

LOI NATURELLE ET DROIT NATUREL AU DÉCLIN DU MOYEN AGE

L'intérêt que l'on peut porter à la fin du Moyen Age ne trouve pas sa justification ni sa source dans un simple caprice de la curiosité, il semble au contraire pouvoir se justifier par la richesse théorique d'une période qui voit émerger les principaux concepts fondateurs de la modernité, au cours d'un laps de temps qui s'étend à peu près de la mort de Saint Thomas à celle de Suarez. En choisissant ce dernier terme, la chronologie historique habituelle est un peu bousculée, mais il s'agit ici d'histoire de la philosophie ; or on peut estimer, non sans de bonnes raisons, que la scolastique apparue au douzième siècle survit au moins jusqu'au début du dix-septième siècle, puisque, la même année que le *Discours de la Méthode*, paraît la grande œuvre de Jean de Saint Thomas qui constitue une réponse à Suarez, encore articulée dans les termes de la tradition aristotélicienne et thomiste.

Durant cette période le monde commence à être pensé en dehors du schéma de la finalité. Buridan reprend certaines idées déjà formulées par Jean Philoppon, un commentateur alexandrin et chrétien d'Aristote, et énonce une doctrine du mouvement non finalisé qui sera développé par Galilée (1). En politique se développe une explication génétique de la société qui annonce le contrat social, alors qu'en droit se fait jour, sous la poussée des théologiens, une conception simultanément volontariste et rationaliste de la loi qui triomphe jusqu'à nos jours.

Cherchant ici à faire ressortir l'originalité de certaines conceptions de la loi et du droit naturels qui prennent forme au cours de la période considérée, on négligera assez volontairement les écrits des juristes. Ceci pour deux raisons : d'abord la remarquable stabilité de la culture juridique dont les grandes catégories perdurent au moins jusqu'au seizième siècle, ensuite parce que les juristes, plus ou moins influencés par tel ou tel courant philosophique, ne se livrent pas à un véritable travail spéculatif. C'est ainsi que l'on peut constater la remarquable permanence, grâce au texte bien connu d'Ulpien, du droit naturel conçu sur le modèle d'une réalité commune

(1) DUHEM, *Le système du monde*, Paris 1913 et sq.

aux vivants. Telle est par exemple l'opinion d'Hostiensis, de Pierre de Belleperche, de Jacques d'Arena ou de Bartole. Chez ses mêmes auteurs le droit naturel se manifeste concrètement par une tendance immanente ; « *ius naturale arctat nos ad bonum* » (2), écrit Jacques d'Arena, et il poursuit en affirmant que cette nature est en nous l'œuvre d'une disposition divine : « *ipsa natura, id est a dispositione divina* » (3). Ce n'est pas original puisque la Glose d'Accurse l'affirmait déjà, alors que plus tard Bartole reprend à son compte la même idée (4). Ceci n'empêche d'ailleurs nullement les juristes de reconnaître que cette nature possède des aspects proprement humains. Jacques d'Arena recourt à cet égard à l'idée d'une dualité humaine se fondant sur la présence en l'homme d'une nature angélique et d'une nature animale : « *in duabus naturis, scilicet quam commune habet cum ceteris animalibus (...) alteram vero communem habet cum angelis, scilicet rationalitatem* » (5). C'est cela qui fonde chez Pierre de Belleperche (6), comme chez Bartole (7), la distinction entre le droit naturel et le droit des gens. Pour illustrer ce droit naturel Bartole prend évidemment pour exemple le mariage, type de l'institution émergeant de la nature et néanmoins présente dans le droit civil (8). On ajoutera que le droit naturel n'exclut pas une certaine souplesse et qu'il est lié aux choses : « *virtus insita rebus* » déclare une glose citée par Bartole (9).

Les principales caractéristiques qui viennent d'être relevées s'accordent assez bien avec la conception de la loi et du droit naturels élaborée dans une perspective beaucoup plus spéculative par Saint Thomas. Selon ce dernier le droit naturel est immanent (10) à la chose, il admet certaines variations, il se distingue de la loi naturelle (11), laquelle de son côté n'est pas un ensemble de prescriptions rigoureusement déduites les unes des autres, mais une manifestation de fins hiérarchisées (12) exprimées par les premiers principes de la loi naturelle. Ceci est sous-tendu par la présence d'un ordre dynamique de la réalité, qui se manifeste dans le mouvement de la matière vers la forme, de la puissance vers l'acte, et parallèlement dans l'ordre de la raison et de la volonté divine selon un jugement de sagesse, source d'une loi éternelle dont nous connaissons l'existence. Ni la puissance passive dans les choses, ni la puissance active de Dieu ne sont désordonnées. Dans ces conditions, la nature revêt une

(2) Jacobus de ARENA, *Commentarii in universum jus civile, de justitia et jure*, 3, 4.

(3) *Eod. loc.* 5.

(4) BARTOLE, *Super Institut. de jure naturali*, 1.

(5) Jacobus de ARENA, *op. cit.*, 5.

(6) Pierre de BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum de jure naturali*, 4.

(7) BARTOLE, *op. cit. eod. loc.*

(8) BARTOLE, *op. cit. eod. loc.*

(9) BARTOLE, *op. cit. eod. loc.*

(10) S. Th. II^a-II^{ae}, quaest. 57, art. 2.

(11) S. Th. II^a-II^{ae}, quaest. 57, art. 1, I^a-II^{ae}, quaest. 94, art. 5, quaest. 100, art. 1, quaest. 100, art. 8.

(12) *Loc. cit.*, note 11.

double signification de détermination et d'indétermination. Au premier sens la nature peut être rendue par un concept quidditatif et peut être exprimée par une loi. Mais au second sens, elle est individuation, indéterminée et imparfaite, aussi n'est-elle pas à cet égard traduisible en loi, qui reste, comme toute loi, imparfaite en face des individus. Elle demande donc à être complétée par un retour au sensible, ce que traduit en son domaine l'« *epiekeia* » aristotélicienne. Au titre de cette imperfection la nature — matière est travaillée par la privation. Non seulement la coexistence de ces deux dimensions dans un ordre est à l'origine d'un éventuel assouplissement de la loi naturelle, mais encore elle supporte la distinction du droit et de la loi selon laquelle le droit ne peut pas s'identifier à la définition ou « *ratio* ». Cependant la nature comprend de soi un aspect universel, elle ne saurait s'identifier à l'individu, aussi le droit naturel de Saint Thomas ne dérive jamais vers le droit subjectif moderne.

S'il convient de considérer les doctrines de la fin du Moyen Age par rapport aux traits principaux de la pensée de Saint Thomas, ce n'est pas par souci de précision historique. De ce point de vue il y aurait plutôt là quelque inexactitude, car il est facile au lecteur de Scot ou d'Occam de constater que leur adversaire avoué n'est pas le docteur angélique.

Cependant qu'ils l'aient ou non voulu les doctrines de la loi et du droit naturel élaborées par les grands docteurs de la fin du Moyen Age et de la scolastique opèrent une destruction assez radicale de l'ordre thomasiens. Ils développent en effet les conséquences extrêmes d'une doctrine de la puissance désordonnée (ce pourrait être une façon de traduire ce qu'ils appellent la « *potentia absoluta* »). On montrera l'avènement de ce désordre successivement en ce qui concerne la loi naturelle et le droit naturel.

I. — LE DESORDRE ET LA LOI NATURELLE

Avant d'aborder ce point, il faut remarquer que les théologiens médiévaux acceptent tous d'emblée l'existence de la loi et du droit naturels. Ils recueillent de la sorte un héritage à la fois aristotélicien, stoïcien, patristique. Curieusement l'un des seuls à consacrer une question à l'existence de la loi naturelle est Saint Thomas. Or le principe de sa réponse consiste à fonder l'existence de la loi naturelle sur une participation humaine à la loi éternelle, laquelle n'est que la Providence divine en tant qu'elle gouverne le monde à titre de principe et de cause finale. Ceci implique donc que l'ensemble du cosmos soit conçu comme orienté vers une fin, et une fin transcendante. Il s'impose de faire ici un rapprochement avec la structure des preuves thomistes de l'existence de Dieu, lesquelles, à partir des

(13) S. Th. I^a-II^ae, quaest. 91, art. 2.

effets visibles dans la nature, à savoir mouvement, causalité efficiente, possibilité et nécessité, hiérarchie et fin, découvrent une cause ultime de chacun de ces effets. On ajoutera qu'il y a un ordre à l'intérieur de ces différentes « *viae* », qui part du mouvement pour aboutir à la cause finale. La loi naturelle n'est que la traduction éthique et politique de cet ordre onto-théologique (14). Lorsqu'à son tour Duns Scot (15) entreprend de démontrer l'existence de Dieu, il reconnaît bien en accord avec Saint Thomas, la nécessité de recourir à une démonstration par les effets, « *quia* ». Nous n'avons pas de science immédiate de Dieu, et notre théologie n'est pas équivalente à la théologie divine. Mais Duns Scot se sépare très profondément de Saint Thomas, lorsqu'à son encontre, il entend que la démonstration de l'existence divine n'ait pas pour origine les effets physiques, mais se situe immédiatement au plan métaphysique. Si l'on devait partir des effets physiques, estime Duns Scot, on donnerait à la physique la possibilité de démontrer l'existence de l'objet de la métaphysique, ce qui signifierait que la physique serait de soi une science supérieure à la métaphysique. Au contraire il convient d'examiner, immédiatement les passions métaphysiques de l'être, ce qui permet de remonter aussitôt vers leur cause et de parvenir à une connaissance plus parfaite. La préférence accordée aux passions métaphysiques comme point de départ de la démonstration trouve sa source dans la volonté scotiste de parvenir à une science plus certaine que celle que permet d'atteindre l'étude des êtres concrets et contingents. Duns Scot semble donc bien suggérer qu'il n'est pas possible de remonter d'effets contingents à une cause nécessaire car cela impliquerait un lien de causalité nécessaire entre la cause et la production des êtres contingents, cela impliquerait la nécessité de la création puisque l'être nécessaire serait nécessairement lié à ses effets contingents, or le docteur subtil s'efforce au contraire de sauvegarder la liberté des créatures et du créateur par le moyen de la Toute-Puissance divine. La présence, en arrière-fonds, de cette Toute puissance le conduit donc à penser que les êtres contingents le sont totalement et qu'il ne peuvent donc servir, même dans la nécessité de leur contingence, à apparaître comme les effets d'une cause nécessaire. De préférence, « *malo* », on partira donc des caractères non concrets de l'être, car ceux-ci présentent l'avantage aux yeux de Scot de ne pas être contingents, mais ils paient en revanche leur nécessité d'un défaut majeur : ils n'existent que sous forme de possibles et non en acte. L'évacuation de l'être en acte, mais contingent, va permettre une remontée néces-

(14) S. Th. I^a, quaest. 2, art. 3.

(15) *Opus Oxoniense*, Prol. quaest. 3, n 21, Lib. I, dist. II, quaest. 2, « *De primo principio* », cap. 3, *Op. Ox.* Lib. I, dist VIII, quaest. 2. Voir aussi : BETTONI, *L'ascesa a Dio nel Duns Scot*, Milan, 1943 ; ORLANDO, *La nozione metafisica di essere nell'ascesa a Dio di Giovanni Duns Scotto*, Naples, 1967 ; et Mac DONAGH « La notion d'être dans la métaphysique de Jean Duns Scot », *Revue néoscolastique de philosophie*, XXX (1928), p. 400, XXXI (1929), p. 81, 148.

saire vers un être Premier dont l'existence d'ailleurs ne pourra pas véritablement être prouvée, mais fera l'objet de « persuasions », « *suasiones* ». On parvient de la sorte à un concept d'être commun qui dans son existence purement possible nécessite de penser un Premier en divers ordres. Nous aboutissons en suivant Scot, à un être commun sans épaisseur existentielle, possible, de telle sorte que cette épaisseur ne peut lui être restituée que par un recours à la Toute-puissance à une extrémité, et à la persuasion à l'autre. Tel est bien le cadre qui se dégage du prologue et du premier livre du *Commentaire sur les Sentences*, au cours desquels il est aisé de reconnaître les quatre étapes suivantes : 1°) séparation du contingent et du nécessaire, pour se placer au plan du nécessaire et du possible ; 2°) remontée à un Unique Nécessaire Premier, toujours sur le plan du possible ; 3°) persuasion de l'existence de ce Premier en montrant que : a) ce Premier est infini ; b) l'infini ne réugne pas à l'être ; 4°) soumission de la création à ce Premier infini. Les étapes 1, 2, et 3a correspondent à la nécessité, les deux autres, 3b et 4, se placent sur celui de la contingence.

A l'intérieur de ce cadre se développe l'exposé de la conception scotiste de la loi naturelle dont il est clair, après ce que nous venons d'explorer de ses prémisses, qu'elle reposera principalement sur la Toute-puissance divine. Duns Scot lit dans la division du décalogue en deux tables une division correspondant étroitement à celle qu'il vient d'établir dans son ontologie entre le possible nécessaire et le contingent (16). Il explique donc que la première table du décalogue doit être dite loi naturelle au sens strict. Dieu se pense lui-même comme seul être nécessaire, et sa bonté se veut nécessairement elle-même, ce qui lui confère une justice intrinsèque. La remontée vers l'être Premier et Infini et sa découverte comme nécessaire par le métaphysicien dévoilent par elles-mêmes la nécessité du premier commandement de la loi naturelle qui est qualifiée de « *nota ex terminis* ». Parvenant au Premier infini et nécessaire, l'intellect découvre en lui une causalité finale infinie, c'est-à-dire le seul bien nécessaire, l'adorer est la seule nécessité. Dans le premier commandement s'exprime l'attitude de la volonté qui est comprise dans la démarche même du métaphysicien. Aussi Duns Scot, à la différence de Saint Thomas, plus soucieux de la séparation des genres, au seuil de sa démarche métaphysique ultime s'arrête-t-il pour prier (17). Si la nature s'identifie avec la relation que les êtres créés entretiennent avec Dieu, la loi naturelle se ramène à une nécessité rationnelle, « *nota ex terminis* », située sur le plan formel. En effet non seulement le rapport nécessaire de la créature à l'être infini s'exprime dans sa dépendance complète, mais encore cette dépendance s'exerce sous la forme de la pensée divine définissant selon sa volonté la chose

(16) *Op. Ox. Lib. III, dist. XXXVII, quaestio unica.*

(17) « *De primo principio* », cap. 4.

créée. Autrement dit la nature est à la fois la clause exemplaire dans la pensée divine et la cause formelle dans la chose, pensée par Dieu comme idée et exprimée par l'homme comme définition. Limitant ainsi la nature à la quiddité on se donne les moyens d'une systématisation de la loi naturelle, mais on néglige la nature matière et le mouvement. Cependant si on s'en tenait à la constatation des rapports nécessaires on réintroduirait la nécessité en Dieu, ce qui contredirait les aspirations de Scot. Le docteur subtil ne saurait tomber dans une aussi grossière contradiction. La nécessité des rapports ne vaut qu'une fois posée par la volonté divine la nécessité de leur existence actuelle selon l'ordre des formes librement combinées en chaque réalité. Ceci signifie que la nature dans son ensemble est contingente, suspendue à la Toute-puissance de l'Unique Nécessaire, mais cela veut dire aussi qu'elle forme un système rigoureux de rapports nécessaires une fois franchi le pas qui lui donne l'effectivité.

Aussi bien, à côté de l'unique rapport nécessaire de la créature à l'endroit du créateur, l'ensemble des combinaisons des formes de la nature est-il à la fois nécessaire dans son organisation de fait et totalement contingent. Tel est bien ce que semble exprimé la fixation de la « *potentia absoluta* » en une « *potentia ordinata* ». Telle est aussi la signification de l'existence à côté de la loi naturelle « *stricto sensu* », d'une loi naturelle « *largo sensu* », contenue dans la seconde table du décalogue. Ces dernières dispositions correspondent aux natures créées, c'est-à-dire qu'elles sont frappées de la même contingence que les créatures elles-mêmes. Sans doute cette contingence n'emporte-t-elle pas avec elle de remise en cause du monde tel qu'il est actuellement, Dieu pourrait pourtant toujours le faire autrement qu'il n'est. Néanmoins dans le cadre de ce monde les natures forment système, si bien que l'on peut déduire de leur être leur comportement. Sans doute faut-il aussi ajouter que Duns Scot précise que la seconde table du décalogue, loi naturelle « *largo sensu* », consomme avec la première, c'est-à-dire que les deux tables ne se contredisent pas et même s'accordent, comme le montre l'exemple du troisième commandement. Mais cela signifie aussi que la seconde table n'a aucun lien nécessaire avec la première. La seconde table ne trouve pas sa force dans la nécessité métaphysique mais dans la seule volonté divine. Ainsi reparait avec une grande netteté la position du contingent à côté du nécessaire.

Mais on n'a sans doute pas oublié qu'il a été précisé que la conception scotiste de la nature se situant sur le plan du possible et du nécessaire néglige la matière. Celle-ci à son tour est placée à côté des formes comme un élément pouvant éventuellement exister sans elles (18), et en tout cas doué d'un être plus consistant que celui de la pure puissance à laquelle la réduisait Saint Thomas. Cependant

(18) *Op. Ox. Lib. II, dist. XII, quaest 1, Lib. IV, quaest 3; et STELLA, L'ilemorfismo di G. Duns Scoto, Turin, 1955.*

le mouvement existe, les circonstances de l'application de la loi naturelle varient, c'est pourquoi venant contredire le système des préceptes de la seconde table, la toute-puissance divine conserve la possibilité de venir en dispenser, c'est-à-sire selon Scot « *revocare praeceptum vel declarare* » ou encore faire que, demeurant identiques les circonstances, qui était prohibé ne le soit plus. A côté du système des préceptes de la seconde table, une Toute-puissance relance la possibilité de prescriptions ponctuelles et volontaires qui sont le corollaire d'une matière que Platon, annonçant Scot, nommait errante dans son échec à l'intégrer dans un ordre.

Occam va avec beaucoup de cohérence tirer toutes les conséquences de cette libération de la Toute-puissance, au point de la retourner contre Duns Scot lui-même. Alors que Scot avait inauguré une métaphysique du concept qui abandonnait le concret à lui-même, Occam cherche à développer en s'appuyant simultanément sur la chose au sens le plus empirique, et la Toute-puissance divine, une critique des formes et des concepts réifiés de Scot. Ceux-ci n'ont en eux-mêmes aucune réalité, ils doivent être ramenés à la chose individuelle. Au lieu de s'embarasser à rechercher les causes ou les rapports nécessaires qui organisent l'être possible, il suffit de constater qu'il y a des choses, leur facticité est bien suffisante pour remonter non à des causes, celles-ci sont inconnaissables, mais au fait de leur conservation par un ultime « *conservans* » (19). En même temps qu'il revient à l'empirique Occam précise que nous ne connaissons les choses qu'à travers les propositions qui supposent pour elles. La connaissance n'a rien à voir avec l'existence, elle se borne à une analyse conceptuelle ou linguistique des propositions intuitivement connues. En effet si Occam soutient contre Scot une réduction des concepts aux choses individuelles, ce ne sont pas elles qui sont à la source des concepts. Ceux-ci sont compris en eux-mêmes et valent pour les choses. Ce sera donc l'évidence intuitive qui sera garante de la vérité et de la proposition.

C'est pourquoi en fait d'éthique les hommes possèdent une « *recta ratio* » qui contient des propositions évidentes par elles-mêmes et que l'on nomme la loi naturelle (20). Comme chez Scot celles-ci forment un système et suffisent à fonder une science morale (21) nécessairement déduite, dont la clarté est garante de la vérité. Cette science est celle qui constitue la prudence ou « *recta ratio* », à savoir la connaissance intuitive des propositions du type « il ne faut pas tuer », « il ne faut pas voler ». Comme chez Scot de telles propositions sont « *nota ex terminis* », mais à la différence du docteur écossais, il n'y a pas lieu selon Occam, de distinguer entre les deux tables du déca-

(19) OCCAM, *Quaestiones super libros physicorum*, quaest. CXXVI; et BETTONI, « Il problema del fine ultimo nel Ockham », in *Studia Medioevalia et Mariologia*, P. Balic, Rome 1971, p. 225; v. encore OCCAM, *In Sent Lib. IV*, dist. I, quaest. 1, dist. II, quaest. IV-V.

(20) OCCAM, *In Sent. Lib. III*, quaest. XII, XIII, *Quodlib. II*, quaest. XIV.

(21) *Quodlib. II*, quaest. 14.

logue quant à cette évidence. Par contre alors que la Toute-puissance scotiste, dans le cadre du monde actuel, se manifeste seulement par les dispenses, et qu'elle respecte en tout état de cause la loi naturelle « *stricto sensu* », il n'en va plus du tout de la sorte chez Occam.

Nous savons bien que pour lui les choses elles-mêmes n'entretiennent entre elles aucun rapport nécessaire et qu'elles sont de ce fait totalement soumises à une volonté divine qui n'est liée par rien. Ce que nous en connaissons n'est qu'un état de fait accidentel. Mais surtout nous savons que les propositions intuitivement présentes dans la « *recta ratio* », sont sans aucun lien avec les choses, et n'ont aucune nécessité naturelle. Leur seule nécessité réside dans la volonté divine qui les institue, dès lors cette volonté peut à son gré les modifier (22). La loi naturelle se présente donc ici comme un ensemble très cohérent de propositions frappé d'une fragilité congénitale par la menace d'une modification de la volonté divine.

On retrouve ici, mais accentuée et déplacée, la séparation scotiste entre le nécessaire et le contingent. Pour cette raison la doctrine occamienne de la loi naturelle débouche sur l'édification d'une « *scientia moralis* » constituée par l'enchaînement de principes et de conclusions indifférentes à la casuistique, qui entraîne la disparition de la prudence aristotélicienne dans une de ses plus importantes dimensions, indifférentes aussi au droit positif ; simultanément la volonté conçue comme pure liberté ouvre la porte à une sorte d'existentialisme éthique susceptible de n'importe quel caprice. L'analyse logique des propositions de la loi naturelle sous forme de la somme de commandements reliés par un terme s'accorde parfaitement avec cette interprétation (23).

La scolastique s'efforcera de conjurer désormais les germes d'anarchisme moral contenus dans la conception occamienne de la liberté en développant le systématisme qu'elle pouvait y trouver. Cela lui permettait aussi d'intégrer cet aspect de la pensée scotiste. C'est ainsi que Grégoire de Rimini déclare qu'il existe une rationalité morale absolue, qui s'impose en vertu de son évidence, même si Dieu n'existe pas, déclare-t-il en anticipant sur Grotius (24). Cette loi, comme pour Occam, résulte de la seule cohérence de ses termes. Elle s'impose, semble-t-il aussi bien à Dieu qu'à l'homme. Néanmoins un tel ordre est purement logique, il n'est pas effectif ; pour acquérir l'effectivité il demande à être voulu et imposé, doté d'une sanction, afin de devenir une véritable loi obligatoire. Nous retrouvons la même doctrine chez Jacques Almain, qui la complète en montrant que ce n'est pas seulement le législateur divin qui dispose de la

(22) *In Sent.* III, quaest. XII, yy ; *In Sent.* IV, quaest. VII-IX, C, D, quaest. VIII-IX, C ; *In Sent.* II, quaest. XIX, F, O, P ; *Quodlib.* III, quaest. XIII.

(23) *Dialogus*, Pars III, Tract. I, Lib. II, cap. 17.

(24) Gregorius ARMINIENSIS, *In II Sent.* dist. XXIV, art. 2, H.

possibilité de prescrire au-delà de la loi naturelle, mais aussi le législateur humain (25).

Avec une fidélité surprenante Gabriel Biel (26) poursuit l'idée occamienne selon laquelle il n'est pas possible de remonter des effets contingents à une cause première nécessaire, ni de prouver d'ailleurs la Toute-puissance de Dieu. Celle-ci est une donnée de la révélation reçue dans la foi. Cette Toute-puissance pourrait remettre en cause l'ordre actuel. La source ultime de la loi naturelle sera donc la volonté divine, mais celle-ci s'exprime sous la forme d'une « *recta ratio* » qui indique la cohérence de l'ordre voulu par Dieu. Cependant la « *recta ratio* » et son ordre restent en eux-mêmes purement indicatifs, ils ne deviennent impératifs que si la volonté divine vient y ajouter son commandement explicite.

Biel reprend alors la division scotiste de la loi naturelle en deux tables, réduisant la loi naturelle « *stricto sensu* » aux deux premiers commandements actuellement indispensables, alors que la seconde table est à nouveau menacée par la Toute-puissance.

Si laissant de côté un certain nombre d'auteurs intéressants mais trop nombreux pour pouvoir faire ici l'objet d'un examen sérieux, on regarde vers le point d'aboutissement de ce mouvement, à savoir Suarez, on ne peut manquer d'être frappé par la persistance des catégories dont nous avons observé l'écllosion chez Scot.

Comme pour Scot ou Occam, la connaissance est pour Suarez, essentiellement intuitive. Aussi la connaissance des formes correspond-elle terme à terme à la connaissance des objets, selon une déduction rigoureusement parallèle des concepts formels et des concepts objectifs. C'est que la « *recta ratio* » est une intuition qui nous fait découvrir une loi naturelle ; elle trouve son origine dernière dans une volonté divine éclairée par la raison mais non sollicitée par la bonté de l'objet pensé comme existant. Selon l'expression de Suarez la loi naturelle est fondée par la volonté parce qu'elle est une vraie loi (contre Vasquez), il convient donc que la volonté vienne donner force et obligation à ce que dicte la « *recta ratio* ». Elle est fondée dans l'immutabilité des essences mais il faut que Dieu veuille que les hommes soient tenus de respecter cette ordre (27).

De Scot à Suarez semble donc bien se répéter au sein de la loi naturelle un jeu de séparation rigoureuse entre plusieurs couples de concepts : nécessaires et contingent, « *recta ratio* » et volonté, première et seconde table au décalogue, règle et dispense. Ceci pose avec acuité la question de savoir si les relations entre la loi naturelle et le droit naturel sont marqués par la même séparation.

(25) *Quaestio resumptia agitata in vesperis magistri Ludovici Ber, qui primum habuit locum licentiae usae, anno 1512, de dominio naturali, civili et ecclesiastico*, in Gerson, *Opera omnia*, ed. du Pin, Anvers., 1706, t. II, col. 961 sq.

(26) *In Sent.* I, dist. XLII, quaest. unica ; *In Sent.* II, dist. XXXIII, quaestio unica ; *In Sent.* III, dist. XXVII, quaestio unica, art. 2.

(27) SUAREZ, *Disputationes metaphysicae*, disp. I, II ; *De legibus*, Lib. I, cap. 1, Lib. II, cap. V ; AMBROSETTI, *La filosofia della legge di Suarez*, Rome 1948 ; ROMMEN « Variaciones sobre la filosofia juridica e politica de Francisco Suarez », *Pensamiento*, 1948, p. 493.

II. — LE DROIT NATUREL ET LE DESORDRE

On insiste généralement — c'est le cas pour Michel Villey — sur la présence chez Saint Thomas d'une séparation entre loi naturelle et droit naturel. C'est ce que montrent à la fois la possibilité de certains assouplissements de la loi naturelle, les cas de dispense, et plus généralement la distinction entre la loi et le droit. Il ne faut pourtant pas négliger de faire remarquer que cette distinction rentre à son tour dans l'ordre de la matière à la forme, qui pose les choses simultanément dans leur détermination et dans leur incomplétude, et les voue à l'achèvement final.

Précisément c'est cet ordre ultime de la fin dont nous sommes conviés à faire notre deuil par les penseurs qui nous occupent. Lorsqu'on présente Scot et Occam comme les auteurs qui instaurent à l'encontre de Saint Thomas, une rigoureuse continuité entre la loi naturelle et le droit naturel, sans doute est-ce à bon droit, puisque chez Scot comme chez Occam il y a une saisie intuitive de la loi naturelle et de toutes ses conséquences. Duns Scot déclare par exemple que les termes sont la cause de la connaissance du premier principe (28), tant en fait de théorie que de pratique ; il ajoute que la forme du syllogisme qui conduit de ce principe à ses conséquences est évidente pour toute intelligence. Aussi les termes étant appréhendés et composés comme il convient, la déduction étant opérée, il est nécessaire que l'intellect acquiesce aux conséquences qui découlent du premier principe. Dans ces conditions le droit naturel devient la présence intuitive dans l'intellect individuel des conclusions tirées des premiers principes de l'agir et virtuellement contenus en eux. Loin d'être séparé de la loi naturelle le droit naturel se confond avec elle, il en est l'application par déduction. Pourtant c'est aussi à partir de ce point de vue que l'on peut montrer que le droit naturel ainsi entendu rentre dans la logique de la séparation. Cette perspective implique au premier chef la séparation parce que la séparation qui a été décelée à propos de la loi naturelle entre les dispositions générales et les dispositions volontairement particulières se répercute ici. Ainsi les décisions prises par la volonté divine de dispenser, de sauver... entrent-elles dans la catégorie du droit naturel, tout en constituant paradoxalement une sorte de droit positif, puisqu'elles demeurent dans leur origine liée à la seule volonté et non à l'ontologie, comme les préceptes de la seconde table du décalogue.

Le droit naturel compris de cette façon est à l'origine d'une seconde séparation. La loi naturelle présente dans l'individu par sa raison, n'est autre que l'individu lui-même se reconnaissant comme raison, c'est-à-dire faisant l'expérience de sa capacité à surmonter

(28) Duns Scot, *Op. Ox.* Lib. II, dist. VII, quaest. unica, n 27, Lib. III, dist. XXXVI, quaest. unica, n 12 ; STRATENWERTH, *Die Naturrechtslehre des Johannes Scotus*, Göttingen, 1951, p. 27, 28.

la nature cosmique, en même temps qu'il expérimente sa volonté susceptible de dominer le cosmos et de dépasser sa propre raison. Le droit naturel va donc se révéler dans la capacité individuelle à nier le monde volontairement, c'est-à-dire à poser à côté un autre droit qui lui sera totalement étranger, appelé le droit positif pour cette raison. Le droit naturel étant essentiellement liberté se révèle dans la capacité de soumission volontaire à la cité (29), soumission qui est la condition de sa production, par abandon de soi à un supérieur, à l'image de l'esclavage ou du mariage (30). Le droit naturel n'animerait plus de l'intérieur le droit humain ; il s'est au contraire transformé en sa capacité d'établir sa propre négation en abandonnant au droit positif une large part de la réalité.

Lorsque dans un texte assez connu Occam décrit les trois espèces de droit naturel qu'il reconnaît, il ne fait que recouper les grandes articulations déjà dégagées par Scot. Occam déclare qu'il y a trois modes d'existence du droit naturel. Au premier sens le droit naturel est ce qui est conforme à la droite raison. Au second sens il est ce qui existe lorsque les hommes n'ont recours qu'à l'équité naturelle sans référence aux coutumes, ni aux conventions ; ils vivaient de cette manière antérieurement à la faute originelle. Enfin il existe un droit naturel « *ex suppositione* » qui est la conséquence rationnelle d'un fait (31).

Le premier mode du droit naturel, la raison naturelle intuitivement saisie par un individu, se confond, comme chez Scot, avec la loi naturelle. Il donne à l'individu le privilège de la liberté rationnelle qu'il exerce selon les règles divines en dominant la nature, c'est-à-dire en jouissant du « *dominium* », ce qui relève du droit naturel au second sens. Ces deux premiers modes peuvent bien entrer dans le bloc constitué par l'adéquation entre la loi naturelle et la raison individuelle. Le troisième mode du droit naturel semble se présenter d'abord comme une conséquence rationnelle tirée de et par la « *recta ratio* », mais c'est aussi une conséquence d'un fait humain ou divin. Ces faits proviennent justement des manifestations de la volonté divine qui viennent s'opposer aux règles rationnelles ou à l'Etat de fait antérieur, comme des éléments de dépassement du bloc des règles rationnelles. C'est par ce biais que la loi naturelle elle-même devient muable. Les hommes, après la chute, peuvent en tirer les conséquences et décider de soumettre leur liberté naturelle à un Prince et de partager les terres. Cela introduit une séparation tranchée entre le moment de l'état de nature et celui de l'état civil, mais cela organise simultanément un conflit permanent entre les droits

(29) Duns Scot, *Op. Ox. Lib. IV, dist. XV, quaest. II, Rep. Par. Lib. IV, dist. XV, quaest. 4.*

(30) Duns Scot, *Op. Ox. Lib. IV, dist. XXXVI, quaest. 1, n 2, dist. XXXIII, quaest. 1 et 2.*

(31) OCCAM, *Dialogus, Pars III, tract. II, Lib. III, cap. V, edit. H.S. Offler, Franciscan Studies, XV (1977), p. 212.*

naturels de l'individu qui demeurent à l'état potentiel et le droit positif issu du contrat. En outre, et cela est indiqué par Occam lui-même, puisque la volonté divine ou le fait humain peuvent avoir pour conséquence un changement, le droit naturel en quelque sens qu'on le prenne devient alors totalement changeant.

Il est vrai que d'une certaine façon la séparation à l'œuvre est moins évidente que chez Scot, en raison même de la pensée occamienne qui, à la différence de celle de Scot, réduit à un même plan de réalité l'ensemble des unités individuelles, ce qui peut donner l'illusion de la continuité. Alors que nous avons chez Scot un réalisme de la forme, nous avons ici une pensée radicalement nominaliste selon laquelle les règles ne sont que des collections de décisions individuelles qui les dissolvent. Aussi les faits particuliers qui les contredisent ne sont pas à proprement parler des exceptions, ce sont seulement les sources d'une nouvelle décision qui ne s'oppose pas véritablement à la somme des commandements individuels précédents mais bien plutôt s'y ajoute. Aussi bien en ce qui concerne la loi naturelle que le droit naturel nous sommes en face d'une somme de commandements ponctuels ou de prérogatives donnés au fur et à mesure par un Dieu tout-puissant, conservateur des prérogatives individuelles à un instant donné. La raison humaine reproduit pour son compte ce schéma en s'enfonçant dans une infinie casuistique suscitée par des états de fait toujours radicalement dissemblables. A l'appui de cette analyse je citerai simplement le texte où Occam analyse la loi naturelle en termes d'ensemble additionnant des cas particuliers et ne réalisant rien d'autre qu'une extension à l'ensemble des cas pris individuellement et distributivement, sans aucun appui dans l'essence (32). Contrairement à ce qu'il pouvait sembler au premier regard, la séparation est finalement plus radicale chez Occam que chez Scot puisqu'elle intervient non seulement entre les règles et les cas particuliers mais encore entre chacun des cas. La loi naturelle et le droit naturel peuvent se ramener au produit d'une série de décisions atypiques issues de la liberté individuelle.

Un assez bon résumé de l'opinion moyenne à la fin du Moyen Age se trouve chez Gerson à la *lectio tertia* de la *Vita spiritualis animae* (33). Le chancelier de l'université de Paris y déclare que le droit est une faculté ou un pouvoir. Celui-ci se fonde sur le « *dictamen rectae rationis* ». Ce « *dictamen* » est originellement en Dieu chez qui il réside corrélativement dans l'intellect et dans la volonté. Seules les créatures raisonnables participent à la « *recta ratio* » divine. Elles y participent d'abord par la connaissance de principes universels, appréhendés et connus « *ex terminis* », auxquels la raison ne peut

(32) OCCAM, *Summa Logicae*, I, cap. V, cap. IX, *Dialogus*, Pars III, tract. I, Lib. II, cap. 17.

(33) GERSON, *Liber de vita spirituali animae*, lectio III, in *Opera Omnia*, ed. du Pin, Anvers 1706.

se refuser, et ensuite par la connaissance des conclusions déductibles des premiers principes.

On s'écarte donc des positions les plus extrêmes d'Occam, spécialement de son volontarisme exacerbé, en revenant à une doctrine proche de celle de Duns Scot. C'est encore cette pensée qui fournit le cadre général de l'exposé de Suarez. Chez lui, comme chez Gerson, et dans les mêmes termes, le droit naturel est essentiellement une prérogative de l'individu se comprenant lui-même, et par là apte à bâtir une cité. Par contre on ne retrouve plus l'idée d'un droit naturel situé à un autre niveau que la loi naturelle. Suarez critique expressément Aristote et Saint Thomas d'avoir pensé que le droit naturel pouvait changer. Telles sont les lois de la nouvelle physique mathématisée : la loi naturelle ne dit plus que des relations nécessaires, alors que la matière, posée à côté, peut changer. La seule possibilité pour suivre ce changement est de recourir à une volonté qui se manifeste dans la dispense. Le droit naturel comme relation inscrite naturellement dans les rapports politiques a disparu parce qu'a disparu l'ordre qui inclut les cités au profit de phases ou d'états différents. Il y a donc deux moments séparés, celui de la nature puis celui de la cité, moments de séparation et non de développement. Il y a la loi et les pouvoirs des sujets ou du législateur, prêts à s'affronter au nom de ces mêmes pouvoirs tirés de la droite raison. Il n'y a plus de possibilité de penser le droit naturel parce qu'il n'y a plus de nature au sens aristotélicien.

Celle-ci se résumait en un ordre tendu vers une fin, récapitulé dans l'ordre de la puissance à l'acte. L'abandon de cette tension entraîne comme conséquence l'abandon de l'ordre entre la loi naturelle et le droit naturel unis par la fin. La suppression du rapport puissance-acte s'opère au profit d'un monde plat, sans hiérarchie, dans lequel peuvent s'accumuler les formes, les individus, les décisions, sans que soit jamais pensée une Sagesse susceptible d'ordonner cette totalité, de lui donner d'être vers l'un. Cela explique que la disparition de l'ordre entre la loi naturelle et le droit naturel s'accompagne d'une disparition de la loi éternelle. Ce qui subsiste dans le vocabulaire de la scolastique tardive de la loi naturelle ou du droit naturel ce ne sont plus en vérité que les produits de décisions volontaires, c'est-à-dire du droit positif. Le droit naturel s'abolit lui-même dans un processus indéfini d'accumulation des textes. On se dirige donc vers un monde ou règne ce que Hegel nomme le mauvais infini, celui qui, comme l'enseigne Aristote est incompatible avec l'acte. On ne s'étonnera donc pas de ce que l'oubli de l'ordre de la nature opéré par Scot le conduise à remplacer l'ordre de la puissance à l'acte par une division de l'être en fini et infini. Sans doute ce changement décisif préserve-t-il encore chez Scot quelques rapports de causalité, mais il implique déjà en son principe un refus de la hiérarchie et la possibilité de combler par accumulation la distance entre les deux extrêmes désormais de même niveau. Pour

supprimer totalement la distance il suffira qu'Occam transpose à l'individu ce qui chez Scot restait au plan des formes.

On peut désormais penser l'entassement successif des lois naturelle, divine, ancienne, nouvelle, positive, et des droits sans qu'une loi ultime vienne les innerver de l'intérieur et les conformer à un ordre d'ensemble. Il est probable que ce soit Duns Scot qui ait mis en place cette matrice de la modernité dont la fécondité a largement débordé le droit. Néanmoins le droit est sans aucun doute l'un des domaines où ces pensées ont eu le plus d'influence. A l'inverse d'ailleurs il n'est pas difficile de déceler un grand nombre de textes de Scot, d'Occam, de Gerson, et évidemment de Suarez qui utilisent le modèle juridique pour bâtir les parties les plus spéculatives de leur théologie : notion de loi, d'état, de puissance, de dispense, chez Scot par exemple. Apparaît de la sorte un jeu de miroir qui explique que ces théologiens renvoient au législateur et au juriste une image déformée d'eux-mêmes.

D'une part les penseurs de la basse scolastique recourent à l'image du législateur ou du juriste pour instituer une nouvelle forme de transcendance. Celle-ci se caractérise par la possibilité donnée au créateur de modifier son œuvre par un contre-ordre. Dieu sera donc essentiellement un législateur susceptible de déployer des lois successives ou de poser des exceptions à des règles, voire de modifier ses propres règles. Autrement dit on peut sans doute déceler ici un abandon de la transcendance ontologique, de l'ordre du non-être vers l'être, et son remplacement par une transcendance morale : les ordres de la volonté. Dieu voit en tout cas sa Toute-puissance l'absorber complètement.

D'autre part la conjonction des droits individuels et de la puissance législatrice remplace le droit naturel. Les textes positifs finissent par recouvrir entièrement la nature de la cité, alors que le législateur, devenu à l'image de Dieu un potentat, exerce un pouvoir qui consiste à modifier ce qui était fixé ou réglé. Le législateur revêtu du masque doublement déformant de Dieu s'identifie si bien avec ce qu'il croit être son modèle qu'il parvient à tromper les moins perspicaces. Une telle confusion était sans doute nécessaire puisque la puissance se caractérise par son anonymat.

Pourtant notre expérience de juriste nous apprend que le législateur ne peut pas tout faire, et que nous ne cessons d'observer les choses. Il est alors possible de suggérer que la démarche juridique rendue à sa vérité peut enseigner à retrouver une authentique transcendance. Le regard que nous sommes conduits à porter sur la nature ordonnée pour mener à bien notre œuvre de prudence et de justice est capable de nous faire comprendre que cet ordre est fruit d'une sagesse dont la perfection attire. La nature nous conduit vers la loi éternelle.

Michel BASTIT,

*Maître de conférences
à la Faculté de droit de Rennes.*