

Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*

(in *Œuvres politiques*, éd. De Jean Roussel, Paris, Bordas, coll. « Classiques Garnier », 1989)

« S'il n'y avait point de convention antérieure, où serait, à moins que l'élection ne fût unanime, l'obligation pour le petit nombre de se soumettre au choix du grand ? [...] Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister ; et le genre humain périrait s'il ne changeait de manière d'être [...]. Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert [...]. Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant [...]. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution [...]. Chacun se donnant à tous ne se donne à personne ; et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui a cédé sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a.

Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout [...] ».

Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*

(Vienne, Deuticke, 1934 – Paris, Dalloz, 1962, trad. Ch. Eisenman)

« C'est l'idée même qu'une doctrine de droit naturel pourrait donner une réponse absolue à la question du fondement de la validité du droit positif qui repose sur une illusion ; selon ces doctrines, la validité du droit positif a pour fondement le droit naturel, c'est-à-dire un ordre établi par la nature en tant qu'autorité suprême, supérieure au législateur humain. En ce sens, le droit positif ; mais alors que le droit positif proprement dit est posé par des volontés humaines, le

droit naturel le serait par une volonté supra-humaine. Sans doute une doctrine de droit naturel peut-elle bien affirmer comme un fait que la nature commande que les hommes doivent se conduire de telle ou telle façon. Mais puisqu'un fait ne peut pas être le fondement de la validité d'une norme, une doctrine de droit naturel correcte du point de vue logique ne peut pas nier que l'on ne peut donner un droit positif conforme au droit naturel comme valable que si l'on suppose la norme : on doit obéir aux commandements de la nature. Telle est la norme fondamentale du droit naturel. La doctrine du droit naturel ne peut, elle aussi, donner à la question du fondement de la validité du droit positif qu'une réponse conditionnée ou relative [...]. On ne peut admettre l'existence de normes immanentes à la nature, que si l'on inclut dans la nature la volonté de Dieu. Or, l'idée que, dans la nature qui est une manifestation de sa volonté – ou de tout autre façon –, Dieu commanderait aux hommes de se conduire d'une certaine façon, est une thèse métaphysique qui ne peut pas être acceptée d'une façon générale par une science quelconque et en particulier par la science du droit ».

Documents

Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, 2a-2ae, Question 57, article 2

(Extrait des éditions de la *Revue des jeunes*, Desclée, 1932)

Convient-il de diviser le droit en droit naturel et en droit positif ?

DIFFICULTÉS :

1. Ce qui est naturel est immuable et pareil chez tous. Or, il n'y a rien de tel dans les choses humaines, où l'on voit que toutes les règles du droit humain sont caduques dans certains cas et n'exercent pas partout leur vertu. Il n'y a donc pas de droit naturel.
2. On appelle positif ce qui procède de la volonté humaine ; or ce n'est pas pour cela qu'une chose est juste ; autrement il n'y aurait pas de volonté humaine injuste possible. Si donc le juste s'identifie avec le droit, il semble qu'il n'y ait pas de droit positif.
3. Le droit divin n'est pas naturel, puisqu'il dépasse la nature humaine ; ni positif, car il ne s'appuie pas sur l'autorité humaine, mais divine. Il ne convient donc pas de diviser ainsi le droit, en droit naturel et positif.

CEPENDANT, le Philosophe (Aristote) affirme qu'« en droit politique l'un est naturel, et l'autre légal », autrement dit établi par la loi.

CONCLUSION : Ainsi que nous l'avons vu, le droit ou le juste se disent d'une œuvre quelconque adéquate à autrui sous un certain mode d'égalité. Et cela peut se produire de deux façons : de par la nature même des choses, par exemple si je donne tant pour recevoir autant ; alors c'est le droit naturel ; – ou bien par convention, d'un commun accord, lorsque quelqu'un par exemple s'estime content de recevoir tant. Mais ici deux cas peuvent se présenter : le cas d'une convention privée, ainsi qu'il arrive à la suite d'un pacte entre personnes privées ; et le cas d'une convention publique, lorsque l'adéquation ou l'égalité entre deux choses résulte du consentement populaire, ou de l'ordre du prince qui a la charge du peuple et gère à sa place. Alors c'est le droit positif.

SOLUTIONS :

1. Ce qui est naturel à un être doué d'une nature immuable doit être partout et toujours le même. Mais ce n'est pas le cas de la nature humaine qui est soumise aux changements ; voilà pourquoi ce qui est naturel à l'homme peut quelquefois se trouver en défaut. Par exemple, c'est en vertu d'une égalité naturelle qu'un dépôt doit être rendu à qui l'a confié ; si donc la nature humaine était toujours droite, cette règle ne souffrirait pas d'exception. Mais parce qu'il arrive au contraire, quelquefois, que la volonté humaine se déprave, il y a des cas où il ne faut pas rendre un dépôt confié, de peur qu'un homme dont la volonté est pervertie n'en use mal, par exemple si un fou furieux ou un ennemi de la république redemandait des armes qu'il a déposées.
2. La volonté humaine peut, en vertu d'une convention commune, faire qu'une chose soit juste parmi celles qui d'elles-mêmes n'impliquent aucune répugnance avec la justice naturelle. Et c'est là qu'il y a place pour le droit positif. D'où cette définition du Philosophe (Aristote) concernant le droit légal, à savoir qu'« avant d'être posé, il n'importait pas qu'il fût ainsi ou autrement, mais qu'une fois posé, cela importe ». Par contre, une chose, qui de soi répugne au droit naturel, ne peut devenir juste par la volonté humaine, par exemple décréter qu'il est permis de voler ou de commettre l'adultère. C'est pourquoi, il est écrit dans Isaïe : « Malheur à ceux qui font des lois iniques ».
3. On appelle droit divin ce qui est promulgué par Dieu, qu'il s'agisse de choses naturellement justes, mais dont la justice est cachée aux hommes, ou de choses qui le deviennent par la volonté de Dieu. En sorte que le droit divin, comme le droit humain, se dédouble : d'un côté, dans la loi divine, les choses commandées parce qu'elles sont bonnes, et défendues parce qu'elles sont mauvaises ; d'un autre, celles qui sont bonnes ou mauvaises parce que commandées ou défendues ».

Documents

Jean CARBONNIER, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 7^{ème} édition, 1992, p. 226 et s

« GROUPES DE PRESSSION. - La science politique enseigne que, dans une certaine dégénérescence du régime parlementaire, beaucoup de lois sont faites sois la pression de groupes d'intérêts, qui en suscitent l'initiative et en assurent le vote, en attirant à leurs vues par la propagande ou l'intrigue, voire la menace (de représailles électorales) ou de la corruption, une majorité (ou minorité influente) de législateurs. Il s'en faut, d'ailleurs, que l'effacement du parlement suffise à faire disparaître les groupes de pressions et les lobbies (qui en sont les organes démarcheurs) : dans un régime de décrets, ils se transportent autour des bureaux des ministères. Mais l'action des groupes de pression n'a guère été examinée que dans la législation économique et fiscales, ou, à la rigueur, dans les secteurs du droit privé touchant à l'économie (comme le droit des contrats) : le droit de la famille paraissait *a priori* en être indemne. L'observation montre, pourtant, que des ligues féministes ou des associations féministes sont efficacement intervenues pour faire sortir de l'ornière les projets de réformes des régimes matrimoniaux ; qu'une Association internationale des enfants adultérins, de représentativité incontrôlée, n'a pas été dans audience lors de l'élaboration de la loi [française] du 15 juillet 1955 ; que les œuvres dites d'adoption ont ardemment poussé à la roue de tout ce qui pouvait favoriser l'adoption plénière. C'est que les groupes de pression ne sont pas nécessairement des conjonctions de puissances économiques : il arrive même, l'Etat moderne se féodalisant, que des services publics se comportent en groupes de pression et cherchent par les engins du lobbyisme, les réglementations qu'ils jugent utiles à leur propre développement ».