

DROIT & PHILOSOPHIE

Numéro 14 - Décembre 2022

Conflit des facultés

*La philosophie des juristes
et le droit des philosophes*

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)
Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur)

DIRECTRICE ADJOINTE

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Quiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

COMITÉ DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lorraine), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTE D'ÉDITION

Agathe de Montburon (Université Panthéon-Assas)
Romane Lerenard (Université de Rennes)

ADRESSE DE LA RÉDACTION :

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05
contact@droitphilosophie.com
www.droitphilosophie.com

Lucas Fontier

Considérations sur la philosophie des juristes et le droit des philosophes dans la doctrine moderne du droit naturel*

L'idée de droit naturel – voilà bien un point de rencontre entre philosophes et juristes récurrent dans l'histoire. La notion de « doctrine moderne du droit naturel » est une pure construction historiographique dont les bornes sont souvent enfermées entre les XVII^e et XVIII^e siècles. À titre de définition, ces règles du droit naturel sont celles que l'on peut valablement tenir pour *juridiques* (au sens large, c'est-à-dire imposant une contrainte morale sur les actions libres extérieures), sans pour autant que leur raison ne soit fondée dans la tradition ou la loi positive. Les ouvrages sur le droit naturel, qui, au sein de la « doctrine », peuvent fréquemment se contredire entre eux, sont le fruit de travaux tant de juristes (spécialistes des lois humaines positives), de théologiens (spécialistes des lois divines positives) que de philosophes. La « doctrine moderne du droit naturel » concerne ainsi des auteurs aux conceptions parfois très diverses entre elles, qui résultent d'autant de méthodes d'exposition différentes.

Dans l'historiographie, la doctrine moderne du droit naturel peut être comprise selon une définition large ou une définition étroite. La définition large, présentée par Alfred Dufour, considère la doctrine moderne du droit naturel comme un projet scientifique permettant d'englober différents courants philosophiques contradictoires associés à des figures aussi différentes que Grotius, Pufendorf, Locke ou Leibniz¹. Une conception plus étroite, que l'on peut trouver en substance chez les Encyclopédistes du XVIII^e siècle², tend à confiner la doctrine moderne du droit naturel aux œuvres des jurisconsultes Grotius et Pufendorf (et de leurs disciples). Ces auteurs cherchent en effet à mettre en *système* les règles du droit naturel, c'est-à-dire à distinguer les règles établies sur des principes immuables par-delà les conventions et les lois. Ainsi strictement entendue, l'École moderne du droit naturel peut donc désigner une tentative des juristes de se faire philosophes afin de présenter une doctrine autonome des règles de droit fondées par la raison naturelle. En ce sens, Michel Villey écrit :

Grotius travaille à établir, soit au bénéfice des États, soit à celui des particuliers, des droits subjectifs absolus, aux contours bien déterminés, rigoureusement exigibles, méritant le nom de droit strict[.] [...] La grande affaire est de fonder

* Je tiens sincèrement à remercier Madame Élodie Djordjevic, Monsieur le professeur Denis Baranger et Monsieur Federico Colli pour leur confiance, pour leurs aimables relectures et leurs conseils avisés sur ce texte.

¹ A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, 1991, Paris, PUF, p. 7.

² ANONYME, « Natur-Recht », in J.H. ZEDLER (dir.), *Grosses vollständiges Universal-Lexicon alle Wissenschaften und Künste*, vol. 23, Leipzig et Halle, 1740, col. 1194 ; A.-G. BOUCHER D'ARGIS, « Droit de de la Nature, ou Droit naturel », in D. DIDEROT, J. LE ROND D'ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. v. Paris, 1755, p. 132b.

rationnellement leur existence ; à quoi s'essaieront, par des voies d'ailleurs extrêmement diverses, à peu près tous les philosophes du droit de l'Europe moderne : Hobbes, Locke, Spinoza, Leibniz, Wolff³...

Il s'agit de *fonder* le droit naturel, immuable, universel et absolu, pour le *distinguer* du droit positif sujet au changement, particulier et relatif. Cependant, Michel Villey rappelle que la tentative de Grotius est une tentative de *juriste* soucieux de proposer des solutions neuves et pratiques aux problèmes de son temps⁴. La fondation des règles du droit naturel, puis leur distinction avec ce qui est le fruit de la tradition ou de la loi positive, doit donc dépendre de la *matière* du droit elle-même. Cette façon de repérer le droit naturel dans la matière du droit ressemble à celle des anciens juristes romains qui identifiaient et distinguaient les règles appuyées sur la raison naturelle à partir de l'exposé de leurs règles positives⁵. Dans cet objectif de fondation et de distinction des règles du droit naturel, les juristes vont opérer un travail d'abstraction des règles positives, afin de rechercher leur fondement naturel. Ce travail ne sera pas indépendant d'une certaine herméneutique, d'une certaine culture ou d'une certaine méthode héritée d'une tradition juridique de connaissance et d'interprétation des règles. Cet héritage de méthode et de culture, consciemment assumé ou non, ainsi que cette volonté de construire un système autonome de droit naturel permettrait d'identifier une « École moderne du droit naturel » au sens étroit, c'est-à-dire qui doit évoluer et s'autonomiser au sein de la matière même du droit.

Par ailleurs, au sens large, la doctrine moderne du droit naturel admet toutes les tentatives de fonder rationnellement l'existence de règles de droit naturel selon une méthode à prétention scientifique. Ces tentatives incluent donc la démarche des philosophes de rendre raison de l'existence du droit à partir d'une entreprise proprement philosophique d'explication de la nature. La réflexion sur le droit doit donc être abordée dans le cadre d'une construction philosophique plus générale.

Cet article vise à mettre au jour les différences de méthodes entre juristes-philosophes et philosophes-juristes au sein de la doctrine du droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles, prise dans sa définition la plus large. N'ayant aucune prétention à l'exhaustivité et visant à s'inscrire dans la réflexion sur les rapports entre « droit des philosophes et philosophie des juristes », ce travail s'attachera d'abord à exposer l'héritage de la tradition juridique dans les travaux de Pufendorf, figure majeure des juristes-philosophes de l'École, et à pointer la démarche proprement philosophique de Christian Wolff, et de certains philosophes-juristes, dans l'exposition du droit naturel comme une partie d'un système philosophique général. Ces auteurs ont en effet entretenu un débat fécond qui permet particulièrement bien de rendre compte de cette distinction. Par ailleurs, l'ordre des raisons, c'est-à-dire la succession rationnelle d'exposition de ces concepts dans les œuvres de ces auteurs, est de la plus grande pertinence pour saisir la différence entre ce droit naturel des juristes de l'École et le droit conçu comme une partie d'un système philosophique plus large. Grotius et Pufendorf ont la particularité d'exposer le droit par un ordre des raisons fondé sur le pouvoir (I), dont l'inspiration peut être trouvée dans une herméneutique du *Corpus* de droit romain, là où Wolff, présente un ordre des raisons fondé sur l'obligation, de manière tout à fait conforme à l'exposition de son système de philosophie générale (II).

³ M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne* [1975], Paris, PUF, éd. 2013, p. 554.

⁴ *Ibid.*, p. 528.

⁵ *Inst. Just.* I, 2, 1.

I. UN ORDRE DES RAISONS FONDÉ SUR LE POUVOIR : UNE ÉLÉVATION DU DROIT PAR LES CATÉGORIES DE LA PHILOSOPHIE DANS L'ŒUVRE DE PUFENDORF

La tradition juridique du XVII^e siècle dans les pays germaniques dépend encore beaucoup de l'enseignement du droit romain : Hugo Grotius et Samuel Pufendorf, juristes, n'ont évidemment pas échappé à cet enseignement. Le premier a été formé à l'université de Leyde, alors le plus grand centre d'étude de droit romain⁶, le second a reçu une solide formation en philologie juridique à l'université de Leipzig⁷. Empreints de ces enseignements, ces membres de l'École du droit naturel vont penser leur ambition dans les conditions structurantes de la tradition romaine. À cet égard, plus particulièrement, le Corps de droit romain laisse une place déterminante à la question du statut des personnes pour organiser la matière du droit. Grotius comme Pufendorf s'inspireront très certainement de ce modèle pour fonder l'ensemble de leurs systèmes. Ils entendent résolument dépasser le sens des textes du *Corpus*, souvent très concrets et casuistes, pour en ressortir une véritable *philosophie* au service de la science du droit. Cette philosophie de juristes associera alors le droit au pouvoir et fondera la juridicité d'une règle dans la volonté d'un Supérieur.

A. Une volonté de mettre la philosophie au service de la science du droit

Le maître-ouvrage de Samuel Pufendorf, *Droit de la nature et des gens* (1672) a été réalisé en commande du Baron Johann Christian von Boinebourg, conseiller de l'Électeur de Mayence⁸. Dans une lettre du 19 janvier 1663 adressée à ce dernier, Samuel Pufendorf écrit :

On remarque en général que la plupart de ceux qui ont exposé quelque chose [dans la matière du droit naturel] n'ont pas été suffisamment instruits, pour les uns en droit, pour les autres en philosophie, bien qu'aucune [des deux disciplines] ne doive manquer à celui qui espère y exceller. Cela vient de ce que beaucoup de juristes dédaignent trop les choses subtiles et qui ne sont d'aucune utilité, sinon pour torturer l'esprit. Les philosophes, au contraire, dédaignent la plupart de ceux-là s'abaisser, pour ainsi dire, aux choses vulgaires et populaires. Mais si l'un pose par audace un pied sur le territoire de l'autre, son inexpérience l'expose à la moquerie⁹.

Le juriste fait donc le constat, à son époque, de l'absence de science juridique en raison d'un manque d'union des forces de la philosophie et du droit. Néanmoins, l'usage de la philosophie pour une doctrine du droit naturel ne doit pas se défaire d'un certain nombre de considérations permettant d'autonomiser la science juridique : bien plus qu'un rapport égal entre droit et philosophie, Pufendorf entend mettre la philosophie au service du droit. Le projet du

⁶ G. MOUSOURAKIS, « Roman law, Medieval Jurisprudence and the Rise of the European *ius commune* : Perspective on the Origins of the Civil Law Tradition », *Journal of Law and Politics*, 2015, Niigata, p. 71 ; H. HAELSCHNER, « Grotius, Hugo », *Allgemeine Deutsche Biographie*, t. 9, 1879, Berlin, p. 767.

⁷ H. BRESSLAU, « Pufendorf, Samuel », *Allgemeine Deutsche Biographie*, t. 26, 1888, Leipzig, p. 701.

⁸ J. BARBEYRAC, « Préface du traducteur », *op. cit.*, p. CXIX.

⁹ S. PUFENDORF, « Epistola ad Boineburgium », 19 jan. 1663, reproduite in C. THOMASIIUS, *Paulo Plenior, Historia Juris Naturalis cum duplici appendice*, 1719, Halle, Magdebourg, p. 161 (reproduite également in J. GROENING, *Bibliotheca Juris Gentium Europea, seu De Juris Naturae & Gentium Principiis, Juxta Doctrinam Europaeorum*, Libri III, 1703, Hambourg, p. 284). Nous traduisons.

jurisconsulte sera ainsi d'élever le droit, marqué par le « vulgaire » (c'est-à-dire constitué d'une multitude de règles prosaïques et concrètes), en utilisant les catégories de la philosophie, lesquelles ont une prétention à l'universel en raison de leur abstraction.

En outre, dans la lettre au conseiller Boinebourg, Pufendorf incarne le défaut dont souffre la jurisprudence naturelle dans les deux grandes figures du premier XVII^e siècle que sont Grotius, jurisconsulte, et Hobbes, philosophe.

D'une part, il considère que l'œuvre de Grotius oublie certaines matières appartenant à la jurisprudence naturelle et qu'elle comporte certaines erreurs et carences dans l'application des principes de la raison, imputables à l'imperfection de l'esprit humain¹⁰. Jean Barbeyrac, dans la préface de sa traduction à l'ouvrage de Pufendorf, explicite davantage ce sentiment en précisant d'abord que si Grotius a bien perçu le principe fondamental du Droit Naturel, il n'en a pas fait dériver les conséquences dans toutes les matières traitées dans son ouvrage¹¹. Ce manque d'application dans les principes de la raison conduit à un second écueil, celui d'insérer des matières qui ne regardent pas strictement le droit naturel comme certaines questions de théologie¹², qui n'est autre que la loi divine positive¹³. En d'autres termes, pour Pufendorf, Grotius – en dépit de la pénétration de son esprit – n'est pas parfaitement délivré de la tradition juridique de son temps, qui le perd dans certaines subtilités et l'empêche de faire dériver toutes les questions de droit des premiers principes¹⁴.

D'autre part, Thomas Hobbes, philosophe dont le génie et la pensée mécaniste irriguent le XVII^e siècle, est désigné comme un profane en droit, qui ne tient pas compte des spécificités de la science juridique¹⁵. Ainsi, si le juriste doit tendre à appliquer parfaitement sa raison à la manière des philosophes, le philosophe doit s'initier à l'art des juristes s'il veut tirer des principes des conséquences proprement juridiques. Dans ce contexte, Pufendorf propose donc au Baron de Boinebourg d'élaborer une philosophie de juriste, c'est-à-dire une science claire fondée sur la rationalité du droit, assurant ainsi son autonomie et son universalité sans verser dans l'exposé de cas particuliers connus des spécialistes ou de conclusions dérivant de lois simplement positives au lieu des premiers principes.

B. Un travail d'abstraction pour élever l'expérience du droit à l'universel

Dans un souci d'autonomisation de la science juridique et de prévention contre la philosophie mécaniste de Hobbes et de Spinoza¹⁶, qui nie d'une certaine façon la spécificité du droit, Samuel Pufendorf introduit son maître-ouvrage *Droit de la Nature et des Gens* en posant les conditions – une Métaphysique dans la traduction de Barbeyrac, une *philosophia prima* dans le texte latin – pour qu'un droit soit possible : à savoir la notion d'un être moral distinct d'un être physique, susceptible

¹⁰ S. PUFENDORF, « Epistola ad Boineburgium », *op. cit.*, p. 160.

¹¹ J. BARBEYRAC, « Préface du traducteur », *op. cit.*, p. CXXI.

¹² *Ibid.*, p. CXXII.

¹³ S. PUFENDORF, *Les devoirs de l'Homme et du Citoyen*, *op. cit.*, p. XXXIX.

¹⁴ S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, I, II, § 3.

¹⁵ S. PUFENDORF, « Epistola ad Boineburgium », *op. cit.*, p. 160.

¹⁶ I. TABORIDZE, « The importance of Samuel Pufendorf's notion of entia moralia in natural law philosophy », *Philosophical Alternatives*, 2018, Sofia, p. 25.

d'être *sujet* de droit. Il définit ces êtres moraux (*entia moralia*) comme des « modes » attachés à des substances physiques par des êtres intelligents en vue de diriger et de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme¹⁷, qui ne proviennent pas de la « création » mais se forment par des « institutions¹⁸ » pour « régler les Mœurs & les Actions de l'Homme, pour leur faire prendre un air & un caractère tout différent de la simplicité grossière & de la licence affreuse des Bêtes brutes¹⁹ ».

De manière très scolastique, Pufendorf décrit ces êtres moraux par analogie avec quatre des dix catégories de l'ontologie aristotélicienne utilisées pour désigner classiquement les êtres naturels²⁰ : il démontre leur existence en usant des « classes » de la « substance », qui deviendra la personne, de l'« espace », qui deviendra l'état, de la qualité et de la quantité. Au sujet de la Qualité, qui est conçue comme un mode de la substance, Pufendorf distingue entre Qualités Formelles, « qui ne tendent à aucun acte, ni à aucune opération, mais qui conviennent & sont attribuées au sujet comme de pures modifications²¹ », et Qualités Opératives, qui supposent au contraire quelque opération. Il est important de préciser que la qualité morale formelle n'implique pas la qualité morale opérative. Ainsi, une personne morale peut être dotée d'une qualité morale opérative sans être dotée d'une qualité morale formelle. Aux Qualités Formelles, le juriste renvoie à la notion de *Titres* d'où découlent à la fois les pouvoirs et les droits de la personne morale : le Titre de Pufendorf, désigné comme une qualité formelle d'une personne morale, n'est ainsi rien d'autre que l'*autorité* chez les Romains. Il dit en effet de ces titres qu'ils « marquent la différence des personnes dans la Vie commune, selon la considération où elles sont, & selon leur état ou leur condition Morale²² », autrement dit l'autorité trouve sa justification dans la constitution politique d'un peuple. Il en va différemment du *pouvoir* qui peut se comprendre dans les termes de la raison naturelle (par exemple, s'agissant du droit que peuvent avoir les maîtres sur leurs esclaves²³) et offre une voie pour penser un principe de juridicité universel.

Il n'y a dès lors aucune surprise qu'à l'exposé des Qualités Opératives, dont la modalité est attachée par nécessité aux personnes morales au contraire des qualités formelles que simplement accessoires²⁴, Pufendorf développe un ordre des raisons fondées sur le *pouvoir* :

Les *Qualités Morales Opératives* se divisent en *Actives**, & *Passives*. Parmi les premières, les plus considérables sont, le *Pouvoir* [potestas], le *Droit* [jus] & l'*Obligation* [Obligatio] [...] Le Pouvoir, c'est une qualité *en vertu de laquelle on peut faire quelque chose légitimement & avec un effet Moral*. [...] Le terme de Droit est fort ambigu. Outre qu'il se prend pour une *Loi* ; pour un *Recueil* ou un *Système de Loix de même nature*, pour une *sentence prononcée par le Juge* ; il signifie encore

¹⁷ S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, op. cit., I, 1, § 3.

¹⁸ *Ibid.*, I, 1, § 4.

¹⁹ *Ibid.*, I, 1, § 2.

²⁰ *Ibid.*, I, 1, § 5.

²¹ *Ibid.*, I, 1, § 17.

²² *Ibid.*, I, 1, § 18.

²³ *Dig.* I, 6, 1, 1 (Gaius) et *Inst. Just.* I, 8, 1.

²⁴ C'est la raison pour laquelle Pufendorf précise que la qualité formelle, qui ne suppose aucune action, est un simple attribut de la substance, là où la qualité opérative doit être regardée comme un attribut authentique.

très souvent cette *qualité Morale par laquelle on a légitimement quelque autorité sur les Personnes, ou la possession de certaines choses ; ou bien en vertu de quoi il nous est dû quelque chose* : & sur ce pié-là, le *Droit & le Pouvoir* renferment à peu près la même idée. [...] L'Obligation est une *Qualité Morale, en vertu de laquelle on est astreint par une nécessité Morale, à faire, recevoir, ou souffrir quelque chose*²⁵.

Dans cet extrait, abrégé de beaucoup²⁶, Pufendorf fait dériver toute situation juridique de la notion de *pouvoir*²⁷. La notion de pouvoir implique la notion de droit en général, ce qui conduit le juriste à assimiler le droit – que l'on a sur les personnes, les choses et que l'on peut exiger en vertu d'une obligation – à un pouvoir. À la différence du droit produit par le titre, qui peut bien varier selon les différentes contrées, ou bien ne pas exister du tout ou ne pas produire de privilège particulier, il ne peut pas exister de droit sans pouvoir, et il ne peut pas exister de pouvoir sans personne morale. Le pouvoir, en tant que qualité formelle opérative de la personne morale, est donc la condition universelle du droit, et cela peut être trouvé par un effort d'élévation, par les catégories de la philosophie, du droit vers l'universel.

L'obligation, quant à elle, n'est que le contenu du droit produit par le pouvoir. En effet, le caractère obligatoire n'est pas inhérent à la justice : Pufendorf s'appuie sur la définition des *Institutes* de Justinien²⁸ pour expliquer plus loin que l'obligation n'est certes pas le commandement de la Loi, mais la conscience morale de la personne à reconnaître la justice nécessaire à suivre la règle prescrite²⁹. Or, poursuit-il, la liberté étant susceptible de pencher indifféremment d'un côté comme de l'autre, la règle de l'obligation ne peut provenir que de la nécessité d'un principe extérieur, qui fonde le *pouvoir d'obliger* d'où réside le principe de juridicité révélée par la conscience de la personne morale³⁰. D'où il suit naturellement que, « le pouvoir d'obliger, c'est-à-dire, d'astreindre en conscience à faire ou à ne pas faire certaines choses, réside dans la personne même du Supérieur³¹ ». L'obligation n'est donc pas le principe du droit, mais dérive de la notion de pouvoir attachée par nature au sujet de droit. Le *Corpus Iuris*, avec force insistance, exposera en premier

²⁵ S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens, op. cit.*, I, 1, § 19, 20, 21. Les italiques sont de l'auteur, les soulignages sont de notre fait. À noter que le terme de « qualité active » auquel se rapporte l'obligation ne doit en aucun cas faire penser à la notion d'obligation active chez Wolff : chez Pufendorf, elle renvoie simplement à la disposition active ou passive du sujet par rapport à l'action, chez Wolff, elle est la condition, qui pose une obligation moralement nécessaire, de toute action positive ou privative. Chez Wolff, la première obligation, dans l'ordre ontologique, est l'obligation active, mais la première dans l'ordre de la connaissance est l'obligation passive (de faire ou ne pas faire), car l'obligation passive a sa raison suffisante dans l'obligation active. Le reproche fait à Pufendorf, et aux juristes-philosophes de l'École en général, est, en ne considérant que l'obligation passive au sens de Wolff, de couper l'obligation de son fondement, et de ne pas en rendre raison (voir *infra*).

²⁶ Outre l'ordre des raisons, qui est un indice très fort de la logique à l'œuvre chez Pufendorf, l'espace accordé à chacune des trois notions est significatif : une page pour le pouvoir, une page pour le droit, et trois lignes pour l'obligation.

²⁷ Cette idée apparaît également nettement dans les *Éléments de jurisprudence universelle*, un ouvrage synthétique de Pufendorf contenant les principes essentiels du droit naturel, qui expose dans le même ordre les notions de titre (*titulum*), de pouvoir (*potestas*), de droit (*ius*) et d'obligation (*obligatio*).

²⁸ *Inst. Just.* III, 14, *pr.*

²⁹ S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens, op. cit.*, I, 6, 5.

³⁰ *Ibid.*, I, 6, 6.

³¹ *Ibid.*, I, 6, 14.

lieu que le droit a été établi en raison de l'état des personnes³², et que de cette détermination dérive l'ensemble du « système » du droit.

Toute la *prima philosophia* de Pufendorf vise à confirmer une rationalité déjà existante dans le *Corpus* romain, qui fonde le système de droit sur la notion de pouvoir (*potestas*), auquel peut bien s'ajouter la notion d'autorité (*auctoritas*). Toutefois, le juriconsulte, suivant en ce sens les efforts fournis par Hugo Grotius dans le *De Jure Belli ac Pacis*, ne parvient pas à ce raisonnement par une simple reprise des institutions du droit romain, mais les dépasse véritablement en poussant leur rationalité à leur paroxysme. Les commentateurs de Grotius, notamment Johann Adam Oslander³³ et Caspar Ziegler³⁴, font ainsi remarquer que la définition de la *liberté* comme d'un *pouvoir sur soi* d'après le vocabulaire juridique du droit romain chez Grotius³⁵ et Pufendorf³⁶ est une notion clairement impropre, qui détourne le sens originel de la *potestas* romaine. Selon eux, la liberté, si elle est définie comme un *pouvoir sur soi*, prend le contrepied du *pouvoir* au sens de la tradition romaine qui ne s'exerce qu'*en relation avec autre chose*. Oslander explique clairement que la notion de *pouvoir sur soi* ne fait aucun sens au sein du système juridique romain, et que, partant, le seul sens *juridique* qu'il serait possible de conférer à cette notion est négatif. Le pouvoir sur soi signifierait alors l'action libre d'une détermination par une quelconque puissance supérieure. Le commentateur de Grotius fait ainsi comprendre que la notion de *pouvoir* est un principe externe permettant d'imprimer une détermination juridique des actions, et, qu'en ce sens, il ne peut se tordre comme un principe interne associé à la faculté d'agir sur soi ou comme le statut juridique de la personne. En d'autres termes, la simple faculté d'agir sur soi est juridiquement indifférente (en ce sens qu'elle n'oblige pas). Ainsi, pour qu'il y ait *droit*, Oslander explique qu'il ne suffit pas qu'il y ait une simple faculté naturelle de choisir les actions bonnes et utiles, mais encore un pouvoir externe résidant dans la volonté nécessaire d'un Supérieur afin d'obliger juridiquement le sujet à faire ce choix du bon et de l'utile³⁷. Dans l'état de liberté naturelle, ce supérieur est évidemment l'Auteur de la Nature.

La rationalité du droit romain, qui se constitue positivement en concevant le *pouvoir* comme une *relation* de la personne au sein du système de droit (renvoyant traditionnellement la liberté en dehors de la constitution du droit³⁸), se trouve alors étendue par abstraction et déformation à la prétention universelle du droit naturel³⁹. Cette pensée fondée sur le pouvoir permet ainsi de reconnaître que la règle fondamentale du droit naturel dans la *loi de sociabilité* n'est autre que le « principe pratique » permettant d'identifier *ce qui est de droit* tandis que le *droit*

³² *Inst. Just.* I, 2, 12 et *Dig.* I, 5, 2.

³³ J. A. OSIANDER, *Observationes maximam partem Theologicae in Libros Tres de Jure Belli ac Pacis Hugonis Grotii*, Tübingen, 1681, Lib. I, chap. I, Th. V, Obs. I.

³⁴ C. ZIEGLER, *In Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis Libros, Qubus Natura & Gentium ius explicavit, notae & animadversiones subitariae*, Wittenberg, 1666, in Lib. Cap. I, § 5.

³⁵ H. GROTIUS, *Droit de la Guerre et de la Paix*, trad. J. Barbeyrac, Paris, Bâle, 1766 [1625], I, 1, § 5, 2.

³⁶ S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, I, 1, § 19.

³⁷ J. A. OSIANDER, *op. cit.*, in *proleg.*, obs. V., p. 60.

³⁸ *Dig.* I, 5, 4, *pr.*

³⁹ S. PUFENDORF, *Droit de la Nature et des Gens*, *op. cit.*, I, 6, § 8. Pour Grotius, voir P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la Guerre Juste*, Genève, Graduate Institute Publications, 1983, II, 3, § 90, p. 469. Disponible en ligne <http://books.openedition.org/iheid/605>.

est ce qui est introduit par la volonté d'un supérieur, et notamment par la volonté de Dieu, Auteur de la nature⁴⁰.

C. Une méthode critiquée par les philosophes en raison de ses impensés

Le contenu du droit naturel se déduit, chez Pufendorf comme chez Grotius, du principe de la sociabilité naturelle⁴¹, qui en constitue l'objet et la fin. L'entreprise « d'autonomisation » de la science juridique par ces auteurs consiste donc à ériger en un corpus les règles qui permettent d'entretenir cette sociabilité naturelle, pour que le droit puisse prendre appui sur elles. Mais cette démarche ne permet pas de justifier l'existence du droit lui-même. Pufendorf constate qu'il existe, car une règle fondamentale de sociabilité supporte toutes les règles positives. Toutefois, quant à savoir *ce qu'est le droit* Pufendorf s'en remet pour cette question à la volonté du Supérieur. Le droit ne tient donc sa définition et son origine que par une cause extérieure qui menace ainsi l'autonomie d'une science du droit.

C'est ce que remarque le philosophe Leibniz dans sa critique aux *Devoirs de l'Homme et du Citoyen* de Pufendorf, en estimant qu'en cherchant le caractère obligatoire dans la volonté d'un Supérieur, le jurisconsulte n'a pas établi la Cause Efficente du Droit Naturel⁴². Ce défaut fait échec à l'établissement d'une Science du droit⁴³ lorsque ce Supérieur serait nié⁴⁴ ou, pour le dire autrement, à l'autonomie du droit au-delà de la constitution politique. Autrement dit, Pufendorf, en reconnaissant l'objet du droit naturel dans la loi de sociabilité, permet de dire *ce qui est de droit*, mais, en réservant la question du fondement à la volonté du supérieur, il ne permet certainement pas de dire *ce qu'est le droit* : Emmanuel Kant verra plus tard dans cette posture celle des jurisconsultes⁴⁵.

Ayant embrassé la philosophie de Leibniz et celle de Wolff, le juriste Emer de Vattel écrit en ce sens qu'il ne suffit pas que « les loix [naturelles] existent & qu'elles soient connues : il faut encore pour qu'elles se trouvent efficaces, que les hommes soient obligés de les observer⁴⁶ ». Cette affirmation peut encore être précisée :

[L]e judicieux Grotius a pris cette sociabilité de l'homme, pour le fondement du droit naturel, & cela est très raisonnable, pourvu qu'on ne le prenne pas pour le premier principe de l'obligation, mais seulement pour le principe prochain, duquel on déduit l'obligation où sont tous les hommes, d'observer les lois qui

⁴⁰ J. A. OSIANDER, *op. cit.*, in *proleg.*, obs. IV., p. 58.

⁴¹ H. GROTIUS, *Droit de la Guerre et de la Paix*, *op. cit.*, *Disc. Prél.*, § 8 et S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, II, 3, § 15.

⁴² G. W. LEIBNIZ, « Jugement d'un Anonyme sur l'Original de cet Abrégé » [1706], in S. PUFENDORF, *Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, 1718, p. 460.

⁴³ G. W. LEIBNIZ, « Jugement d'un Anonyme sur l'Original de cet Abrégé », *op. cit.*, p. 465.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 480.

⁴⁵ E. KANT, *Doctrine du droit* [1796], in E. KANT, *Œuvres philosophiques* III, Paris, Gallimard, 1986, p. 478 (AK, VI, p. 230).

⁴⁶ E. DE VATTEL, « Essai sur le Droit Naturel », in E. DE VATTEL, *Loisirs Philosophiques ou Pièces diverses de Philosophie, de Morale et d'Amusement*, Dresde, 1747, § 9, p. 10-11.

doivent régler la société naturelle, qui se trouve entr'eux, & sans lesquelles elle ne peut subsister⁴⁷.

En d'autres termes, Grotius ne s'est pas embarrassé à penser *ce qu'est le droit*, mais a simplement bâti un système en supposant cette question pour déterminer *ce qui est de droit* au regard des lois fondamentales. Plus tard, Osiander et Pufendorf se sont certes essayés à donner une cause antécédente à ce qui est de droit, mais, cette recherche a conduit une démonstration fondée sur le *pouvoir* à définir *ce qu'est le droit* sur la volonté du Supérieur. Vattel précise :

Mr. Barbeyrac, dans ses notes sur Grotius & sur Pufendorf [*sic.*] ne donne point de définition de l'obligation : seulement, en disant qu'il n'y a point d'obligation sans supérieur, il l'a fait envisager comme une dépendance où nous sommes de la volonté d'un supérieur, laquelle nous assujetti à conformer notre conduite aux lois de ce supérieur. Mais c'est visiblement confondre les choses, que de prendre l'obligation pour la dépendance & pour la soumission⁴⁸.

Une philosophie du droit naturel ne doit donc pas faire dépendre l'obligation du pouvoir, qui ne rendra finalement raison ni de l'obligation, ni non plus véritablement du pouvoir (puisque Pufendorf semble simplement exprimer abstraitement des éléments du droit empirique sans les justifier particulièrement), mais elle doit parvenir à penser l'obligation puisque c'est bien elle qui porte une réponse possible à la question « qu'est-ce que le droit ? ».

Dans les *Principes du droit naturel*, la formulation de Jean-Jacques Burlamaqui, juriste ayant également côtoyé la philosophie de Leibniz et de Wolff, est des plus révélatrices. Il écrit en effet que « la plupart des jurisconsultes⁴⁹ » suivent l'idée selon laquelle le principe de l'obligation consiste dans la volonté d'un supérieur, là où « quelques jurisconsultes et moralistes⁵⁰ » posent le principe de l'obligation dans la convenance ou la disconvenance naturelle des actions avec le motif, c'est-à-dire s'essaient à penser le concept de l'obligation en tant que tel comme le moyen de justifier l'existence du droit. Burlamaqui consacre donc la distinction entre une méthode de juristes pour penser le droit naturel, qui suit notamment les pas de Grotius et de Pufendorf d'une démonstration à partir du *pouvoir*, d'une méthode de philosophes (« de moralistes »), qu'une minorité de juristes s'essaie de suivre, et qui se construit par une démonstration à partir de l'*obligation*.

II. UN ORDRE DES RAISONS FONDÉ SUR L'OBLIGATION : UNE JUSTIFICATION DES CATÉGORIES DU DROIT PAR LA PHILOSOPHIE DANS L'ŒUVRE DE CHRISTIAN WOLFF

L'originalité de la philosophie de Leibniz, poursuivie par Christian Wolff, consiste à commencer la démonstration par un élément distinctif de la science juridique – à savoir l'obligation – mais dont le concept est pourtant bien mal établi. Dans son *Essai sur le Droit Naturel*, Emer de Vattel donne une bonne idée de ce défaut. Il écrit :

Pour déterminer ce que c'est que l'*obligation*, il faut examiner d'abord ce que l'on a communément dans l'esprit, quand on se sert de ce terme. Interrogez tout

⁴⁷ *Ibid.*, § 23, p. 24-25.

⁴⁸ *Ibid.*, § 18, p. 18-19.

⁴⁹ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, Copenhague, Genève, 1756, I, 6, 11.

⁵⁰ *Ibid.*, I, 6, 12.

homme qui dit ; *nous sommes dans l'obligation de faire telle chose* : vous verrez qu'il veut dire par-là, que nous sommes dans une espèce de nécessité de faire cette même chose ; que nous y sommes astreints, liés, & comme contraints [...] *moralement*, & de la manière que des Êtres libres peuvent être engagés à faire quelque chose, même contre le conseil de leurs passions. Or, quelles sont ces choses qui déterminent les Êtres libres à agir, même contre leur penchant, sans les y contraindre *physiquement* & comme causes externes ? Ce ne peut être que des *motifs* lesquels étant présents à l'âme, aperçus et pesés par la raison, nous font sentir la nécessité d'agir d'une telle manière, & déterminent la volonté, souvent contre l'inclination du cœur & malgré la résistance des passions. Comment sommes-nous donc obligés à faire une certaine action ? C'est par la liaison d'un motif puissant avec cette même action. Ainsi, il y a deux choses à considérer dans l'*obligation* : 1° Le principe d'où elle naît, ou ce qui la constitue [ce qui se nomme l'obligation active, qui est la connexion du motif avec l'action] 2° L'état dans lequel nous nous trouvons, quand nous sommes obligés [ce qui se nomme l'obligation passive, qui est la nécessité morale d'agir ou de ne pas agir]⁵¹.

Lorsque l'on reprend la définition de l'obligation chez Pufendorf, Grotius et les jusnaturalistes depuis la tradition romaine, le manque de justification sur ce qu'est l'obligation paraît flagrant. Vattel explique avec clarté que « tous ces auteurs se sont bornés à indiquer l'effet de l'obligation, sans expliquer distinctement en quoi elle consiste⁵²», en définissant le plus souvent l'obligation passive et non l'obligation active, c'est-à-dire en indiquant l'effet sans exposer la cause, ce qui revient à ne pas fonder philosophiquement la notion. D'aucuns pourraient penser que la cause de l'obligation est exposée chez Pufendorf dans la volonté du supérieur, voire dans le pouvoir (qui pourrait également englober la notion de capacité), mais, aucune liaison interne ou nécessaire n'est assurée entre cette volonté et l'obligation prétendue qui en découle. Leibniz explique en effet que la volonté du supérieur – ou le pouvoir – ne peut s'ajouter qu'à une cause de l'obligation déjà existante et n'entretient avec elle qu'une relation accessoire, de sorte qu'elle ne peut véritablement la fonder⁵³. Vattel montrera le caractère tautologique de la définition de l'obligation chez ces jurisconsultes⁵⁴. Toutefois, les matériaux dont disposent les juristes ne permettent pas de rendre raison de l'obligation ; elle doit donc être fondée dans une entreprise proprement philosophique, c'est-à-dire se concevoir au-delà de la tradition de pensée des juristes pour mieux justifier la particularité et démontrer la rationalité des phénomènes juridiques.

A. La recherche des principes du droit naturel dans un système de philosophie générale

Dans l'*Encyclopédie*, Denis Diderot expliquera clairement que les moyens de sortir de l'obscurité sur les fondements du droit naturel doivent se penser au moyen de la psychologie. Cette science

fournit des principes à diverses autres parties de la Philosophie, au droit naturel [puisqu'on] démontre dans le droit naturel, quelles sont les bonnes & les mauvaises actions. Or la raison de cette qualification des actions ne peut se

⁵¹ *Ibid.*, § 11, p. 12-13.

⁵² *Ibid.*, § 14, p. 15.

⁵³ G. W. LEIBNIZ, « Jugement d'un Anonyme sur l'Original de cet Abrégé », *op. cit.*, p. 488.

⁵⁴ E. DE VATTEL, « Essai sur le Droit Naturel », *op. cit.*, § 14, p. 19.

déduire que de la nature humaine, & en particulier des propriétés de l'âme. La connaissance de l'âme doit précéder l'étude du droit naturel⁵⁵.

Cette approche de Diderot est directement inspirée de celle de Christian Wolff, qui, ayant livré un imposant *Traité de droit naturel* en huit parties, ne dit pas autre chose dans son *Discours préliminaire de philosophie générale*⁵⁶. Du point de vue de l'histoire des idées, cette fondation du caractère obligatoire dans l'âme, et non plus dans une cause extérieure comme dans la tradition juridique classique, permet de fonder la validité du droit dans la seule volonté du sujet comme étant universelle.

L'étude de la psychologie sert à connaître, pour l'homme, le fonctionnement de l'union de l'âme et du corps dont le lien interne est une nécessité essentielle, mais également à connaître le fonctionnement de cette union par rapport à une chose extérieure dont le lien en général est une nécessité naturelle⁵⁷. Partant, « les actions, tant de l'âme, que du corps, sont dites naturelles (ou nécessaires) lorsqu'elles sont déterminées par l'essence de l'âme et du corps, elles sont dites libres, lorsqu'elles ne sont pas déterminées par l'essence de l'âme et du corps, mais regardent la liberté de l'âme⁵⁸ ». Le point d'imputation de l'action n'est pas situé dans une détermination essentielle de l'âme, car cela signifierait que l'on pourrait vouloir *absolument*, c'est-à-dire sans motifs ou représentations rationnelles, ce qui est contraire à l'essence et à la nature de l'homme. Il n'est pas non plus situé dans l'essence du corps, car cela signifierait que l'on ne pourrait se représenter, même obscurément, aucune sensation, donc n'en avoir aucune, ni par conséquent n'avoir aucun choix, ni aucune action possible. Enfin, il n'est pas non plus situé dans l'essence et la nature de l'âme et du corps, c'est-à-dire dans la simple perception du corps par l'âme, mais dans les mouvements sur lesquels elle peut opérer un choix quelconque⁵⁹. L'action libre est imputée à la *représentation* par l'âme, ou bien de l'âme elle-même, ou bien du corps, ou bien des choses extérieures à l'union qu'elle forme avec le corps. Cette représentation permet ainsi de déterminer le caractère bon ou mauvais de l'action par rapport à ses propres déterminations – l'action bonne ou mauvaise en soi⁶⁰ – ou l'action indifférente en elle-même, mais dont la bonté ou la malice se déduit de ses déterminations accidentelles⁶¹. Il convient enfin de remarquer que cette conception de la liberté n'implique pas que toutes les actions libres soient nécessairement des actions produites par la volition, elle

⁵⁵ D. DIDEROT, « Psychologie », in D. DIDEROT, J. LE ROND D'ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. XI. Paris, 1765, p. 543a.

⁵⁶ C. WOLFF, *Discursus Praeliminaris de Philosophia in genere*, 1728, III, § 111 in C. WOLFF, *Philosophia Rationalis sive Logica methodo scientifica pertractata*, Vérone, 1735.

⁵⁷ C. WOLFF, *Philosophia prima sive Ontologia...*, I, 3, 3, § 315.

⁵⁸ C. WOLFF, *Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata, Pars prior*, Francfort et Leipzig, 1738, Magdebourg et Halle, éd. 1744, I, 1, § 12.

⁵⁹ Nous pouvons reprendre l'exemple de Wolf au paragraphe 12 de la *Philosophie pratique* : l'action de sécréter l'urine dans les reins n'est pas une action libre mais est inhérente à la structure du corps, à l'essence et à la nature du corps seul, aussi, si le point d'imputation de l'action était situé dans cette structure corporelle, nous imputerions à l'action des causes sur lesquelles aucun choix n'est réalisable. Pour autant, nous percevons que nous sécrétons de l'urine, cette perception concerne l'union de l'âme et du corps, ici encore, l'imputation de l'action ne peut pas résider dans l'essence et la nature de l'union, c'est-à-dire dans la simple perception du corps par l'âme, mais dans les mouvements sur lesquels elle peut opérer un choix quelconque.

⁶⁰ C. WOLFF, *Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata, Pars prior*, Francfort et Leipzig, 1738, Magdebourg et Halle, éd. 1744, I, 1, § 53-54 ; § 56-57 ; § 58-59.

⁶¹ *Ibid.*, I, 1, § 60-61.

implique uniquement qu'un choix soit *possible* par la représentation des raisons du mouvement. Au paragraphe 941 de la *Psychologie empirique*, Christian Wolff donne ainsi un exemple des actions dont la liberté est requise par la possibilité de s'en représenter les motifs⁶².

Il suit de là que les actions libres moralement nécessaires sont celles qui, compte tenu de l'hypothèse⁶³, c'est-à-dire de la survenance d'un fait constituant le motif de l'action, ne peuvent qu'être *libres* pour être appréciées au regard de leur bonté ou de leur malice, de sorte que la connexion nécessaire de l'action avec le motif constitue elle-même une *obligation active*⁶⁴. Autrement dit, la simple *possibilité* d'une action libre permet ainsi d'imputer à l'âme la responsabilité d'agir conformément – ou non – à la connexion de cette action avec le motif, c'est-à-dire conformément à l'obligation à laquelle est astreinte l'âme du seul fait qu'elle peut se représenter le motif de son action. Une situation de droit est donc universellement possible indépendamment d'un rapport impliquant le pouvoir d'un supérieur.

B. La validation du système des philosophes par la liaison vers l'expérience juridique

Ainsi, la philosophie wolffienne du droit naturel – qui permet de reconnaître les actions bonnes ou mauvaises tant dans l'état de nature (*éthique*) que politique – est une philosophie de l'*obligation* dont le principe sur l'action légitimement bonne et juste à réaliser dépend des conditions de l'hypothèse, c'est-à-dire de la survenance d'un fait, qui peut être une loi positive, constituant un motif pour l'action. Précisément, le premier chapitre de l'ouvrage méthodique de Wolff sur le droit naturel est dédié à la notion d'*obligation*, qui consacre cette nécessité comme *liaison*, comme *lien*, ce qui signifie pour les juristes le *lien de droit* au sens des *Institutes de Justinien*⁶⁵, et qui, pour les philosophes, rapporté au système dans son ensemble, n'est autre que le lien de nécessité de l'agir rapporté au monde moral⁶⁶. Dans l'ordre du discours, la *loi*, et notamment la notion de *loi naturelle*, n'est connue qu'à partir de l'obligation active : en d'autres termes, le raisonnement de Wolff n'appelle pas un raisonnement déductif de la loi naturelle vers l'obligation, mais un raisonnement inductif de l'obligation vers la loi. En conséquence, la loi naturelle n'est en aucun cas le fondement cognitif de l'obligation naturelle et toutes

⁶² *Ibid.*, II, 2, 2, § 941 : « Nous avons particulièrement besoin de liberté [pour] la volition & l'action contingente que nous voulons ; l'intelligence des objets de désir ou d'aversion, la spontanéité et le plaisir [ou le déplaisir]. Par exemple, nous achetons librement un livre au libraire. Avant que nous achetions ce livre, nous connaissons la convoitise s'emparer de l'âme. Il est non moins possible, tant à supposer que nous achetions le livre, que nous ne l'achetions pas : or, nous achetons ce qui nous plaît et nous achetons avec plaisir. Lesquelles entrent alors dans l'action libre, nous observons la définition de la liberté que nous donnons ici ».

⁶³ *Ibid.*, I, 2, § 116.

⁶⁴ *Ibid.*, I, 2, § 118.

⁶⁵ *Inst. Just.*, III, 14, *pr.* : « L'obligation est un *lien de droit* qui nous impose la *nécessité* de payer quelque chose, conformément aux droits établis dans notre patrie » (nous soulignons).

⁶⁶ C. WOLFF, *Philosophia practica universalis, Pars prior, op. cit.*, I, 2, §118 : « La *nécessité morale* d'agir ou de ne pas agir est l'*obligation passive*. Or, le *lien* des motifs avec l'action, soit positifs, soit privatifs, est appelé *obligation active*. L'une et l'autre sont appelées plus simplement *obligation*, nous utilisons chaque fois l'un ou l'autre terme afin que soit comprise la matière ci-dessous, que le propos porte spécifiquement sur celle passive, ou sur celle active » (les italiques sont de l'auteur, les soulignages sont de notre fait).

deux dépendent entièrement de la nature et de l'essence de l'homme et des choses⁶⁷, de telle façon que nulle action humaine ne puisse être nommée telle qu'elle ne vise quelque obligation naturelle, que cette action s'écarte ou non de la règle donnée par la loi naturelle suivant le même fondement. Wolff définit en effet la *loi*, au sens général, comme la règle par laquelle les actions humaines sont déterminées⁶⁸, et plus spécifiquement la *loi naturelle*, comme celle qui a sa raison suffisante dans l'essence et la nature même de l'homme et des choses⁶⁹. Cette règle se juge sur la *perfection* du monde, notion empruntée à Leibniz : une action contraire à la loi naturelle est un obstacle à la perfection. La loi naturelle n'est donc que la règle pour apprécier l'action libre réalisée conformément à l'obligation naturelle nécessaire à l'essence et la nature des hommes et des choses : elle permet à l'homme d'agir *droitement*⁷⁰, ou dans les termes d'Ulpien, de *vivre honnêtement*⁷¹, et *in fine*, de participer à la perfection de l'univers.

Par ailleurs, la philosophie wolffienne du droit naturel vise à reconnaître l'action bonne et juste tant dans les conditions de l'état de nature (éthique) que dans les conditions de l'état politique, qui fait intervenir la notion de lois positives. À toute loi positive correspond la moralité subjective d'une action, c'est-à-dire dont la valeur est attachée au libre arbitre (vouloir qu'une chose soit ou ne pas vouloir), que cette volonté soit divine ou humaine. La raison de la loi positive doit donc être trouvée dans la représentation d'un motif particulier par le législateur.

La loi étant connue de l'obligation, le législateur qui prescrit une obligation par l'édiction d'une loi se trouve ainsi lui-même lié par la connexion du motif avec l'action. Ainsi, l'homme assujéti à la loi positive en reconnaît le motif en même temps que le législateur qui l'édicte en reconnaissance de l'obligation naturelle qui lui commande d'édicter une telle loi. Ce motif naturel de l'action civile (ou positive) n'est autre que le *bien public*⁷². Le bien public détermine l'étendue naturelle de toute loi positive, ce qui signifie par ailleurs que si une obligation de la loi positive n'a pas sa raison dans le bien public, alors elle n'a pas de connexion avec un motif rationnel et ceux à qui elle prescrit peuvent lui désobéir⁷³. Wolff prend cependant soin de préciser que ce droit à la désobéissance n'est pas légitime dans les cas où le législateur prend de mauvaises décisions en vue du bien public, car il faut toujours garder à l'esprit que la raison humaine est faillible et imparfaite, et que désobéir alors causerait une imperfection plus grande en empêchant en vérité la constitution de la société civile. C'est pourquoi, même une loi civile imparfaite participe de la perfection naturelle.

Les lois positives ajoutent donc un degré dans l'ordre des raisons sur les lois naturelles pour *parfaire* la nature de l'homme, et le motif de la loi positive – c'est-à-dire le bien public – peut légitimer le souverain « par la loi civile, [à] faire de ce qui est naturellement licite, une chose due ou illicite, & de ce qui est imparfaitement dû, ou d'un devoir d'humanité, faire un devoir parfait, selon que cela convient au

⁶⁷ *Ibid.*, I, 2, § 146.

⁶⁸ *Ibid.*, I, 2, § 135.

⁶⁹ *Ibid.*, I, 2, § 131.

⁷⁰ *Ibid.*, I, 2, § 189.

⁷¹ *Dig.* 1, 1, 10 (Ulpien).

⁷² Voir C. WOLFF, *Institutions du droit de la nature et des gens dans lesquelles, par une chaîne continue, on déduit de la Nature même de l'Homme, toutes ses Obligations & tous ses Droits*, 1750, Halle, trad. LUZAC, E., 1772, Leyde, II, 3, 2, 1, § DCCCCLXXX.

⁷³ *Ibid.*, II, 3, 2, 6, § MLXXIX.

but de la société civile⁷⁴ ». Du point de vue du législateur, la loi positive répond d'une obligation naturelle qui trouve sa raison prochaine dans l'essence et la nature de la société civile, mais du point de vue de l'homme simplement considéré, la loi positive entraîne une obligation contractée en ce que cette loi est un *fait* extérieur qui n'a pas sa raison suffisante dans son essence et sa nature. Cette relation entre le droit positif et le droit naturel fait ainsi état d'un « lien constant entre les obligations & les droits, en sorte que les unes peuvent se déduire des autres par une chaîne de raisonnements, & qu'il s'en forme un assortiment de vérités liées entre elles, qu'on appelle système⁷⁵ ».

Le pari des philosophes sur le droit est donc de parvenir à justifier, par une chaîne de raisons, les institutions du droit. Dans sa critique de Pufendorf, Leibniz suggère d'expliquer le droit naturel par les exemples du droit civil⁷⁶ : la raison naturelle du droit civil doit être justifiée au cas par cas par un ordre des raisons fondé sur l'obligation. Au contraire, Jean Barbeyrac répond qu'il convient d'abord de discriminer ce qui est strictement de droit naturel – conformément à la loi fondamentale de sociabilité – dans le pêle-mêle des livres des jurisconsultes, pour que l'initié puisse ensuite comparer ce qui est de droit naturel avec ce que prévoit la loi particulière de chaque pays. Rien de tout cela chez Wolff, ni chez Leibniz, puisque l'objectif est de légitimer l'existence du droit pour ce qu'il est et de justifier philosophiquement les concepts spécifiques qu'il met en œuvre.



Leibniz, Wolff et Vattel proposent donc une véritable *philosophie* du droit. Leur démarche consiste à expliquer que ce qui est prétendument de droit (positif ou naturel) est distinctement du droit parce qu'il repose sur un ordre des raisons qui le fait identifier comme tel. En ce sens, un ordre des raisons fondé sur l'obligation, qui est la nécessité du lien moral entre un motif et une action fondant une situation de droit (et ainsi le concept de droit), fait apparaître une rationalité des institutions indépendamment des conséquences tirées d'un ordre des raisons fondées sur la volonté du supérieur, qui ne permettent pas, en dépit des plus gros efforts d'abstraction, de penser le droit en dehors de la contrainte ou de la constitution politique. L'obligation se pose donc comme la condition du droit *en tant que tel*. Ce n'est qu'à partir d'une fondation philosophique du droit que le philosophe peut ensuite *reconstruire* les nécessités de ses institutions, et notamment la *loi*, positive ou naturelle, en justifiant par la même occasion les axiomes de la seconde. Cette méthode peut ainsi être identifiée comme un droit des philosophes dans la doctrine moderne du droit naturel, prise au sens large.

De manière bien différente, Pufendorf et Grotius semblent identifier les contours du droit naturel par une déduction syllogistique des axiomes de la loi naturelle. Ce travail suppose celui de discriminer, parmi les institutions du droit héritées de la tradition, les règles fondées sur ces axiomes des règles simplement positives. Pour autant, cette démarche comporte un impensé important : celui d'identifier le droit en tant que tel, pour ainsi dire *dans son concept*, et non simplement la « solution » adaptée en vertu des axiomes de la loi naturelle. Les

⁷⁴ *Ibid.*, II, 3, 2, 6, § MLXXI.

⁷⁵ *Ibid.*, I, 1, 2, § LXII.

⁷⁶ G. W. LEIBNIZ, « Jugement d'un Anonyme sur l'Original de cet Abrégé », *op. cit.*, p. 436.

modernes semblent ainsi imiter les anciens juristes, qui discriminaient dans l'exposé des règles du droit positif, celles que la raison naturelle pouvait reconnaître et celles qui trouvaient leur raison dans la tradition et les lois, pour éventuellement tirer les conséquences applicables à la résolution du cas qui leur était présenté. Cette méthode peut alors être identifiée comme une philosophie de juristes dans la doctrine (ou l'École) du droit naturel, prise au sens étroit.

Ainsi, la pensée des juristes-philosophes des auteurs de l'École du droit naturel, n'apparaît être qu'un effort d'abstraction et de rationalisation de la matière réalisé dans les conditions de la tradition juridique, là où celle des philosophes-juristes tend à expliquer et à rendre raison du phénomène juridique dans une métaphysique, qui pourra être celle de la justice chez Leibniz ou de l'âme chez Wolff. La justification des institutions du droit, dont les contours peuvent être spécifiquement déterminés, sert dès lors d'épreuve pour vérifier la validité du système général des philosophes. Lorsque ces efforts philosophiques permettent de confirmer les institutions du droit, certains juristes – cela est très clair dans les écrits de Grotius, Pufendorf, Burlamaqui ou Vattel – se saisissent alors de la nouveauté des conceptions philosophiques pour inscrire de manière spécifique l'histoire de la pensée juridique dans l'histoire de la philosophie. Cette inscription de l'une dans l'autre ne peut alors se faire qu'au bénéfice de l'autonomisation de la science du droit, c'est-à-dire de sa constitution en véritable philosophie. La réflexion sur le droit naturel aux XVII^e et XVIII^e siècles invite ainsi à penser la rencontre féconde de philosophes qui veulent mettre au jour les conditions nécessaires de tout phénomène juridique⁷⁷, et des juristes, qui veulent ériger les catégories de leur discipline au rang de véritable philosophie⁷⁸.

Lucas Fontier

Récemment diplômé du Master 2 d'Histoire de la pensée juridique moderne à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, d'un Master 2 de Philosophie à l'Université de Reims Champagne-Ardenne et d'un Master 2 de Droit de l'Union européenne à l'Université de Lille.

⁷⁷ Voir, E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 477 (AK, VI, p. 229).

⁷⁸ Voir *Dig.*, 1, 1, 1, 1 (Ulpian).

COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

DROIT & PHILOSOPHIE

Droit & Philosophie est la revue française consacrée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).