ce qu'il avait compris des philosophes grecs ; et, incontestablement, Cicéron a été influencé à la fois par la philosophie stoïcienne, mais aussi par celle d'Aristote. L'influence du Stagirite sur le droit romain, par l'entremise de Cicéron, paraît donc difficilement réfutable ; à tel point que d'aucuns, parmi les plus éminents philosophes du droit, estiment que la doctrine d'Aristote semble bel et bien avoir présidé à la genèse de la science juridique romaine... Toutefois, le système juridique romain n'a, certes, pas connu qu'une seule inspiration philosophique, ainsi qu'en témoigne le très hétéroclite *corpus juris civilis* (B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 39-40).

⁶⁸ Voir Ulpian (170-228), *Digeste* L. I, 1 : la justice, c'est la justice particulière, au sens aristotélicien du terme, cette activité qui a pour but l'attribution à chacun de ce qui est le sien ! De même que pour Aristote, les juriconsultes romains accèdent au droit par la *justice*. Le droit constitue un élément (l'objet ou la cause finale) de cette espèce d'activité habituelle qu'est la justice ; ainsi peut-on lire dans *Digeste*, I, I, I (tiré des *Institutes* d'Ulpian) : « À qui va travailler le droit, il est nécessaire de connaître d'où dérive ce mot : *justice (est autem a justitia appellatum)*. En effet, selon l'élégante formule du juriste Celse : *jus est ars boni et aequi* - le droit est l'art du bon et de l'équitable (recherche d'une juste proportion). Ont raison ceux qui nous appellent prêtres de la justice : car nous cultivons la justice, nous professons la connaissance du bon et de la bonne proportion, opérant le discernement du juste et de l'injuste. Nous autres juristes cultivons la philosophie véritable, pas son simulacre verbal » (Ulpianus, *Libro primo Institutionum*). En fin de compte, le langage romain distinguera le droit (*jus*) et le juste (l'*id quod justum est*). Le latin dispose de deux termes là où le grec n'en possédait qu'un seul (*to dikaion*). Le juste est la fin poursuivie ; le droit, ce que l'on est parvenu à en découvrir et à formuler positivement (Voir *supra*, n. 21).

⁶⁹ Un droit naturel à nouveau défini en termes de raison. En effet, il faudra attendre jusqu'aux XII^{ème}-XIII^{ème} siècles pour que la redécouverte d'Aristote, d'une part, celle du droit de Justinien, d'autre part, vienne remettre en honneur la conception classique du droit, à savoir : un mode de régulation de la vie sociale fondé sur la *raison*, « dit » avec *prudence*, appliqué avec modération en vue du *bien commun* ; un droit évidemment inspiré par les principes de la justice, mais cependant distinct, dans son principe, de la Loi de Dieu. Ce retour à la pensée classique, après des siècles de confusion, sera l'œuvre, magistrale, de Saint Thomas d'Aquin (J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 2^e éd., 2003, Paris, p. 71). En introduisant la philosophie grecque au sein de la doctrine chrétienne, Saint Thomas légitime par là-même la référence au droit romain et à son esprit contre l'idée d'une législation divine universelle devant laquelle devrait plier l'humanité ; en érigeant face à la loi divine, éternelle et immuable, inconnaisable aux hommes, une loi naturelle présente en chaque homme, dont doit se déduire la loi humaine, Saint Thomas humanise le droit et la justice. L'auteur de la *Somme théologique* accueille, en effet, « largement dans sa doctrine l'enseignement d'Aristote sur la *justice générale* et sur la *justice particulière* (...) ; le *droit*, à la différence des *lois* qui régissent la moralité, correspond à l'art juridique du partage des choses (B. Oppetit, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 42). Il reste néanmoins que, pour L. Strauss, « la conséquence ultime de la doctrine thomiste est que la loi naturelle est pratiquement inséparable non seulement de la théologie naturelle (...) mais même de la théologie révélée (et) c'est en partie en réaction contre cette absorption de la loi naturelle par la théologie qu'apparurent les conceptions modernes de la loi naturelle (...). La loi naturelle ou le droit naturel retrouvaient ainsi leur indépendance vis-à-vis de la théologie et de ses controverses » (L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, *op. cit.*, p. 151).

⁷⁰ Voir *supra*, n. 20.

⁷¹ Ne serait-ce qu'en raison de ses conclusions- auxquelles il parvient à la faveur de sa démarche dialectique - qui ne se voulaient point définitives mais réellement souples et provisoires.

ainsi le constat de L. Strauss⁷² selon lequel : « le besoin du droit naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires »⁷³.

⁷² Mais, avait-il réellement besoin d'être légitimé ?

⁷³ L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, *op. cit.*, p. 14.

