

Revue Catholica

Revue de réflexion politique et religieuse

Un « droit naturel » postmoderne ?

Joaquín Almodguera Carreres , le vendredi 28 septembre 2012

La philosophie moderne du droit démontre aujourd'hui ses impasses par les aberrations auxquelles elle aboutit, accordant, sous couvert de respect des libertés individuelles, une reconnaissance légale aux désirs les plus éloignés des exigences fondamentales de la nature humaine. Face à cela une réaction cherche à s'affirmer.

Cependant dans le chaos intellectuel créé par ce que le penseur américain Richard Rorty a appelé, pour s'en réjouir, le « primat de la démocratie sur la philosophie », l'appel à la loi naturelle et à ses conséquences juridiques se heurte à l'incompréhension et à une hostilité multiforme. Dans ces conditions, certains cherchent à formuler des principes « acceptables par tous », des règles susceptibles d'être universellement respectées au nom d'une raison commune que tous pourraient partager au-delà de leurs différences culturelles et surtout religieuses.

Joaquín Almodguera Carreres, professeur de droit public et de philosophie juridique à l'Université autonome de Madrid, nous indique les limites vite atteintes de ces tentatives, en s'appuyant sur le cas d'un ouvrage récemment publié par un auteur américain, Robert P. George, professeur à Princeton, connu comme rédacteur de la Déclaration de Manhattan (2009), un manifeste interreligieux en faveur de la défense de la famille.

Catholica – Le droit naturel a connu au cours de l'histoire moderne une mort en deux temps : tout d'abord subverti par les Lumières – c'est le jusnaturalisme moderne, à partir de Grotius et Pufendorf –, ensuite rejeté par le positivisme comme relevant de l'âge théologique. Or il semble que l'on assiste depuis un certain temps à un retour en grâce du droit naturel à un moment aujourd'hui dominé par une grande confusion des esprits. Est-ce bien cela ?

Joaquín Almodguera – En effet, depuis les dernières décennies du XXe siècle il est possible de constater la présence toujours plus affirmée de références au droit naturel et de prises de position s'y référant. Il est possible que l'une des raisons de cette situation soit l'épuisement et la stérilité des conceptions positivistes et formalistes pour résoudre les problèmes de valeur très complexes que pose la postmodernité. La nécessité de mettre en relation décisions et options, la formation de concepts capables de rendre compte de réalités qui donnent le vertige – véritables ingénieries sociales – telles que le multiculturalisme, le pluralisme, le dialogue entre les sexes ou les générations, tout cela a pu donner lieu à un intense débat, dans lequel les universités nord-américaines ont eu un rôle pionnier. Là se sont affrontés les libéralismes, les libertarismes, les égalitarismes... Mais surtout on y a vu tous ces courants se combiner selon des formules très compliquées. Dans un tel climat, par conséquent, il n'est pas étonnant qu'un appel au droit naturel puisse avoir lieu, en tant que courant ayant quelque chose à apporter, sans aucun doute, à la solution des problèmes.

Cet appel à entrer dans l'arène lancé en direction du droit naturel a toutefois correspondu à des

intérêts intellectuels et pratiques très différents. Son attrait a résidé dans le fait qu'il répondait à des inquiétudes réelles, comme le rôle de la femme ou l'intégration des immigrants d'origine culturelle lointaine. En ce sens, se référer au droit naturel revenait à réclamer une série d'arguments d'appréciation qui paraissaient avoir été enterrés de manière trop hâtive et qui soudain apparaissaient comme étrangement proches des préoccupations d'un Etat développé. Cependant cela exigeait un retour presque archéologique, nostalgique, ce qui dans certains cas impliquait de condamner après-coup les critiques trop rigoureuses de l'époque antérieure, à supposer même qu'elles fussent vaguement connues.

En même temps s'est manifestée une curieuse insistance à essayer de rapprocher le droit naturel du positivisme juridique, suggérant que la critique antérieure du droit naturel avait été effectuée trop précipitamment, et avait oublié la possibilité effective d'un lien, fructueux et productif, avec le droit positif. Ce rapprochement est à prendre au pied de la lettre, dans la mesure où c'est du côté du droit naturel que ce mouvement est entrepris, avec pour but de démontrer le caractère injustifié des critiques dirigées contre lui. L'idée est que, au bout du compte, ni le jusnaturalisme ni le positivisme ne sont aussi radicaux qu'ils pourraient le paraître, ni ne sont des ennemis inconciliables.

Vous connaissez l'ouvrage de Robert P. George, récemment paru en Italie, intitulé *Il diritto naturale nell'età del pluralismo (Le droit naturel à l'âge du pluralisme)*[01] . *Qu'en pensez-vous ?*

Ce travail réunit les leçons que Robert P. George a données en 2007 en Italie, dans le cadre de l'Université de Macerata. Sept essais sont réunis dans lesquels se combinent la perspective conceptuelle (à commencer par un texte sur « Le droit naturel »), l'interprétation (par exemple avec « Kelsen et le droit naturel ») et enfin la discussion (par ex. « Rawls, Habermas et la raison publique »). L'ensemble aborde les questions en termes généraux, avec sérieux et rigueur. Il est accompagné de textes de l'invitant, Andrea Simoncini, et d'un autre auteur, Francisco Viola. Ce dernier jouit d'une compétence reconnue dans le domaine de la rénovation de la théorie du droit naturel à partir d'une perspective contemporaine. Pour l'occasion, il commence par mettre en relief une espèce de rituel saturnien caractéristique de la culture juridique européenne : celle-ci, comme Saturne, finit par dévorer ses propres enfants. En effet, le paradoxe veut que ce soit « le contexte culturel même ayant inventé la théorie du droit naturel qui le répudie ensuite comme un obstacle » (p. 41). Or cette brève remarque manifeste d'emblée les limites strictes que suppose l'opération de récupération du droit naturel actuellement tentée. D'une part est proposée une rénovation de la théorie juridique, c'est-à-dire tant de la théorie du droit positif que de celle du droit naturel, dès lors qu'on met sur le même pied les deux domaines. Cette mise à égalité non expliquée, certes, est rendue possible à son tour par le caractère d'invention qu'elle assigne au droit naturel lui-même, lui refusant de cette manière toute prééminence hiérarchique et ontologique. D'un côté, la référence au « cannibalisme » de la théorie juridique suggère que l'effort pour réhabiliter le droit naturel consiste à poser les conditions empêchant qu'en le revitalisant, il soit phagocyté par elle. En d'autres termes, il faut éviter que le droit positif ne dévore le droit naturel, mais pour cela, il faudrait aussi reconnaître l'erreur historique du droit naturel dans sa prétention de dévorer le droit positif : comme l'un et l'autre se trouvent mis en situation d'égalité, ils doivent mutuellement se respecter et non s'annuler. Au rejet de l'ancienne prééminence du droit naturel correspond le refus des critiques à l'encontre du positivisme moderne.

Cette présentation, presque en termes de querelle de clochers, ne passe-t-elle tout de même pas à côté de l'essentiel, qui est le rapport de subordination du droit positif au droit naturel ?

Bien sûr, ce problème, pour important qu'il puisse être, n'est pas fondamental. Sans compter que derrière la présentation qu'on vient de résumer il y a la présupposition d'une essence juridique qui

se trouverait en surplomb aussi bien du naturel que du positif, comme une espèce de substantialisation du Droit. Droit naturel et droit positif ne seraient que deux modalités de cette substance juridique, et ce sont ces modalités précisément qui permettent leur mise à parité. Il s'agirait d'un ensemble de principes qui, après la Seconde Guerre mondiale, sont incorporés aux constitutions en se présentant comme l'essence du droit. Ce sont des principes qui ont un aspect social qui les place au-dessus de la nature, de la volonté subjective et de la raison individuelle. C'est le cas de droits comme la propriété, qui n'exprime plus ni la relation entre l'homme et les choses ni la volonté subjective de possession absolue, mais une vague fonctionnalité sociale déterminable de manière procédurale ; ou bien, dans le cas de la famille, des principes dont la fonction sociale permet d'ouvrir le droit à des formes monoparentales ou homosexuelles, tous principes pour lesquels on peut donner des présentations et des engagements idéologiques de toutes sortes. (Nous reviendrons sur la question, d'inspiration clairement scotiste, un peu plus loin.) Une fois posée cette équivalence, le processus de récupération du droit naturel suit, pour l'essentiel, deux voies : celle de découvrir et révéler les aspects que droit naturel et droit positif ont en commun, et celle de rechercher dans la doctrine européenne la persistance de manières juridiques propres aux deux. La mise en scène du droit naturel, comprise comme réconciliation, se fonde donc sur un concept abstrait, réduit et non évident.

Cette démarche est-elle partagée par les positivistes, au moins certains d'entre eux, ou bien provient-elle du côté de défenseurs du droit naturel tels que Robert P. George ?

Non, cette tentative se place presque exclusivement du point de vue du jusnaturalisme contemporain ; les juristes positivistes, sauf le petit nombre d'entre eux qui expriment un certain repentir, ne voient pas la nécessité de ce type d'opérations. Cette circonstance est significative parce qu'en effet le problème n'est pas le paradoxe du rejet de ce qui a été « inventé » auparavant, mais celui de la réconciliation qui doit être menée à bien à l'intérieur du même contexte culturel, politique, économique, juridique, etc. que celui qui en a radicalement expulsé l'objet. Telle est la difficulté de fond : comment est-il possible de défendre le droit naturel avec des instruments qui en ont condamné la notion ? N'est-on pas en train de défendre l'indéfendable ? Même si l'on admet par hypothèse la nécessité de donner une impulsion au droit naturel jusque dans la sphère du droit positif, comment y arriver ? Autrement dit, ne sommes-nous pas en train d'essayer de formuler un oxymore ? (Rappelons que cette figure littéraire comporte deux mots de signification opposée qui s'unissent pour arriver à un sens ou un concept nouveau.) Quel concept de droit pourrait-on former en soutenant un mode juridique à partir d'éléments qui le contredisent ? Il ne semble pas que George se pose la question, et il est très significatif que pour Viola la raison et le caractère raisonnable occupent une place absolument centrale dans le droit naturel, puisque identifier la raison et le fait d'être raisonnable revient à confondre la raison, comme moyen propre à l'homme pour entrer en relation avec l'ordre naturel du Créateur, avec le caractère raisonnable qui est le moyen de déterminer la mesure du bien individuel possible à réaliser. C'est une concession à ce qui est contemporain, à la nouveauté comme telle. Celle-ci joue un rôle de première importance dans ces élaborations.

Il y a donc à partir de là une équivoque : le droit naturel promu de la sorte n'est plus vraiment le droit conforme à la loi naturelle...

Les sept essais de George suivent ainsi l'orientation que je viens de mentionner, et conduisent à promouvoir une « nouvelle conception du droit naturel », ce que Maritain, déjà, avait proposé. Pour cette « nouvelle conception », la raison, vidée de contenus substantiels, doit former elle-même ses propres contenus à partir d'un dialogue avec la réalité sociale et culturelle ainsi qu'avec d'autres éthiques. Il s'agirait, en d'autres termes, d'une nouvelle théorie de la loi naturelle, qui pourrait ainsi se laver de l'accusation sans cesse reprise à l'encontre du droit naturel, stupidement

accusé de naturalisme.

Je pense que vous faites allusion à Hans Kelsen et à ses critiques dans sa Théorie pure du droit, où après avoir rejeté le droit naturel celui-ci se croyait autorisé à invoquer une « norme fondamentale » sans autre fondement qu'une pure hypothèse. Qu'en dit George ?

Il m'est impossible de rendre compte de tous les essais de George, mais effectivement il vaut la peine de s'arrêter brièvement sur celui qu'il consacre à Kelsen, la conception de ce dernier étant en effet, en un certain sens, paradigmatique et fondamentale pour l'approche réalisée ici. George part du principe, certes nullement novateur, que la critique du droit naturel établie par Kelsen doit être comprise dans le sens non d'une critique de la tradition classique du droit naturel représentée par le thomisme, mais de la version rationaliste du jusnaturalisme rigide des XVII^e et XVIII^e siècles. Pour soutenir cette thèse, George fait abstraction du caractère religieux de la doctrine thomiste et reconnaît la supériorité de la scientificité des lois de la nature, l'agnosticisme étant le seul moyen de soutenir ces positions. Il se garde pourtant de souligner que, en tant que bon kantien, Kelsen s'attache plus à la méthodologie et à la connaissance scientifique du droit qu'à son objet et à son concept (en d'autres termes, au « comment » plus qu'au « quoi »). Or le problème est de savoir « comment » un fragment de l'expérience peut être connu par un sujet déconnecté de son objet (ce qui implique donc la formation d'un élément transcendant). L'« invention » d'une hypothèse comme celle de la « norme fondamentale » de Kelsen n'est pas le fruit du hasard. Mais pour étudier la question de plus près, nous sommes obligés de revenir sur certaines données d'histoire de la philosophie, en l'espèce sur la conception de Duns Scot précédemment évoquée, et son influence sur Kant.

La métaphysique à la suite d'Aristote a continué de concevoir la substance comme unité de matière et de forme. L'être substantiel ne peut se constituer (exister) que comme union de deux éléments : dans le champ de la connaissance, comme union de sujet et d'objet ; dans le domaine moral, comme union entre l'acte et la fin poursuivie. Hormis Dieu, Ipsum Esse subsistens, l'être en tant que tel n'a pas d'existence en dehors de cette union. Ce qui, bien que ce soit élémentaire, n'est pas compris de la même manière par saint Thomas, qui restera fidèle à cette conception, et par Duns Scot, qui établit l'être comme une réalité indépendante de la matière comme de la forme, toutes deux finissant par devenir deux entités d'existence distinctes, une entification de la forme et de la matière, tandis que l'être lui-même, un être pur et substantiel, devient un tertium quid. Cela permet la formation de substances sans contenu réel : un monde idéal capable de rendre compte du monde réel. Naturellement, à condition de trouver une garantie qui permette cette connexion, ou plus exactement, cette production du réel à partir de l'idéal. C'est une garantie que Dieu seul peut donner (dans le cas de Descartes) ou bien, puisque cela supposerait de garantir une idée contre une autre – comme l'avait très bien vu Kant – un sujet transcendantal dont la dignité et la conscience se trouvent au-dessus de toute expérience, même s'il est fondé en elles. Dans cette logique scotiste, Kant organise la réalité empirique (en fonction d'idées directrices reçues de Suárez). Ce qui signifie qu'au lieu de recourir à Dieu comme garantie de la connaissance et de la morale, il recourt à un sujet transcendantal, un absolu déjà ordonné (un « comme s'il était Dieu »). C'est sur ce point précis que se différencie l'idéalisme (critiqué par Kant) et le criticisme dont le point de départ est l'expérience empirique. C'est le sujet qui donne un être aux choses, en marge de son être existentiel ; seul moyen de lier la chose au sujet (dans la connaissance) ou le vouloir à l'action et au bien (dans la morale). Dans ces conditions, le sujet est le seul protagoniste, les choses, de la raison comme de la volonté, s'ajustant au sujet (et non le sujet aux choses). Parce qu'aucun des modes de connaissance et d'action n'a plus de lien avec les autres modes d'action et de connaissance et n'est plus qu'un matériau que le sujet doit connaître. Le questionnement au sujet de l'être des choses trouve sa réponse dans le sens que nous donnons aux choses.

Concrètement chez Kant c'est le sujet lui-même qui est transcendantal, au-delà de la juxtaposition des phénomènes. Dans ce scénario, le droit naturel moderne identifie la nature à l'humain, faisant abstraction de ce que la nature humaine a de commun avec les autres natures. La filiation de Kant à Kelsen est donc stricte ?

Ce mécanisme kantien, évoqué en passant, trouve en effet son reflet chez Kelsen. Ce qui permet de mieux comprendre le caractère inévitable d'une norme fondamentale hypothétique (ou transcendantale), puisqu'il faut un sens ultime à toute expérience juridique, sans cela simple accumulation de faits. Reste alors inévitablement à s'interroger sur l'antijusnaturalisme de Kelsen, pourtant héritier du droit naturel de la période des Lumières. Mais Kelsen étant précisément héritier du droit naturel moderne et rationaliste, il ne pouvait en réalité en être autrement. Même s'il avait manifesté quelque condescendance envers le droit naturel classique aristotélico-thomiste, cela n'aurait relevé que d'une opinion particulière, sans plus de valeur qu'une opinion personnelle, voire peut-être un peu « archéologique ». En d'autres termes, Kelsen ne peut être autre que ce qu'il est, le droit naturel rationaliste étant substantiellement différent de celui de la tradition classique.

En réalité, l'orientation de l'oeuvre de Kelsen va dans la direction de la construction d'un Droit essentiel supérieur aussi bien au droit naturel qu'au droit positif. On remarquera en ce sens que Kelsen sera le premier penseur à déplacer l'essence du droit de la loi (ce qui était le cas dans la conception rationaliste et bourgeoise du XVIII^e siècle) au droit lui-même, aspirant à un système logique n'émanant pas d'une volonté souveraine.

De cette façon, Kelsen pourra offrir un schéma vide où peuvent entrer les principes recteurs de l'ordre juridique supérieurs à l'ordre législatif, auxquels on faisait référence auparavant. Voilà qui explique la fascination qu'il exerce sur un droit naturel accommodant qui accepte de rendre flexibles ses propres conceptions.

Le détour par Kelsen semble montrer l'inévitable échec d'une démarche unilatérale d'adaptation comme celle tentée par Robert George...

En définitive, on peut se demander quel peut bien être le résultat de cette approche (non réciproque) du droit positif par le droit naturel. Et même ce que pourrait y gagner le droit positif. Les jusnaturalistes contemporains supposent qu'on peut élaborer de la sorte un fondement éthique au droit positif – c'est d'ailleurs là la tâche normale du droit naturel. Mais le droit positif actuel éprouve-t-il réellement le besoin d'un tel fondement ? L'affirmer suppose de méconnaître l'essence du droit moderne et ce qui lui tient lieu de moralité : celle de la loi, établie (non sans difficultés, certes) par Rousseau, Kant et Hegel. En tant que produit législatif, la loi contient d'après eux la somme des biens individuels, et le recours au droit naturel n'ajoute pas grand-chose, ne pouvant pas transformer tout cela en bien commun.

Quant au droit naturel, que peut-il bien gagner dans cette opération ? Mis à part son retour sur la scène juridique contemporaine d'où il avait été expulsé, il n'est qu'une technique de plus visant à légitimer les décisions du droit positif sur des sujets présentant pourtant largement matière à discussion (divorce, avortement, mariage homosexuel).

En réalité, le résultat le plus appréciable (pour les auteurs de ce rapprochement) consiste en ce que le droit naturel « apporte quelque chose » au droit positif, atténuant son formalisme et son déductivisme, de sorte que l'essence du Droit, c'est-à-dire le droit au-dessus du naturel et du positif, acquiert un aspect modéré, une flexibilité, une docilité, parfaitement adaptés en cette époque de globalisation et de pluralisme caractéristiques de la réalité. Mais en définitive, il ne peut s'agir que d'une dénaturation du droit naturel. On retrouve ici l'oxymore dont j'ai déjà parlé.

Propos recueillis par Bernard Dumont

Le vendredi 28 septembre 2012 à 21:03 . Classé dans [Numéro 116](#). Vous pouvez suivre toutes les

réponses à ce billet via le [fils de commentaire \(RSS\)](#). Les commentaires et pings ne sont plus permis.