



**Clio@Themis**

Revue électronique d'histoire du droit

20 | 2021

La nature comme norme

---

## Nature et « artificialité » du droit

**Natalino Irti**

Nader Hakim (éd.)

Traducteur : Anne-Marie Bertinotti



### Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1302>

DOI : 10.35562/cliiothemis.1302

ISSN : 2105-0929

### Éditeur

Association Clio et Themis

Ce document vous est fourni par Université de Bordeaux



### Référence électronique

Natalino Irti, « Nature et « artificialité » du droit », *Clio@Themis* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 13 avril 2021, consulté le 24 septembre 2024. URL : <http://journals.openedition.org/cliiothemis/1302> ;

DOI : <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.1302>

---

Ce document a été généré automatiquement le 16 février 2023.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-SA 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

---

# Nature et « artificialité » du droit

Natalino Irti

Nader Hakim (éd.)

Traduction : Anne-Marie Bertinotti

---

## NOTE DE L'ÉDITEUR

Traduction de l'article de Natalino Irti, « Natura e "artificialità" del diritto », *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 1-27.

## I. Présentation du texte par Nader Hakim

- <sup>1</sup> Natalino Irti a été professeur de droit civil dans les universités de Sassari, Parme, Turin puis, à partir de 1975, de Rome « La Sapienza ». Sa renommée est d'abord intimement liée à sa fonction professorale et notamment la publication d'un manuel de droit civil qui marque les juristes italiens depuis plus de trente ans<sup>1</sup>. Natalino Irti est toutefois également avocat et un acteur majeur de la vie publique italienne et du monde économique. Il est par ailleurs membre de l'Académie nationale des Lincei et président de l'Institut Italien pour les Études Historiques de Naples. Il est enfin, et surtout, un auteur dont les nombreux travaux portent non seulement sur le droit privé et la théorie générale du droit, mais également sur les rapports du droit à l'économie<sup>2</sup>, à la culture et à la philosophie, comme en témoignent ses livres sur le nihilisme<sup>3</sup> ou la technique<sup>4</sup> et ses dialogues avec le philosophe Emanuele Severino<sup>5</sup>. Son ouvrage relatif à la décodification à l'œuvre dans le droit dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, signe majeur de la transformation des systèmes juridiques occidentaux et de perte de centralisé des États et des codes issus des cultures libérales du XIX<sup>e</sup> siècle, a également retenu l'attention bien au-delà des juristes tant en Italie qu'en Europe et dans le monde<sup>6</sup>.
- <sup>2</sup> Or, c'est précisément tout l'intérêt de ce texte publié<sup>7</sup> en italien en 2013, présenté ici dans sa version française grâce à la traduction d'Anne-Marie Bertinotti, que de

proposer une lecture à la fois historique et théorique de la relation complexe entre droit et nature. Pour paraphraser Irti, il nous soumet ici des images de la nature qui, de la Grèce antique à nos jours, sont élaborées par les hommes, pour les hommes. C'est en effet en positiviste qu'Irti nous livre ses réflexions sur la nature et sur le droit ou plutôt sur la nature du « droit naturel » et sur la nature du « droit ». Si on peut remarquer qu'il s'agit somme toute de réflexions désabusées et un peu pessimistes sur l'incapacité de l'Occident à dépasser les apories de ses contradictions sur les questions de la nature et du droit (ou culture dirait Philippe Descola), il n'en demeure pas moins que l'auteur dresse un tableau saisissant et stimulant de la subjectivation tant du droit que de la nature dans la modernité européenne.

- 3 S'il prend le soin de revenir à grands traits sur la pensée grecque avant d'aborder la modernité juridique, c'est qu'il nous rappelle de bien distinguer entre les deux tendances profondes qui innervent la pensée juridique occidentale. Celle d'un jusnaturalisme qui fonde l'unité du monde sur une cosmogonie, un logos universel ou sur la création divine et celle d'un juspositivisme pour lequel, depuis au moins la sophistique grecque (elle-aussi), mais surtout depuis l'époque contemporaine, la relativité conduit au monisme du droit positif qui répond à l'absence de norme supérieure et au pluralisme des opinions et des subjectivités qui s'agitent dans la fabrique du droit. Or, l'un n'efface pas l'autre et on peut aisément constater que derrière une sorte d'évidence contemporaine d'une approche plus ou moins positiviste, se dissimule très mal un jusnaturalisme et un dualisme structurel.

- 4 Or, Irti montre clairement ce qui se joue dans ce dualisme, et spécialement dans la référence à la « nature », qui ne fait le plus souvent qu'office de paravent aux actes de foi et aux volontés. Comme il l'écrit :

Le droit naturel, par son développement historique et par la variété de ses doctrines, s'est toujours placé *en dehors et au-dessus* des normes positives : ce qui est, d'ailleurs, la seule façon de les regarder de l'extérieur, et de les déclarer vraies ou fausses, justes ou injustes, méritant l'obéissance ou provoquant la révolte (*infra*, n° 5).

- 5 Au cœur du dualisme classique se niche ainsi une métapositivité qui permet de prétendre à une objectivation, par le truchement de la nature, de la subjectivité. « Nous aimons attribuer à la nature nos espoirs et nos désirs » pour « les dépouiller de toute empreinte subjective et les pourvoir d'une objectivité incontestable »<sup>8</sup>, écrit-il dans un autre texte. Acte de foi parmi d'autres :

le langage de la nature, qu'on le représente d'une manière ou d'une autre, n'est jamais explicite et direct ; il a toujours besoin d'un sacerdoce qui l'interprète. Le dualisme entre le droit naturel et le droit positif se résout en un dualisme entre une caste qui interprète et une masse ignorante<sup>9</sup>.

- 6 Si la chose est bien connue, il n'en demeure pas moins que ce préalable éclaire les débats actuels. Car le désenchantement du monde ne détruit nullement le droit naturel et ses nombreux avatars. Sous différentes formes, la nature est sans cesse mobilisée pour dire à partir de ce qui est, ce qui doit être, pour juger ou guider le droit positif tout en prétendant à l'objectivité. La nature est ainsi le masque de celui qui veut sortir du débat politique pour normaliser la vie et les relations sociales à sa convenance ou selon les croyances et habitudes de son groupe social.
- 7 Irti attire ainsi notre attention non pas sur la vérité de telle ou telle option, même s'il ne dissimule pas ses propres choix, mais sur les tensions du droit occidental. L'important est qu'il montre plutôt les divergences et convergences sur le temps long

et pointe du doigt les différentes formes de normativités attribuées par l'homme, et lui seul, tant à la nature qu'au droit lorsqu'il se dit naturel, ou encore à la technique. Ce dernier point n'est qu'abordé dans le présent texte mais a fait l'objet de nombreux développements de la part de l'auteur par ailleurs<sup>10</sup>.

- 8 Ce qui frappe le lecteur est également cette idée d'artificialité commune à la nature, vue par la science, et au droit naturel classique vue par la philosophie ou encore au droit naturel moderne qui passe par le prisme du contractualisme et du subjectivisme. Tout devient artifice car l'Homme crée ici comme là le monde qu'il entend dominer. Ici ce texte de Natalino Irti entre parfaitement en résonance avec ce numéro consacré à la *Nature comme norme* car la question de la science et du droit, celle du discours sur la nature et sur l'Homme, sont encore et toujours des questions de domination et de pouvoir dans lesquels la normativité, sous toutes ses formes, n'est jamais absente. Ce faisant, il nous interroge sur l'opposition classique entre jusnaturalisme et positivisme en ce que l'un et l'autre peuvent être compris comme des artefacts ou, si l'on préfère, comme des « connaissances » de la nature produites et construites par les Hommes, pour les Hommes. Si ces « sciences » du droit reposent sur des épistémologies *a priori* toutes différentes, elles n'en sont pas moins toutes deux traversées par le rationalisme moderne et restent, nous dit-il, pleinement artificielles et non « naturelles ».
- 9 Pourtant l'Homme habite bel et bien un monde sublunaire que l'on peut nommer nature, nature physico-chimique, terre, ou encore « Terre-mère », peu importe. Ce qui compte est que très nombreux sont ceux qui parlent en son nom et se font les lecteurs de ses normes, lois causales ou principes supérieurs, voire système complet dictant tous les aspects de la vie individuelle et sociale. Ces normativités sont langages et pouvoirs et, presque toujours, il se trouve un groupe pour dire ce qui est et ce qui devrait être, presque toujours en usant d'un prêtre-nom dissimulant les opinions et les croyances.
- 10 Nommer les normes de la nature est un acte de volonté, y compris dans le geste scientifique. C'est sans doute cela que souhaite souligner ce texte en insistant sur le fait que tout cela est bel et bien un discours humain. Or, ce discours qui ne cesse de rouler depuis l'antiquité est tenu encore et toujours alors que la vie, sans dire un mot, sans discours de justification, s'obstine à créer, changer et innover, ignorant ces débats et ces combats des Hommes.

## II. « Nature et "artificialité" du droit », par Natalino Irti, traduction d'Anne-Marie Bertinotti, revue par Nader Hakim

- 11 Les deux mots, droit et nature qui apparaissent dans le sujet de ma conversation, suscitent des images différentes et éloignées.

Le droit indique les lois établies par l'homme : le droit « positif » est, précisément, l'ensemble des normes dictées par des hommes à d'autres hommes afin d'en régler la vie commune. La position d'une norme est un acte de volonté qui s'adresse à d'autres volontés, et intime le respect et l'obéissance. Si nous considérons une loi approuvée par le Parlement, c'est une image de volonté commandant d'autres volontés qui surgit immédiatement. C'est pourquoi les normes juridiques s'appellent également « impératives ».

Si le droit est le domaine du construit, de ce que la volonté de l'homme est capable de construire et de démolir, de placer et de dé-placer, la nature est, au contraire le domaine du donné.

Les montagnes, les fleuves et les plaines – bref, tout ce qui nous entoure mais qui ne dépend pas de nous, de notre volonté constructrice – est la nature. Le droit est un produit de l'homme ; la nature se produit par elle-même et pour elle-même. Nous la trouvons dans sa provenance du passé, et nous la laissons dans sa destination au futur.

Le droit – comme le disait Giambattista Vico – appartient au « monde civil », qui « bien sûr, a été fait par des hommes, où l'on peut car on le doit, y retrouver les principes à l'intérieur des modifications de notre esprit humain lui-même ». La nature appartient au monde naturel, « où Dieu seul en a la science car c'est lui qui le fit »<sup>11</sup>. Mais si le monde humain et le monde naturel sont ainsi, l'un devant ou contre l'autre, alors pourquoi unir droit et nature dans notre sujet.

Commençons par observer que le mot loi revient, et il est dominant, dans les deux mondes. On parle de lois juridiques et de lois naturelles, c'est-à-dire de propositions qui énoncent des événements réguliers. Comme les lois naturelles enregistrent la répétition uniforme et constante des phénomènes (où l'un arrive nécessairement après l'autre), ainsi les lois juridiques décriraient, elles aussi, la séquence rigide de deux faits : si tu tues, alors tu subiras une certaine peine, si tu causes un dommage, alors tu seras obligé de le réparer ; et ainsi de suite. Aussi bien dans les unes que dans les autres l'idée d'un devoir être agit, l'idée de quelque chose qui, dans des circonstances déterminées et précises, doit arriver. La loi lie les événements de la nature ; la loi lie les actions des hommes.

Nous ne pouvons pas toutefois nous limiter à cette observation à caractère logique, et dire seulement que les lois juridiques et les lois naturelles répondent au même schéma « si A alors B ». Le caractère commun du mot « loi » demande une explication plus approfondie. L'identité du mot renvoie, ou peut renvoyer, à un principe supérieur, qui est au-delà des deux espèces de lois et domine le droit et la nature. Puisque les lois servent à instaurer ou manifester l'ordre, que ce soit l'ordre des hommes ou l'ordre des choses, il est naturel de se consacrer à un principe universel d'ordre, auquel le monde civil et le monde naturel sont soumis. Ainsi le dualisme et l'antithèse se convertiraient en unité ; et les deux espèces de lois, les lois juridiques et les lois naturelles, se situeraient à l'intérieur d'un Tout, d'une loi cosmique unique et supérieure.

- 12 Cette unité du Tout, unité du *kósmos* qui embrasse et génère l'ordre du droit et l'ordre de la nature, fut pensée par la Grèce antique avec un style et un discours sublimes et inégalés. *Dike* supporte l'ordre universel. *Dike*, mot intraduisible, exprime la mesure, la limite, la garantie de la loi cosmique contre toute tentative de séparation, de détachement, de non-respect. *Dike*, fille de Zeus et de Thémis, règle le cours des saisons et le cours des événements de l'homme ; *Dike* évoque Antigone, dans la tragédie sophocléenne, contre le décret de Créon : « *Dike* d'où proviennent les lois non écrites et inébranlables des dieux. En effet, elles ne sont ni d'aujourd'hui ni d'hier mais elles sont toujours vivantes, et personne ne sait depuis quand elles sont apparues »<sup>12</sup>. Ce ne sont pas des lois de nature mais des lois établies par la divinité. Un grand spécialiste de Sophocle le remarque bien : « Il n'existe pas ici de droit contre droit, d'idée contre idée mais plutôt le divin comme quelque chose qui comprend tout, avec lequel l'enfant sait être en harmonie, opposé à l'homme qui est limité, aveugle, coupé de lui-même, déformé et falsifié en lui-même »<sup>13</sup>.

N'étant ni philosophe ni historien de la philosophie, je me permets de soumettre à notre attention trois fragments d'Héraclite, du fier et « obscur » Héraclite. Le premier dit : « Cet ordre universel, qui est le même pour tous, personne, parmi les dieux ou parmi les hommes ne le fit, mais il a toujours été, il est et il sera un feu toujours vivant, qui s'allume et s'éteint selon la juste mesure » ; le deuxième dit : « Hélios, en effet, ne dépassera pas ses mesures ; car, sinon, les Érinyes, au service de *Dike*, le retrouveraient » ; le dernier dit : « Il faut que ceux qui parlent en utilisant l'esprit se fondent sur ce qui est commun à tous, comme la cité sur la loi, et de façon encore plus solide. Toutes les lois humaines, en effet, se nourrissent de la seule loi divine : étant donné qu'elle domine autant qu'elle veut et suffit pour toutes les choses et plus encore »<sup>14</sup>.

Dans cet ordre cosmique, jamais né ni jamais créé, se situent les lois humaines et les lois naturelles, et le droit y trouve sa propre *vérité* et son immutabilité. Le cosmos en lui-même est une vérité visible. De nombreux « lieux d'auteurs, où les concepts de vérité et de droit apparaissent côte à côte » ont été recueillis et étudiés<sup>15</sup>. *Dike* et *alètheia*, justice et vérité, se rencontrent sur le même chemin. Certes, chaque cité grecque a son propre droit, mais ce *nómos* n'est pas quelque chose d'accidentel et d'arbitraire, de variable et caduque. Le *nómos* était « l'expression d'une conscience d'éternité »<sup>16</sup>, où la volonté des anciens et la volonté des dieux se retrouvaient et coïncidaient.

Dans l'antiquité grecque, *nómos* et *physis*, *nómos* et *Dike*, ne sont ni séparés ni divisés, mais ils manifestent tous *la profonde unité de l'univers*, obéissant, dans le cours des astres comme dans l'histoire des hommes, à la même loi. Physique, éthique et droit sont soumis à des lois communes et universelles. Personne ne s'interroge sur le fondement et la validité de ces lois : « les lois, morales et juridiques, sont ce qu'elles sont, une fois pour toujours, l'individu ne doit rien faire d'autre qu'obéir »<sup>17</sup> : « Là où l'autorité et la tradition exercent une domination incontestée, les seules normes qui apparaissent naturelles sont les normes en vigueur, ou, pour être plus exact, leur rapport avec la nature ne constitue en aucune façon un objet de doute, ni même de discussion »<sup>18</sup>.

Il est significatif qu'Ernst Cassirer, exilé de l'Allemagne nazie, reconstruisant en 1941 le développement de la pensée grecque autour de *Lógos*, *Dike* et *Kósmos*, ne peut s'empêcher d'exprimer une certaine anxiété pour l'avenir, sur lequel « pèse une menace très dure quand on est dans l'impossibilité de resserrer à nouveau le lien entre vérité et droit, entre *lógos* et *díke*, de la même façon que les Grecs ont fait en premier dans l'histoire de l'humanité »<sup>19</sup>.

- 13 L'unité, pensée par les Grecs, est l'unité du *Kósmos* gouverné par *Dike*, où l'ordre du droit et l'ordre de l'être obéissent à un même principe supérieur : ce n'est ni le naturalisme des choses ni le volontarisme des lois humaines, mais un Tout qui les comprend et les guide. De tout temps, la philosophie essaiera de réunir le droit et la nature, un *principe unifiant* sera toujours nécessaire, capable de dominer le monde des hommes et le monde des choses, qui, dans leur isolement et leur éloignement doivent être, pour ainsi dire, transcendés.

La rupture de l'ancienne unité arrive avec la Sophistique du v<sup>e</sup> siècle avant J.-C. ; un chapitre décisif et incomparable dans l'histoire du droit, à tel point qu'un spécialiste italien, Marcello Gigante, dans son livre splendide *Nomos Basileus*<sup>20</sup>, a été amené à écrire : « le fondement théorique de la doctrine générale du droit au xx<sup>e</sup> siècle résume le moment spéculatif de la Sophistique grecque du v<sup>e</sup> siècle ». Puisque la doctrine générale du droit au xx<sup>e</sup> siècle – et, ajouterais-je, au xxi<sup>e</sup> siècle – est la doctrine du droit

positif, c'est-à-dire de normes faites par les hommes, séparées et opposées à la nature et arrachées d'un ordre cosmique, la Sophistique grecque se révèle être d'une importance essentielle. Le juriste d'aujourd'hui – ou, au moins, le juriste à orientation normativiste – raisonne, dans les principes et dans la méthode, comme ses lointains ancêtres du V<sup>e</sup> siècle avant J.C.

C'est à ce moment-là que l'antithèse de *nómos* et *physis*, de *convention* et de *nature*, d'opinion et de vérité se détermina. Comme elles ne sont plus enserrées dans le monde cosmique, les lois humaines et les lois naturelles se séparent et s'éloignent : les premières peuvent toujours être accusées de s'écarter des secondes, de les violer et de les transgresser. Cette antithèse fait apparaître deux profils : que le *nómos*, justement parce qu'il est fait par des hommes à travers des conventions, est *artificiel* et *in-naturel* ; que – comme le proclame Protagoras – « l'homme est la mesure de toutes les choses : de celles qui sont pour ce qu'elles sont, de celles qui ne sont pas, pour ce qu'elles ne sont pas ». L'homme reste uniquement sur lui-même et en retire tout de lui-même : « En ce qui concerne les dieux – ce sont encore les mots de Protagoras – je n'ai pas la possibilité de vérifier ni qu'ils existent, ni qu'ils n'existent pas, opposant à ceci beaucoup de choses : l'obscurité du sujet et la brièveté de la vie humaine »<sup>21</sup>.

- 14 Une fois disparu l'ordre cosmique, la subjectivité fait irruption dans le monde, elle établit les *nómoi*, elle interprète la nature, elle entraîne des discordances et des conflits. L'irruption de la subjectivité, de l'individu avec son identité, centre de connaissance et d'action, mesure de l'être et du non être, a une importance historique et philosophique qui ne craint pas la confrontation avec les autres événements de l'histoire de l'homme. « Ainsi l'homme remplace la nature comme centre de spéculation. Sous différents aspects, un humanisme, au sens large, succède au naturalisme de la philosophie antérieure »<sup>22</sup>.

L'homme et la nature, l'opinion et la vérité, sont divisés et opposés, et voilà que naît l'idée d'un droit *naturel*, c'est-à-dire un droit tiré de la *physis*, et mis devant et contre le droit positif. Puisqu'il n'existe plus de principe au-dessus, on en retire de la nature les raisons du désaccord à l'égard du droit positif. Ce droit peut être contrarié, et il se présentera ainsi au cours des siècles, et sur le propre terrain de la volonté humaine, opposant volonté à volonté, ou invoquant contre lui un autre principe, différent de la volonté et supérieur aux luttes des mortels. Quand nous parlons d'une loi positive « in-juste », nous prenons un critère capable de qualifier une loi comme « in-juste » : maintenant ce critère peut être donné par la volonté de changement de l'homme, volonté d'une autre loi positive (et en naît l'antithèse entre *jus conditum* et *jus condendum*) ; ou d'une source différente de la volonté de l'homme, et ainsi de la nature où nous trouverons le principe supérieur et jugeant. On ne peut pas juger une loi, sinon sur la base d'un critère : aucune loi n'est « in-juste » en soi ; elles peuvent toutes être jugées grâce à la confrontation avec une autre loi, qu'elle soit désirée et promue par la volonté de l'homme ou dictée par une puissance différente (comme, justement par la nature).

Toutefois la nature, la *physis* dressée contre le *nómos*, doit être interprétée. L'interprétation de la nature est confiée à l'homme et elle n'est pas établie une fois pour toutes, si bien que, dans le domaine même de la Sophistique grecque, tandis qu'Hippias d'Elis perçoit dans la nature l'impératif d'une société des hommes concorde et pacifique, Calliclès en dégage la règle de la domination des plus forts sur les plus faibles. Si Hippias, selon les mots que lui a attribués Platon (*Protagoras*, 337d), peut dire :

« Vous tous ici présents, je vous considère comme parents, confrères et concitoyens selon la nature, non selon les lois » ; Calliclès considère comme « loi naturelle » la domination que le plus fort exerce sur le plus faible. Et ainsi au subjectivisme d'opinions et de conventions, qui accompagnent et déterminent la position des *nomoi* correspond le *subjectivisme interprétatif de la nature*. Les préceptes de *physis* passent eux aussi à travers la médiation interprétative de l'homme. La nature peut être interprétée dans un sens révolutionnaire ou dans un sens conservateur, pour changer les choses ou pour les garder comme elles sont : elle aussi se règle dans la pluralité des interprétations.

Les théories du droit naturel, d'un droit issu de la nature, et ainsi éternel et commun à tous les hommes, se heurteront toujours à cette difficulté insurmontable : la nature aussi doit donc être interprétée, si bien que certains déclareront droit naturel la propriété privée, d'autres la propriété collective ; certains y trouveront l'institution de la monogamie, d'autres de la polygamie ; certains y chercheront une preuve d'égalité, d'autres d'inégalité ; et ainsi de suite. Cette *interprétabilité* de la nature n'échappa pas au génie de Giacomo Leopardi qui, dans un passage du *Zibaldone* (3420), écrit : « L'opinion des Grecs, des philosophes comme des principaux philosophes, sur ce qui est juste et ce qui est injuste cru d'une façon chez les Grecs, d'une autre chez les barbares, n'est pas accidentelle mais naturelle ; comme sur la supposée infériorité de nature de ceux-ci à ceux-là ; et comme sur le supposé droit *naturel* chez les Grecs de commander tous les pays, incapables, comme si, par nature ils étaient incapables de se gouverner eux-mêmes et d'acquérir les facultés opportunes (...) Opinion renouvelée chez les espagnols, etc., comme chez les américains indigènes, les noirs, etc., etc. »<sup>23</sup>. L'objectivité prétendue de la nature finit par se dissiper dans le subjectivisme le plus arbitraire.

- 15 Nous n'allons pas reconstruire un chapitre de l'histoire de la philosophie, mais nous allons plutôt entrer au cœur même du droit moderne.

Les *nomoi*, ces lois faites par l'homme pour les hommes, sont, depuis la Sophistique grecque, *relativisés*, c'est-à-dire qu'ils sont réduits ou rétrogradés de l'absolu au relatif. À l'être éternel de *Dike* succède le devenir historique des *nomoi*. Aucune norme n'est nécessaire ni absolue, mais chacune d'entre elles a son pour et son contraire, ses raisons de consentement et de divergence. Les *nomoi*, arrachés à l'ordre cosmique, tombent sous l'emprise toute entière de la volonté de l'homme qui peut les tirer du néant ou les rejeter dans le néant. À Athènes au V<sup>e</sup> siècle, de nombreux et soudains changements des constitutions et des normes enlevaient au droit « l'ancre d'une valeur inconditionnée, incontestable, mais par ailleurs ils habitaient le citoyen de la république démocratique, par le biais des votes et des délibérations, à réfléchir sur les fondements et la validité de la loi politique, qui devenait ainsi un sujet de discussion ; ainsi le citoyen la jugeait, la dépassait »<sup>24</sup>. Étant donné que le droit de la cité naît désormais de la convention, c'est-à-dire d'un rapport entre la volonté des hommes, le citoyen peut approuver ou désapprouver la loi en vigueur, et – comme le fait remarquer de manière perspicace Windelband –, « en la jugeant, il la dépasse ». La loi positive, qui n'est plus protégée par la loi cosmique, est jugée par l'homme, et dépassée par sa volonté, celle-ci, libérée de tous liens religieux et métaphysiques, a la puissance de la faire et de la défaire, de l'instituer ou de la destituer.

Ce n'est pas un hasard si le plus grand théoricien du droit du XX<sup>e</sup> siècle, Hans Kelsen, professe un franc relativisme, et nie que l'homme, qui n'a pas l'audace de se proclamer fils de Dieu, soit capable de répondre à la question de Pilates : *quid est veritas* ? Le droit

s'est dissocié de la vérité, et soulève seulement un problème de *validité*, c'est-à-dire de conformité aux formes et aux procédures d'un système donné. Tout – comme le signalait Marcello Gigante – se trouve déjà dans la Sophistique grecque du <sup>v</sup><sup>e</sup> siècle.

La science moderne ne se demande pas si une norme positive respecte un principe naturel, si elle s'en écarte et s'en détourne, mais seulement si elle a été élaborée selon les modalités et les procédures d'un système donné. Le critère de validité prend la place du critère de vérité ou de justice. La validité exprime l'existence d'une norme comme norme d'un système donné. Le contrôle de la validité s'effectue à travers d'autres normes (par exemple, les normes constitutionnelles, qui règlent la production des normes législatives), et en restant toujours à l'intérieur du système. Le contrôle de la vérité ou de la justice implique une *sortie du système*, et l'accession à un critère supérieur : supérieur car précisément extérieur. Le droit naturel, par son développement historique et par la variété de ses doctrines, s'est toujours placé *en dehors et au-dessus* des normes positives : ce qui est, d'ailleurs, la seule façon de les regarder de l'extérieur, et de les déclarer vraies ou fausses, justes ou injustes, méritant l'obéissance ou provoquant la révolte.

Les époques ou les saisons de renaissance du droit naturel déterminent une rupture du système, une ouverture à un critère extérieur. Si je reste à l'intérieur du système, je peux le protéger ou le contester, le défendre ou l'agresser uniquement par ma volonté ; si je sors à l'extérieur, je peux utiliser un critère de jugement, qui domine toutes les volontés et dure éternellement dans le temps. Puisque les lois positives sont incontestables dans leur réalité historique, on assiste à l'opposition entre réel et rationnel ou naturel, entre être et devoir être. L'idée de droit naturel détermine toujours un clivage, et il est impossible de ne pas la lier à un dualisme intrinsèque et déchirant : la loi qui *existe* et la loi qui *devrait exister*.

Le clivage et le dualisme appartiennent à l'histoire de l'homme, et rien ne se ferait de nouveau et de différent si les individus n'étaient pas bousculés et poussés par une « cause » quelconque, par une raison de divergence ou d'insatisfaction par rapport à ce qui est. Le fait est que, là où l'idée de droit naturel apparaît, le droit se brise en deux : en un monde et un sur-monde, en quelque chose d'inférieur et quelque chose de supérieur. C'est seulement de cette façon que le monde des lois humaines semble *jugable*. Il ne s'agit pas de vouloir ou de ne pas vouloir une certaine loi, mais de la savoir conforme à un principe supérieur ou divergente. La critique du droit naturel dépasse le dualisme, ou, si l'on préfère, elle le fait à l'intérieur du monde des hommes, qui est le seul monde où nos volontés ressentent la joie de la victoire ou l'amertume de la défaite.

- 16 En mentionnant rapidement la Grèce antique, nous avons mis l'accent sur les deux manières de la pensée de l'homme, deux conceptions du rapport au droit et à la nature, que nous retrouverons aux siècles suivants, et qui se représente toujours lorsque l'on doit choisir entre le caractère absolu de l'unité et le relativisme de chaque volonté. Les théories mixtes et éclectiques, qui ont essayé et qui essaient encore aujourd'hui, de concilier unité et pluralité, naturalisme et volontarisme, sont dignes d'éloges pour le développement des droits individuels et la croissance des libertés mais laissent une trace ténue dans l'histoire de la pensée. Cette alternative est irréfutable et inéluctable.

Les grandes conceptions, qui composent les lois humaines et les lois naturelles dans la synthèse de l'unité, offrirent le Stoïcisme et la philosophie de Thomas d'Aquin. La Stoa (nous sommes autour de 300 avant J.C.) unit, dans une analyse raffinée des situations intérieures, les vertus de chacun et l'empire d'un *lógos* supérieur. « Dans la pensée

stoïcienne, la *cosmopolis* universelle remplace la *pólis*, seule et limitée ; cette *cosmopolis* a, elle aussi, besoin d'un *nómos* qui la maintient ensemble. Désormais, ce *nómos* n'est pas une institution humaine : c'est la justice immanente reliée au régime du *lógos* divin, c'est le droit naturel – ce furent les Stoïciens qui ont formulé ainsi pour la première fois le concept – qui relie tous les hommes de la terre de la même manière ». Cette phrase de Max Pohlenz<sup>25</sup>, grand spécialiste de la Stoa, en résume la pensée : « souffle cosmopolite, qui se répand de la *pólis* antique à l'humanité toute entière, et ne connaît plus d'hommes libres ni d'esclaves, de citoyens grecs ni d'étrangers ; dépassement du relativisme sophistique et retour à une loi universelle, d'où, comme pour Héraclite, dépendent le monde des hommes et le cours des événements naturels ; devoir de chaque individu de conformer à celle-ci la conduite de sa vie ». Comme on peut le voir, ce sont ces idées, une fois introduites chez les juristes romains et transmises aux siècles suivants, qui parviendront au droit naturel moderne et fonderont la doctrine des droits inaliénables de l'homme<sup>26</sup>. *Nómos* et *physis*, divisés et opposés par la Sophistique, se réunissent et coïncident.

L'impératif stoïcien de se conformer à la nature, garantie par le *lógos* universel, se transfigure et se systématise dans la pensée de Thomas d'Aquin. La cosmogonie trouve son fondement dans la théologie. Ici l'homme est inséré dans une hiérarchie universelle des existences, et l'ordre de la nature et des hommes obéit à une détermination divine. La vérité, dont l'Église est dépositaire et gardienne, soutient le monde humain ; ainsi le droit recommence à s'inscrire dans une cosmogonie, c'est-à-dire dans une conception totale de l'univers. Thomas d'Aquin distingue trois ordres : *lex aeterna*, qui est la raison divine même, régulatrice suprême du monde ; *lex naturalis*, au sein de laquelle la loi éternelle fait de l'intellect humain une partie d'elle-même (« *lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura* ») ; et enfin la *lex humana*, fruit de la volonté de l'homme. Cette dernière est reconduite à l'intérieur d'un ordre cosmique, gouvernée, non plus par la grecque *Dike*, mais par la sagesse divine. La loi n'est pas la loi parce qu'elle est voulue par l'homme mais parce qu'elle est placée dans cette hiérarchie universelle, où l'on descend du divin vers l'homme. L'on comprend ainsi les mots de Thomas d'Aquin à propos de la loi humaine, qui, en s'opposant à la loi naturelle, « non erit lex, sed legis corruptio ».

Il n'y a plus de trace de l'antithèse, qui est aussi l'autonomie réciproque, de *nómos* et *physis*, puisque le droit et la nature se retrouvent à l'intérieur de l'ordre divin ; et la loi humaine, qui s'en écarte, n'est plus une loi, mais la rupture et la dissolution de la loi.

- 17 Nous avons vu s'ouvrir deux chemins : dans la haute pensée grecque, *Dike* gouverne le cosmos, et ni le cours quotidien du soleil ni les lois des hommes ne peuvent en transgresser les limites ; le moralisme raffiné des Stoïciens rétablit l'unité des hommes et des choses dans le *lógos* universel ; Thomas d'Aquin systématise le droit et la nature dans l'édifice grandiose de la philosophie médiévale. Ceci est le chemin de l'unité, et même mieux pourrait-on dire, de l'unité garantie et protégée d'en haut. Quand Piero Piovani, explorateur subtil et perspicace des questions philosophiques auxquelles nous avons fait allusion, indique, parmi les caractéristiques essentielles et constantes du droit naturel, la vision d'une « naturalité » qui veut dépasser soi-même et « se surnaturer »<sup>27</sup>, il saisit justement ce besoin de garantie supérieure d'unité. Ce n'est pas la nature qui prend et consomme en soi le droit, ou l'exprime et le manifeste, mais ils sont tous les deux gouvernés par un principe suprême : la *Dike* grecque, le *lógos* des Stoïciens, le Dieu chrétien.

Ensuite, il existe un autre chemin, le chemin *dualiste*, ouvert par la Sophistique du ve siècle et parvenu aux théories modernes du droit. C'est antithèse de *nómos* et *physis* : d'un côté, les lois placées par les hommes par convention ou pacte social ; de l'autre la nature, où certains voient égalité et concordance, d'autres y voient oppression et domination des forts sur les faibles. La subjectivité fait irruption : les opinions et les discours argumentatifs qui accompagnent la position des *nómoi* sont subjectifs ; et les interprétations de la nature, sont, elles aussi subjectives.

- 18 Quand l'unité médiévale, à la fois philosophique et politique, fut brisée, de multiples États européens se formèrent, chaque souverain a trouvé sa place dans son propre territoire, ni au-dessus ni en dessous mais à côté des autres ; quand, donc, l'ordre horizontal de la modernité<sup>28</sup> succède à l'ordre pyramidal du Moyen-âge, le droit naturel eut la nécessité de se construire sur des bases différentes. L'individualité des hommes et des États trouva l'instrument du *contrat* : l'accord, évidemment, ne descend pas du haut, ce n'est pas une loi divine ni un principe de l'ordre cosmique, mais *une entente entre sujets*. Les individus – je dis bien : les « individus », sujets singuliers et séparés – stipulent un contrat, et sortent ainsi de l'état primitif, que ce soit un état pacifique ou un état sauvage, de la lutte de tous contre tous. « Dans l'histoire de notre problème – comme nous pouvons l'observer avec Cassirer – ce fait marque un grand pas décisif. En effet, si nous adoptons ce critère, si nous réduisons l'ordre légal et social aux actes individuels libres, à une soumission volontaire contractuelle des gouvernés, tout mystère a disparu »<sup>29</sup>. Le mystère sur le principe de l'État et du droit a disparu, principe qui ne doit plus être recherché en dehors de l'homme, dans le ciel ou dans la nature, puisqu'il réside dans l'accord des volontés individuelles.

Le jusnaturalisme, désormais privé de ses soutiens dominants et unificateurs, devient un *contractualisme laïc*, avec une variété, historiquement dense et admirable, de contrats d'association, de sujétion, de domination, et ainsi de suite. Le droit, qui n'a plus de lien avec les principes cosmologiques ou religieux, trouve sa légitimité dans le « pouvoir associatif de l'homme »<sup>30</sup>, c'est-à-dire ce pouvoir contractuel où les individus, en s'unissant entre eux et en fondant des États, sortent de leur condition naturelle. Le concept même de nature se transforme ainsi ; il n'indique plus désormais la *physis* grecque, mais la *condition originelle de l'homme*, d'où il sort pour défendre la paix ou la sécurité de sa vie ou parce qu'il a peur des autres ; en sortant, il s'en remet à un pouvoir qu'il a lui-même institué. Ce n'est plus la nature en tant que monde qui se trouve devant ou contre les hommes, mais c'est la nature en tant qu'état originel, d'où les hommes sortent avec la stipulation d'un contrat social. Le contractualisme porte en lui l'image de la nature, mais comme d'une *phase de la vie de l'humanité*, antérieure au contrat et à la constitution des autorités sociales. L'expression « droit naturel » prend ainsi un sens différent : ce n'est plus un droit extrait de la nature, mais un droit en vigueur dans l'état originel de l'humanité (et c'est aussi autour de ce sujet que les différences d'interprétation se répèteront : il s'agit d'un état de guerre sauvage ou d'un état de paix et de liberté).

Si nous retournons aux deux chemins que nous avons décrits ci-dessus, le contractualisme nous apparaît comme une manière de construire l'unité sur la pluralité : l'unité du contrat social sur la pluralité des individus. Ce n'est pas une unité cosmologique ou religieuse, mais une unité politico-juridique d'un contrat. L'idée de contrat porte en lui le caractère de *l'artificialité* : cela semble un paradoxe que les théories du droit naturel, pour défendre ou appliquer la « naturalité », emploient un

instrument typique de l'artificialité. Toutefois, ce n'est pas un paradoxe, puisque les hommes, libérés à présent de toutes les garanties transcendantes de totalité, doivent construire de leurs propres mains, et donc « artificiellement », les institutions terrestres de l'unité. Le contrat est un instrument variable et précaire : il peut être dissous, modifié ou violé. Tandis que le droit naturel repose sur des fondations cosmologiques ou théologiques (le *lógos* des Stoïciens ou le Dieu chrétien de Thomas d'Aquin), le contractualisme moderne a un caractère laïc et séculier, et compte sur le lien fragile du contrat qui tient et a une valeur seulement s'il est protégé par un garant.

- 19 Le caractère d'artificialité ne doit pas être mal interprété ou considéré comme dépréciatif : artificiel ne veut pas dire fictif ou imaginaire, mais ce que l'homme fait à l'aide de son art, c'est-à-dire à l'aide de son patrimoine industriel de savoirs et d'habilités, qu'il a possédé au fil du temps. L'artificialité est donc aussi la volonté des individus de se rencontrer de manière active, de stipuler des contrats et d'en prévoir les garanties.

Cette « confiance imprudente » en l'État, comme l'appelle Piovani<sup>31</sup> de manière perspicace et subtile, était toutefois nécessaire. Les hommes qui sortent de leur condition originelle et par conséquent concluent un accord, ont besoin d'un garant : les contrats, qu'ils soient individuels ou sociaux ne reposent pas sur eux-mêmes mais sur quelque chose ou sur quelqu'un qui les protègent et en assurent la conformité. Les doctrines du droit naturel, anciennes et nouvelles, d'hier et d'aujourd'hui sont aussi les doctrines de l'État ; et elles ne peuvent pas ne pas l'être, justement parce que si, d'un côté, les exigences de liberté originelles et « naturelles » s'élèvent contre l'État, de l'autre elles demandent à ce même État protection et garantie. Le droit naturel, fondé sur le contrat, s'en remet à la volonté de l'État.

Quand les exigences « naturelles » de l'individu deviennent, ou demandent à devenir, des « droits » – et ainsi naissent les droits du citoyen, les droits de l'homme, et les autres catégories, multiples et variées –, nous ne nous rendons pas compte que nous appelons le pouvoir de la loi, qui est toujours le pouvoir d'une force d'exécution et de garantie. Ici, toutes les naïvetés du naturalisme humanitaire tombent, ce dernier se heurte, dans ce réalisme avéré, aux droits individuels et aux garanties spécifiques.

- 20 Il existe, dans le jusnaturalisme moderne, comme un drame intérieur, qui correspond aux deux chemins dont nous avons parlé. Si le droit se défait de ces principes religieux ou théologiques, et se réduit à la volonté de l'homme de s'associer et de coexister, non seulement l'exigence d'un garant apparaît mais aussi plane le risque que l'État s'élève de créature à créateur ; si, au contraire, ces principes restent bloqués, alors l'acte de foi arrive avant, et se situe au-dessus de la volonté normative. On sacrifie la laïcité juridique à l'exigence de l'unité.

L'œuvre du Hollandais Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625) à propos de ce drame intérieur, est exemplaire ; dans son œuvre, la vocation juridique profonde et très élevée semble osciller entre l'objectivisme et le subjectivisme, entre la foi en Dieu et la rationalité de la nature humaine. Ainsi, si d'une part sa célèbre affirmation (*Prolegomena*, § 11) assure que le droit naturel « subsisterait d'une certaine façon également, même si nous admettions, ce qui ne peut se faire sans un blasphème très grave, que Dieu n'existe pas ou qu'il ne s'occupe pas de l'humanité » ; d'autre part, ce grand théoricien prend soin de distinguer un *jus necessarium*, établi pour toujours par Dieu, et un *jus voluntarium*, mis, pour la précision, par la volonté de l'homme<sup>32</sup>. Grotius, qui fut aussi l'auteur d'un essai, *De veritate*, plie et subordonne le volontarisme des lois

humaines à la vérité divine. Une nouvelle fois, l'âme laïque du juriste se retrouve coincée entre l'absolu de la vérité (qui est Dieu ou raison ou nature universelle de l'homme) et le relativisme des volontés.

- 21 Nous avons parcouru, ou mieux nous avons jeté un regard éphémère et craintif sur des siècles de philosophie du droit ; et nous avons observé comment les lois humaines, le *jus voluntarium* de Grotius, se sont libérées, au fur et à mesure, des liens religieux et théologiques. Le droit n'est plus un droit *invariable* mais, par excellence, un droit *variable* en fonction des passions, des intérêts et des idéaux de ceux qui ont la force de l'établir. C'est vraiment le droit positif, c'est-à-dire que la volonté de l'homme a placé et qui l'obtient de lui-même – uniquement et toujours.

Et qu'en est-il, pendant ce temps, de la nature ?

La nature n'est plus la même non plus. La pensée moderne – dans sa destruction des invariants, qu'Emanuele Severino a décrit dans une analyse poussée et lucide – la pensée moderne, disais-je, plonge le droit dans la subjectivité humaine aussi bien qu'elle poursuit l'objectivité immobile de la nature. Cette dernière n'est plus devant nous avec la nécessité péremptoire de nous adapter à elle, avec l'arrogance des choses qui ne naissent ni ne meurent, mais c'est un objet de pensée, jusqu'à devenir un objet de réflexion.

Ce n'est pas le lieu ici, et je n'en aurais pas les compétences, pour tracer et reconstruire le procédé de subjectivisation de la nature, son passage d'une réalité donnée à une réalité construite, son devenir intrinsèque à la pensée et à l'action de l'homme. Des pages du grand physicien Werner Heisenberg recueillent, sans égal, le sens de ce chemin.

Heisenberg, qui en 1927 (à vingt-six ans) avait énoncé le célèbre « principe d'indétermination », perçut le lien profond entre la physique et la philosophie, entre la science et le développement de la pensée moderne. Ce n'est pas la nature qui avance des exigences à l'homme mais c'est l'homme qui pose des questions à la nature : « Ce n'est pas tant – écrit Heisenberg – qu'on s'intéressait à la nature telle qu'elle est, mais plutôt qu'on se demandait ce qu'on pouvait en faire »<sup>33</sup>. La méthode, avec laquelle l'homme observe la nature et la considère comme utilisable ou non utilisable, n'est pas une procédure extérieure à l'objet mais qui oriente et détermine l'objet. L'acte de l'observation rend conforme le phénomène observé. Ernst Cassirer expliquera ainsi le principe de Heisenberg : « L'objet, d'une certaine façon, nous montre un “visage” différent en fonction des conditions dans lesquelles ont lieu l'observation [...] Qu'est-ce que la “chose” au sens absolu, en dehors des circonstances d'observation réalisables dans les différentes séries d'expérimentations, est une question qui ne reçoit plus aucune réponse »<sup>34</sup>. D'ailleurs, comment pourrions-nous concevoir, nous, les hommes, une nature indépendante du regard humain ? Il y a déjà notre regard lorsqu'on la conçoit ou lorsqu'on l'imagine. Parler de la nature sans la présence de l'homme est toujours un propos de la part de l'homme<sup>35</sup>. Dans cette splendide conférence qui s'est tenue à Munich en 1953, Heisenberg arrivera à dire : « Dans la science de la nature aussi, l'objet de la recherche n'est plus la nature en soi, mais la nature exposée à la manière humaine de poser la question ; pour cette raison, l'homme rencontre à nouveau, dans ce cas-là également, seulement lui-même »<sup>36</sup>.

Affirmer que l'homme rencontre seulement et toujours lui-même signifie réduire la nature à une construction, dont les lignes dépendent des questions posées, des instruments de recherche, c'est-à-dire de la pensée et de l'action de l'homme. Cela signifie définir la nature dans la conscience humaine, où elle trouve son propre sens :

identifier le monde et le monde humain. L'unité du monde est l'unité de l'homme. Et ainsi Heisenberg conclut : « S'il est possible de parler d'une image de la nature propre à la science exacte de la nature de notre temps, il ne s'agit plus d'une image de la nature mais d'une image de nos relations avec la nature »<sup>37</sup>. Le lien entre la pensée moderne et les sciences naturelles est significatif de l'intime, et aux alentours des années 1920, un grand philosophe italien, Giovanni Gentile, écrit : « Aujourd'hui les sciences se sont réveillées : et pour une autocritique, où la philosophie s'est introduite, elles savent que l'objet qu'elles étudient est toujours, en quelque sorte, une création de la pensée, car il correspond toujours à un point de vue et ceci est en définitif un problème, qui ne peut pas être résolu sinon dans la mesure où celui qui le résout se l'est soumis »<sup>38</sup>.

Nous avons vu la subjectivation du *nómos* ; nous assistons maintenant à la subjectivation de la *physis*. Et l'on pourrait dire aussi historicisation de la nature : l'acte et les techniques de l'observation sont des événements historiques, si bien que l'image de la nature, définie (comme le dit Heisenberg) dans « l'image de nos relations avec la nature », entre légitimement dans l'histoire même de l'homme<sup>39</sup>. L'antithèse de Vico entre l'histoire et la nature connaît son déclin – ou mieux cette antithèse prend un autre contenu et un autre sens – car l'image de la nature partage l'historicité de l'acte descriptif, et s'accomplit et change avec lui.

- 22 Les hommes décrivent et observent la nature pour s'en servir, pour en retirer tout ce qu'elle peut leur offrir. La capacité de se servir de la nature, d'utiliser les choses pour un objectif défini, est ce que nous appelons la *technique*. Le mot a désormais perdu la coloration artisanale, le sens d'une quelconque habileté et compétence pratique, et indique plutôt une *volonté de domination* qui ne connaît ni obstacle ni confins. L'homme en est resté presque effrayé, comme devant une volonté qui ne lui appartient plus, mais qui le traverse et le pousse. Il en découla de nombreux débats en Allemagne sur la culture et la technique, ainsi que la fleuraison dans toute l'Europe des philosophies de la technique et des philosophies de la crise.

La formule ou l'expression « désenchantement du monde » employée par Max Weber en 1919 est devenue un lieu commun. L'enchantement métaphysique, religieux, théologique est désormais brisé ; le monde est gouverné par la rationalité de la technique, par la destruction et la production ininterrompue des marchandises, par des savoirs utiles et fonctionnels. La nature « désenchantée », c'est-à-dire sans divinité ni démons, se tourne vers la technique : la planète se transforme, pour reprendre les mots de Jaspers, « en un immense atelier destiné à exploiter ses matières premières et son énergie ».

Le corps de l'homme appartient aussi à la nature, la vie et la mort des individus. Tandis qu'autrefois il « arrivait » de vivre et de mourir, les événements étant entourés du mystère de la magie ou de la religion, aujourd'hui la technique les découvre comme des faits reproductibles. Longtemps, au cours des siècles, l'homme est apparu comme un « être sans nature »<sup>40</sup>, un être pensant qui est en dehors de la nature. Or les neurosciences, les recherches biologiques, les reconstructions génétiques ont déterminé la découverte du corps et ont conduit la vie et la mort dans la sphère dominatrice de la technique. La volonté de l'homme s'est emparée du corps qui n'est plus *donné* mais *construit* ; il n'est plus *trouvé* mais *placé*. Un petit classique de la philosophie stoïcienne, le *Manuel* d'Epictète, s'ouvre sur la distinction entre « les choses qui dépendent de nous et celles qui n'en dépendent pas ». Le corps humain trouve sa place parmi ces choses-là qui, – comme l'exprime Angelo Poliziano dans un très élégant latin – *nostra opera non sunt*. La technique a brisé la rigidité de l'antithèse, et a réduit le

corps à *nostrum opus*, à quelque chose que l'homme peut faire et produire. Le corps prend ainsi le visage de la technique.

- 23 Nous devons nous détacher de ces analyses et de ces descriptions, et revenir au fil de notre discours. Si le droit, libéré de ses liens métaphysiques et religieux, de toute cosmogonie et de toute théologie, s'en est entièrement remis à la volonté de l'homme, de son côté, la nature est, pour ainsi dire, devenue *in-naturelle*. Le droit ne trouve plus devant lui la nature comme objectivité, qui est depuis toujours et pour toujours, mais la nature construite par la technique. Si nous regardons bien, le droit et la nature se rejoignent dans l'*artificialité*, où ce mot – comme nous l'avons clarifié ci-dessus – désigne l'action technique de l'homme. Ils se rejoignent, non pas dans l'ordre cosmique de *Dike* ou d'un *lógos* ou d'un Dieu, mais dans le « désenchantement du monde ». La formule de « droit naturel » semble perdre tout son sens, puisque le droit et la nature sont également *in-naturels*. Il faudrait s'arrêter un long moment sur la description de l'*artificialité*, qui est au centre de notre sujet et de bien d'autres sujets essentiels. On ne peut pas dire que ce qui artificiel n'est pas naturel ni authentique, ce n'est pas ce qui imite ou remplace le « naturel », mais c'est plutôt, sincèrement et clairement, ce que l'homme fait de lui-même, avec ses propres instruments et son propre travail. L'idée de la réalité en tant que produit et non pas en tant que donnée dont il faut tenir compte trouva toute son importance dans la philosophie de Marx ; en effet, le plus subtil des exégètes italiens parla d'un « terrain artificiel » que l'homme a construit avec les instruments de la technique et les formes du procédé productif<sup>41</sup>. Le droit ainsi que la nature n'échappent pas à l'*artificialité*, puisqu'ils reçoivent tous les deux la forme de l'action de l'homme et de l'exercice de la technique.

Le vieux rapport entre le droit et la nature se convertit en un nouveau rapport entre le droit et la technique. Le droit ne trouve plus devant lui la nature objective et immobile, mais le visage de la nature que la technique a dessiné, c'est-à-dire – comme l'affirme Heisenberg – « nos relations avec la nature ». La volonté de puissance, c'est la technique, qui étend sa domination au monde et poursuit indéfiniment des objectifs ; la volonté de puissance, c'est le droit, qui interdit ou ordonne, et il commande aux hommes d'agir ou de ne pas agir. Le droit aussi poursuit des objectifs : ces objectifs vers lesquels les passions politiques, les fois religieuses et les intérêts économiques, tour à tour, le poussent et le définissent.

Emanuele Severino attribue à la technique une *normativité intrinsèque*, une capacité à se plier à toute forme de volonté, à toute règle de conduite. Le droit, comme toute forme de volonté ou d'énergie humaine, ne serait pas capable de résister, d'empêcher la domination inévitable de la technique qui peut atteindre des objectifs indéfinis. L'unité du monde – qui n'est plus confiée à la *Dike* grecque ou au *lógos* stoïque ou au Dieu chrétien – serait établie sous le signe de *téchne*. Toutefois, la technique aussi est pour le droit une *matière susceptible de règlement*, une force que la force des lois trouve devant elle, et essaie de refréner ou d'orienter. Comment ce qui est réglé peut devenir la règle de soi-même et se dicter sa propre norme ? La technique semble s'élever vers un nouvel ordre cosmique, vers un nouveau principe d'unité, où se retrouvent tout aussi bien le droit que la nature. Cette revendication est, pour ainsi dire, *interne au monde de l'artificialité*, puisque le droit moderne, comme la nature, appartient au règne des hommes, et à bien des égards, il est lui aussi technique. Le conflit ou le consensus, la désapprobation ou l'approbation se fait, toujours et seulement, entre deux formes de volontés.

Le hasard nous invite à citer l'exemple d'une découverte biologique qui permet le clonage de l'homme, ou je ne sais quel mélange ou greffe entre espèces végétales et espèces animales ; et bien le droit, qui traite cette découverte comme matière de sa propre discipline, peut l'autoriser ou l'interdire, il peut ainsi déclarer son application légitime ou illégitime. Il n'existe rien ici d'absolu ou de nécessaire, mais seulement ce que la *volonté politico-juridique*, sous les formes propres d'un système donné, a décidé dans un sens ou dans un autre. Quand je parle de volonté politico-juridique, je me réfère à des positions idéologiques, des fois religieuses ou des intérêts économiques, qui poussent à préférer une solution plutôt qu'une autre, et donc à l'autoriser ou l'interdire. Et quand je parle de formes propres d'un système donné, je me réfère aux procédures où dans un certain système – qu'il soit démocratique, tyrannique ou mixte – les lois sont délibérées et émanées. Si les lois choisissent d'interdire, un conflit s'ouvrira entre droit et technique, entre technique normative et technique biologique, et il y aura un conflit entre les forces de la volonté de l'homme, qui, uniquement sur ce terrain trouvera sa solution dans la victoire de l'une et l'échec de l'autre. *La technique biologique ne peut pas extraire, de soi et en soi, sa propre règle* mais elle peut la recevoir d'une autre volonté, qui se révèle, tour à tour, plus faible ou plus forte.

La Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 offre, pour ainsi dire, la preuve historique du rapport entre droit et technique, entre règle et réglé. Le titre de la Convention est significatif en lui-même : *Convention Européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain en ce qui concerne les applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine)*. On peut lire dans le préambule que les États signataires sont « conscients des développements rapides de la biologie et de la médecine » et, « conscients des actions qui pourraient mettre en danger la dignité de l'homme causé par un usage inapproprié de la biologie et de la médecine ». Voilà ainsi tracé le conflit entre le droit et la biomédecine : les normes juridiques, qui émanent des États européens, adoptent, comme matière de discipline, certaines « applications » de la technique. Le conflit n'est plus entre naturel et artificiel, entre humain et inhumain, mais entre deux formes de volontés, ou, si l'on préfère, *entre deux volontés d'objectifs* : les objectifs poursuivis par la volonté politico-juridique et les objectifs que la biomédecine vise.

- 24 Il existe un lien téléologique, un lien de finalité dans le droit comme dans la technique. On ne peut concevoir les normes juridiques et les applications techniques sans une finalité précise. Toutefois, il n'existe aucun juge des finalités poursuivies, ni aucune instance supérieure qui les approuve ou les désapprouve. Le déclin de l'ordre cosmique est le déclin de cette unique loi, qui, selon la sentence ancienne d'Héraclite, « domine autant qu'elle veut et suffit à toutes les choses et plus encore » (cf. *supra*). Si les hommes, après de cruels guerres et d'atroces exterminations, invoque à nouveau le droit naturel, et bien celui-ci ne s'appuie désormais que sur notre volonté. Cette dernière entrera en conflit avec d'autres volontés, et ignorera si elle gagnera ou si elle cèdera.

Trop souvent le retour du droit naturel qui se présente sous l'apparence de valeurs éternelles ou d'exigences humanitaires semble dispenser les hommes d'exercer cette volonté individuelle. Si les garanties sont pérennes et universelles, notre volonté ne peut pratiquement rien. Cette dernière cependant se réveille zélée et impétueuse, alerte et lucide, quand la conscience du déclin survient et le monde lui apparaît désenchanté, et le destin – quel qu'il soit – s'en remet aux choix de la volonté individuelle. La « valeur » vaut si nous le voulons, et dans la mesure où notre énergie la

renforce et la soutient ; cela n'est plus valable si notre volonté devient modérée et faible, ou si elle l'abandonne pour toujours.

Ces considérations nous inciteraient-elles à mépriser les droits de l'homme, proclamés dans toutes les constitutions ? Nous inciteraient-elles aussi à nous moquer, en les considérant comme illusoire ou rhétoriques, les batailles faites en faveur de la défense de la dignité et de la liberté individuelle ? Certainement pas, mais rappelons que ces droits sont des droits, et ceci est la liberté et la dignité de chaque individu, parce que nous, ou beaucoup ou certains d'entre nous les ressentons et les voulons ainsi. La volonté de l'homme devant laquelle s'ouvrent de multiples possibilités et des chemins discordants, les choisit et les soutient. Les Chartes constitutionnelles, d'Italie, d'Europe, de l'O.N.U., sont, elles aussi, des *positions de la volonté de l'homme* : ce sont ces volontés-là, qui ont surmonté et battu d'autres volontés, que les Chartes ont approuvé, défendent et en assurent la conformité. Tout se déroule à l'intérieur de la volonté de l'homme, où des forces multiples et variées s'agitent, et chacune poursuit ses propres objectifs : si la technique exprime une capacité indéfinie de domination, le droit – dans lequel se rassemblent les idéologies, les politiques, les fois religieuses et les intérêts économiques – se place devant elle, et, au cas par cas, l'autorise ou l'interdit, la soutient ou la retient. Nous n'avons besoin d'aucune « nature » dans cet accord ou désaccord, mais nous tirons tout de l'intérieur, de nos convictions, de notre volonté de préférer une solution plutôt qu'une autre. Si d'un côté la négation du droit naturel nous laisse seul et sans défense (c'est l'aride solitude de l'homme qui n'est plus garanti et protégé dans un ordre cosmique), de l'autre elle restitue tout le pouvoir à notre volonté et exalte la responsabilité de nos choix.

---

## NOTES

1. *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, CEDAM, 1973 (nombreuses rééditions ultérieures).
2. Sur ce point, voir notamment N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Rome-Bari, Laterza, 1998 (dernière édition 2009), ouvrage dans lequel il s'oppose à la vision libérale et naturalisante du marché. En français, on peut consulter à ce sujet *Dialogues sur le nihilisme juridique*, Rome, Historia et Ius, 2020, notamment les articles de Riccardo Guastini et de Xavier Prévost.
3. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004 ; N. Irti, *Le nihilisme juridique*, traduction et présentation par N. Hakim, P. Alvazzi del Frate, G. Ferri et A.-M. Bertinotti, Dalloz, Rivages du droit, 2017.
4. N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Naples, Editoriale Scientifica, 2007.
5. Voir notamment E. Severino et N. Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
6. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milan, Giuffrè, 4<sup>e</sup> éd., 1999 (édition originale 1979). Notons que cette œuvre est largement diffusée et traduite. Voir par exemple Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, Barcelone, trad. J. M. Bosch, 1992 (2<sup>e</sup> éd., 2005).

7. Publication originale : N. Irti, « Natura e “artificialità” del diritto », *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 1-27.
8. N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, chapitre XIV, n° 2.
9. *Ibid.*, chapitre XIV, n° 4.
10. Voir surtout ses ouvrages N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, *op. cit.*, et N. Irti et E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, *op. cit.*
11. G. Vico, *Scienza Nuova*, libro primo, III, *De' principî*.
12. Dans la traduction de R. Cantarella, *Tragici greci. Eschilo Sofocle Euripide*, Milan, 1977, p. 305.
13. K. Reinhardt, *Sofocle*, 1933, trad. it., Gênes, 1989, p. 93.
14. Dans la traduction dirigée par G. Giannantoni, *I presocratici. Testimonianza e frammenti*, I, 4<sup>e</sup> éd., Rome-Bari, 1990, p. 202, 216, 219.
15. E. Cassirer, « Logos, Dike, Kosmos nello sviluppo della filosofia greca », *Da Talete a Platone*, 1941, trad. it., Rome-Bari, 1992, p. 183-184.
16. V. Ehrenberg, *Lo stato dei Greci*, 1967, trad. it., Florence, 1980, p. 144.
17. W. Windelband, *Storia della filosofia*, 1919, I, trad. it., Florence, 1955, p. 90.
18. T. Gomperz, *Pensatori greci. Storia della filosofia antica*, 1896, I, trad. it., 3<sup>e</sup> éd., Florence, 1950, p. 190.
19. E. Cassirer, *Logos, Dike, Kosmos...*, *op. cit.*, p. 187.
20. Naples, 1993, p. 15.
21. Toujours dans la traduction dirigée par G. Giannantoni, *I presocratici*, II, Rome-Bari, 1990, p. 891 et p. 894.
22. L. Robin, *Storia del pensiero greco*, 1923, trad. it., Milan, 1962, p. 236.
23. G. Leopardi, *Pensieri di varia filosofia e di bella letteratura*, V, Florence, 1906, p. 376-377. Pour l'interprétation controversée de *physis*, voir en particulier E. Dodds, *I greci e l'irrazionale*, 1951, trad. it., Florence, 2003, p. 232 et s.
24. W. Windelband, *Storia della filosofia*, I, *op. cit.*, p. 91.
25. M. Polhenz, *La Stoa*, 1948, I, trad. it., Florence, 1967, p. 269.
26. *Ivi*, II, trad. it., Florence 1967, p. 410-411.
27. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961, p. 72-73.
28. *Ivi*, *op. cit.*, p. 101.
29. E. Cassirer, *Il mito della Stato*, 1945, trad. it., Milan, 1950, p. 256.
30. O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, 1880, trad. it., Torino, 1943, p. 215.
31. P. Piovani, *Giurisnaturalismo ed etica moderna*, *op. cit.*, p. 124.
32. A. Corsano, *Ugo Grozio*, Bari, 1948, p. 252 et s.
33. W. Heisenberg, *Fisica e filosofia*, 1958, trad. it., Milan, 1961, p. 193.
34. E. Cassirer, *Determinismo e indeterminismo nella fisica moderna*, 1937, trad. it., Florence, 1971, p. 280-281.
35. Emanuele Severino a écrit, avec une grande concision : « Il ne peut pas y avoir d'expérience humaine de ce qui existe lorsque l'homme n'existe pas ; et ainsi l'affirmation que la réalité est indépendante de l'homme finit par être une simple foi ou

cette forme de foi qui est le degré le plus élevé de “probabilité” » (E. Severino, « Nuovo realismo, vecchio dibattito... », *Corriere della Sera*, 31 août 2011, p. 40).

36. W. Heisenberg, « L'immagine della natura nella fisica contemporanea », 1953, *Le arti nell'età della tecnica*, trad. it., Milan, 2001, p. 37.

37. Ivi, *op. cit.*, p. 39-40.

38. G. Gentile, *Introduzione alla filosofia*, 1933, 2<sup>e</sup> éd., Florence, 1952, p. 62.

39. Pour ce profil, cf. spéc. L. Geymonat, *Lineamenti di filosofia della scienza*, Milan, 1985, p. 120 et s.

40. C. A. Viano, *La filosofia italiana del Novecento*, Bologne, 2006, p. 109.

41. A. Labriola, « Del materialismo storico. Delucidazione preliminare », 1896, *La concezione materialistica della storia*, 5<sup>e</sup> éd., Bari, 1953, p. 152.

---

## RÉSUMÉS

L'histoire de la pensée juridique est caractérisée par une perpétuelle tension entre droit naturel et positivisme. Or, la longue histoire des idées juridiques permet d'interroger le rapport des juristes à la « Nature » et spécialement de revenir sur des épistémologies juridiques qui peuvent être considérées comme reposant sur des artefacts qui dissimulent mal le rôle de la volonté des Hommes.

The history of legal thought is characterized by a perpetual tension between natural law and positivism. However, the long history of legal ideas allows us to question the relationship of jurists to "Nature" and especially to return to legal epistemologies that can be considered as founded on artifacts that badly conceal the role of the will of Men.

## INDEX

**Keywords** : nature, history of legal thought, history of legal philosophy, natural law, legal positivism

**Mots-clés** : nature, histoire de la pensée juridique, histoire de la philosophie du droit, droit naturel, positivisme juridique

## AUTEURS

NATALINO IRTI

Sapienza Università di Roma

EDITEURSCIENTIFIQUE\_DESCRIPTION

NADER HAKIM (ÉD.)

Université de Bordeaux, Institut de recherche Montesquieu

TRADUCTEUR\_DESCRIPTION

ANNE-MARIE BERTINOTTI (TRADUCTION)

Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”