



HAL
open science

Analyse juridique des concepts droits naturels et droits positifs

Odette Michée Wandji Njinkoué

► **To cite this version:**

Odette Michée Wandji Njinkoué. Analyse juridique des concepts droits naturels et droits positifs. 2021. hal-03402970

HAL Id: hal-03402970

<https://hal.science/hal-03402970>

Preprint submitted on 26 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Thème : Analyse juridique des concepts droits naturels et droits positifs

RÉSUMÉ

Le droit naturel est un ensemble des droits que chaque être humain possède du fait de sa nature d'être humain, et cela en dehors de toute institution. C'est un droit qui se veut absolu. Il émane d'une nature humaine et non des conventions humaines. L'Homme possède des droits à titre naturels, du fait d'une existence de sa personne. D'après les philosophes, le droit naturel ou jusnaturalisme se subdivise en droit naturel classique qui se fonde sur la nature des choses et en droit naturel moderne qui est l'œuvre de la raison. Le droit naturel classique est celui d'Aristote, Saint-Thomas-d'Aquin, Stammler et Geny. Selon Cicéron, il existe une loi qui vient de Dieu. En ce qui concerne le droit naturel moderne, c'est celui de Grotius et Samuel Von Pufendorf. Quant au concept droit positif, il s'applique en tenant compte des règles législatives et de l'état de la jurisprudence. Il désigne l'ensemble des règles d'une société donnée, créée et appliquée par les Hommes. Il s'appuie sur des normes, et a une valeur juridique. Il s'applique dans le temps et dans l'espace. Les règles du droit positif découlent d'un choix, d'une culture. Celles du droit naturel proviennent de la nature humaine. Le droit naturel est critiqué par le positivisme juridique et sociologique. Le positivisme juridique selon Hans Kelsen et Carré de Malberg tient beaucoup plus au respect des procédures, à la norme juridique pour établir la validité d'une règle juridique. Selon lui, le droit est l'invention d'une activité humaine ; le droit positif est le vrai droit. Cependant, le positivisme sociologique, s'intéresse au contenu des procédures pour voir s'il correspond aux valeurs dominantes de la société, afin de valider la règle juridique. Il réfute la conception métaphysique du droit. Selon cette approche, le seul droit qui existe, c'est le droit positif. Mais, la justification et l'application du droit positif peuvent parfois aboutir à un conflit avec le droit naturel./.

MOTS CLÉS : Droit naturel classique, Droit naturel moderne, Droit positif, Positivisme juridique, Positivisme sociologique.

Theme: Legal analysis of the concepts of natural rights and positive rights

SUMMARY

Natural law is a set of rights that every human being possesses by virtue of his or her nature as a human being, and this outside of any institution. It is a right that is absolute. It emanates from a human nature and not from human conventions. Man possesses natural rights by virtue of the existence of his person. According to the philosophers, natural law or jusnaturalism is subdivided into classical natural law which is based on the nature of things and modern natural law which is the work of reason. The classical natural law is that of Aristote, Saint-Thomas-d'Aquin, Stammler and Geny. According to Ciceron, there is a law that comes from God. As for modern natural law, it is the work of Grotius and Samuel Von Pufendorf. As for the concept of positive law, it is a law that is applied by considering the legislative rules and the state of jurisprudence. It designates the set of rules of a given society, created and applied by men. It is based on standards and has a legal value. It applies in time and space. The rules of positive law are the result of a choice, of a culture. Those of natural law come from human nature. Natural law is criticized by legal and sociological positivism. Legal positivism, according to Hans Kelsen and Carré de Malberg, depends much more on respect for procedures, on the legal standard to establish the validity of a legal rule. From this point of view, law is the invention of a human activity. According to legal positivism, positive law is real law. Sociological positivism, on the other hand, is interested in the content of procedures to see if it corresponds to the dominant values of society, to validate the legal rule. It refutes the metaphysical conception of law. According to them, the only law that exists is positive law. The justification and application of positive law can sometimes lead to a conflict with natural law.

KEYWORDS : Classical natural law, Modern natural law, Positive law, Legal positivism, Sociological positivism.

PLAN

Introduction

I. Les théories du droit naturel ou jusnaturalisme.

A. Le droit naturel classique : fondement sur la nature des choses.

1. Aristote (384-322 avant J.C) et Saint-Thomas-d'Aquin (1225-1274)
 - a. L'immutabilité des grands principes naturels chez Aristote
 - b. Loi naturelle : expression de la volonté divine chez Saint-Thomas

2. Stammler et Géný (1861-1959).
 - a. Doute de l'existence d'immutabilité chez Stammler
 - b. Maintien de l'universalité et l'immutabilité du droit naturel chez Geny

B. Le droit naturel moderne : L'œuvre de la raison.

1. Grotius.
 - a. Le droit naturel est immuable, mais fondé sur la raison
 - b. Dédution du droit naturel par les lois naturelles de l'individu

2. Samuel Von Pufendorf (1632-1694)
 - a. Laïcisation du droit naturel
 - b. La sociabilité du droit naturel.

3. Thomas Hobbes, John Locke et Rousseau
 - a. La théorie du contrat social chez Thomas Hobbes (1588-1679)
 - b. Libéralisme politique chez John Locke (1632-1704)
 - c. La théorie du contrat social chez Rousseau (1712-1778)

II. Principe du droit positif et conflit entre le droit naturel et le droit positif

A. Justification du principe du droit positif et domaine d'application

1. Justification du principe
2. Application dans le temps et dans l'espace

B. Conflit droit naturel et droit positif

1. Critique du droit naturel par le positivisme juridique
2. Critique du droit naturel par le positivisme sociologique

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le concept droit naturel est un droit qui se veut absolu. Il émane d'une nature humaine et non des conventions humaines. L'Homme possède des droits à titre naturel, du fait même de l'existence de sa personne. Sur le plan historique, le droit naturel semble être né d'une lutte contre le droit positif¹.

Le droit ou une chose juste se divise dès l'antiquité en *ius ou iustum naturel*, notamment le droit naturel et *yue ou iustum positivum* comme droit positif. Le premier découle d'une nature, le second résulte d'un accord et d'une volonté des hommes².

La définition du droit naturel est pertinente, difficile et ancienne. Michel Villey³ nous précise qu'il existe plusieurs sens différents du concept droit naturel. Sa première formulation est celle de l'école de Salamanque. Ensuite, les théoriciens du contrat social tels que Hobbes⁴, Locke⁵, Rousseau, ont pris la relève. Ce concept de droit naturel remonte d'abord dans l'*Antigone* de Sophocle (495-406 avant Jésus Christ), ensuite des philosophes grecs, notamment Aristote. Il existe un droit naturel classique et un droit naturel moderne d'après les philosophes.

Le droit naturel classique est celui d'Aristote, Saint-Thomas-d'Aquin, Stammler et Geny. Selon Cicéron, il existe une loi qui vient de Dieu.

En ce qui concerne le droit naturel moderne, c'est l'œuvre de Grotius et Samuel Von Pufendorf. Ils rejettent l'idée d'Aristote d'une société naturelle. Ils se retournent vers Hobbes, dans l'état de nature l'individu est libre et peut faire ce qui lui plaît. Pour les classiques, le droit peut changer, puisqu'il dépend de la société. Pour les modernes, le droit se fonde sur la raison et sur la nature de l'homme.

Le droit positif selon Hans Hel Keller découle d'une source positive ou volontariste ; c'est le reflet d'une lutte des puissances politiques et sociales ; c'est un droit imposé⁶, constitué par l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État ou dans la communauté internationale, à un moment donné, quelle que soit leur source. Il est un droit et il existe réellement⁷.

¹K.E.L. KELLER Hans, *Droit naturel et droit positif en droit international public*, Thèse soutenue à la faculté de droit de Bordeaux, juillet 1931, 94p, p.28.

²HERVADA Javier, *Introduction critique au droit naturel*, Bordeaux : éditions Bière, 1991, 185 p, p.73.

³VILLEY Michel, TERRE François, *Philosophie du droit : définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Paris : Dalloz, 2001, 339 p.

⁴*Id.*, pp.105-109

⁵*Ibid.*, pp.110-112

⁶K.E.L. KELLER Hans, *Droit naturel et droit positif en droit international public*, *op. Cit*, 94 p, p.6.

⁷GUILLIEN Raymond, VINCENT jean, GUINCHARD Serge (dir), *Lexique des termes juridiques*, Paris : Dalloz, 2005, 662 p, p.246.

Christian Atias précise que le droit positif est un droit posé, reconnu et consacré. C'est un droit juste, celui qui doit s'appliquer, se respecter, s'observer et s'étudier⁸.

Pourtant certains auteurs soulignent qu'il relève de l'arbitraire de chaque être humain⁹.

Hans Kelsen, fondateur de la théorie du pur droit, de l'école normativisme, refuse le *jusnaturalisme*. Pourtant, la philosophie du *jusnaturaliste* est le fondement des droits de l'homme sur la nature humaine.

Pour mieux nous éclairer, il sera judicieux de parcourir les théories du droit naturel ou *jusnaturalisme (I)*, le principe du droit positif et conflit entre le droit naturel et le droit positif **(II)**.

I. Les théories du droit naturel ou *jusnaturalisme*.

La méditation sur le concept droit naturel relève d'une philosophie, de l'antiquité à nos jours. Devant la loi de l'univers, tous les hommes sont égaux selon la théorie du droit naturel ou *jusnaturalisme*. Le jusnaturalisme est une doctrine du droit naturel que nous pouvons aussi appeler doctrine idéaliste.

Le droit naturel est idéal¹⁰. Il est conçu des caractères physiques et psychiques fondamentaux d'un être humain¹¹. Il se construit progressivement de lentes évolutions de la civilisation, sous l'empire d'une raison, à la lumière d'expériences vécues sur le temps et l'espace¹².

Le droit naturel ou *jusnaturalism* se subdivise en droit naturel classique qui se fonde sur la nature des choses **(A)** et le droit naturel moderne qui est l'œuvre de la raison **(B)**.

A. Le droit naturel classique : fondement sur la nature des choses.

Aristote, Saint-Thomas-d'Aquin **(I)**, Stammler et Geny **(2)** sont des théoriciens du droit naturel classique.

⁸ ATIAS Christian, « *Quelle positivité ? Quelle notion du droit ?* », in AMSELEK P., AUG2 G., BATIFFOL H., *Archives de philosophie du droit, Tom 27. « Sources » du droit*, Paris : éditions Sirey, publiées avec le concours du C.NR.S 1982, 536 p, pp.209-233.

⁹NIORT Jean-François, VANNIER Guillaume, *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris : L'Harmattan, 1994, 175 p, p.14.

¹⁰ <https://ledroitcriminel.fr> ; philosophes et moraliste

¹¹Id

¹²*Ibid.*

1. Aristote (384-322 avant J.C) et Saint-Thomas-d'Aquin (1225-1274)

Aristote est un observateur, un praticien. Il a observé les différents régimes politiques de son temps, les différentes constitutions et a relevé des principes généraux. D'après cet auteur, malgré la diversité des régimes, des constitutions, des règles universelles existent.

Aristote est un disciple de Platon et il réagit aussi contre lui. Selon Platon les choses ne sont que le reflet des archétypes que l'on trouve dans le monde des idées. D'après Aristote, cette recherche des archétypes est un outil qui va permettre de classer des choses. Selon Aristote, la réalité des choses est celle qui se trouve ici-bas.

Si la réalité des choses se trouve ici-bas, le droit naturel confère-t-il à l'être humain féminin des droits spécifiques ? La spécificité de la femme relève-t-elle d'une nature ?

Selon Aristote, l'infériorité de la femme provient de la nature.

Jean Rostand nous explique que d'après Aristote, la femme, dépourvue d'une semence, n'est qu'un mâle imparfait. Sa nature mâle est supérieure à elle, préférable qu'elle, plus céleste. Alors, comme il était mieux que le supérieur fût, détacher du moins bon, il en devait découler qu'un mâle fût différent d'une femelle en tout lieu où une distinction était plausible. Pareille est, pour Aristote, la cause profonde d'une séparation des sexes¹³.

En Grèce, la femme était un être inférieur à l'homme. Dans leur système des valeurs traditionnelles, la naissance d'une fille était une disgrâce¹⁴. Elle était silencieuse. Cependant, la signalisation d'une naissance de garçon s'annonçait au village par des coups de feu¹⁵. D'après eux, naître fille est un dénigrement. La fille s'appelait muette dans certaines régions¹⁶. Même la rationalisation faite par Aristote n'a pas une justification scientifique. Les stoïciens ont exclu les femmes concernant les droits naturels.

Michel Erlich souligne qu'après d'Aristote, par exemple *de la génération des animaux*, I, 19, une femme est impuissante, cela signifie qu'elle n'a qu'un rôle secondaire dans le processus d'une reproduction. Sa semence, le flux menstruel n'est qu'un sperme non préparé ; par ailleurs, un enfant également inapte à une procréation a un style féminin, une femme s'apparente elle-même à un homme stérile¹⁷.

Saint-Thomas-d'Aquin ne reprend pas la thèse égalitaire d'Averroès. Cette opinion s'oppose au traitement inégal des sexes considérant qu'abaisser le rôle des sexes féminins à une

¹³ ROSTAND Jean, *Maternité et biologie*, Paris : Gallimard, 1966, 179 p, pp. 28-29.

¹⁴ VARIKAS Eleni, *La révolte des dames, genèse d'une conscience féministe dans la Grèce au XIXe siècle (1833-1908)*, Thèse de doctorat en histoire et civilisation, soutenue en février 1986, à l'Université de Paris VII, p.28.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ ERLICH Michel, AUGÉ Marc (Préf), *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, Paris : l'Harmattan, 1986, 321 p, p.271.

procréation et les écarter d'une société est mauvais pour une évolution économique d'une société et il provoque une pauvreté¹⁸.

Il s'est penché sur la conception misogyne d'Aristote qui estime qu'une femme est un mâle absent. Une femme existe simplement comme une négation d'elle-même, par exemple un désir d'être un homme. Son existence personnelle est une sorte de l'étrangeté d'une nature¹⁹.

Cependant, Platon a exclu la tradition misogyne grecque.

Il réapparaît dans plusieurs points de la doctrine de Platon des déclarations selon lesquelles les sexes féminins ont des tendances portées aux activités inférieures ou ont des qualités pareilles que les sexes masculins, mais moins affirmés²⁰. On peut croire qu'il s'agit des dérivations dues à une nature. Une loi est utile pour les arrêter et montrer une capacité fondamentale d'une femme égale à celle des hommes²¹.

Aristote se fonde sur l'immutabilité des grands principes naturels (*a*) ; et Saint Thomas d'Aquin se tourne plutôt vers la loi naturelle comme expression de la volonté divine (*b*).

a. L'immutabilité des grands principes naturels chez Aristote.

Le droit naturel est un droit universel, fondé sur l'immutabilité de la nature. Le droit naturel constate une existence de droits appartenant originellement et exclusivement à l'être humain. Ils sont en liaison avec la nature²².

Pour Aristote, l'homme est un être social par nature. Il est un animal social et politique. La société existe par nature. Elle est naturelle. Selon lui, le droit naturel est objectif²³. Il considère réellement qu'une nature, une œuvre du créateur, respecte à un ordre rationnel. Il doit exister

¹⁸ Chronique Onu, le magazine des Nations Unies, « *Les droits des femmes comme droits humains.* »

¹⁹ ERLICH Michel, AUGÉ Marc (Préf), *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, Paris : l'Harmattan, 1986, 321 p, p.272.

²⁰ COLLIN française, PISIER Evelyne, VARIKAS Eleni, *Les femmes, de Platon à Derrida. Anthologie critique*, Paris : Plon, 2000, 828 p, pp. 31-32.

²¹*Id.*

²²CHEVALLIER-GOVERS Constance, « *Le droit naturel et la protection internationale des droits de l'Homme* », in MATHIEU Martial, CARBASSE Jean-Marie, *Droit naturel et droits de l'Homme*, Actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009, Grenoble : PUF, 2001, 382 p, pp.335-357.

²³ MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, Paris : PUF, 2007, 278 p, p. 30.

un accord entre une loi et une nature²⁴. Selon l'auteur, il existe une différence entre justice naturelle et justice légale. Un seul terme définit le juste et le légal : *dikaion*²⁵ et *jus*.

Saint-Thomas-d'Aquin développe à nouveau la continuité de l'idée d'Aristote et révisé la loi naturelle.

b. Loi naturelle : expression de la volonté divine chez Saint-Thomas-d'Aquin.

Selon Saint-Thomas d'Aquin, les règles inscrites dans la nature sont une volonté de Dieu. Pour les chrétiens, c'est Dieu qui a créé la nature. Dieu a créé l'Homme, l'a doté de raison pour lui permettre de découvrir ses principes. D'après lui, le droit des hommes vient de la raison divine. Il précise que, le fondement du droit résulte de la raison ; mais il existe des degrés dans l'échelle mystique rationnelle. Au sommet, une loi éternelle, la *lex aeterna* manifeste un esprit divin présent dans l'intelligence mondiale²⁶. Saint-Thomas place une loi naturelle, la *lex naturalis* à un degré inférieur abordable à l'Homme par un exercice d'une raison spéculative, marquée par un point de rencontre entre une raison divine et une liberté logique²⁷. *La lex humana* concorde à une œuvre d'une raison humaine établissant les règles pratiques d'une vie individuelle et sociale. Elle constitue proprement dit un droit positif²⁸. Chez Saint Thomas d'Aquin, la conception du droit se caractérise par l'essentialiste et la prudentielle²⁹. Est-ce la même chose chez Stammler et Geny ?

2. Stammler et Gény (1861-1959).

Stammler doute de l'existence d'immutabilité (a) du droit naturel, alors que Geny maintient le caractère universel et immuable du droit naturel (b). Selon François Gény, « *l'urgence est de réhabiliter le juridique en le dotant d'une méthode qui puisse être reconnue aussi rigoureuse que celle des sciences de la nature* »³⁰.

²⁴ *Id.*, p. 30

²⁵ VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris : PUF, Collection dirigée par Blandine BARRET-KRIEGEL, 1983, 169 p, p.47.

²⁶ OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1999, 156 p, p.42.

²⁷ *Id*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, 2004, 364 p, p.128.

a. Doute de l'existence d'immutabilité chez Stammler.

Stammler affirme qu'il y a un droit naturel supérieur, mais avec un contenu variable avec le type de civilisation de la société concernée.

b. Maintien de l'universalité et l'immutabilité du droit naturel chez Geny.

Geny conserve l'universalité et l'immutabilité du droit naturel. Mais, il fait une réduction de quelques préceptes généraux.

B. Le droit naturel moderne : L'œuvre de la raison.

L'École moderne du droit naturel émane de la seconde Scholastique.³¹

Grotius (1), Samuel Pufendorf (2), Thomas Hobbes et John Locke (3) sont des théoriciens du droit naturel moderne.

1. Grotius.

Dans la pensée du droit naturel, Grotius se présente comme un homme seul, d'ordre et de paix³². Il fait une double distinction entre le droit naturel qui émane de la nature de l'homme et la loi humaine, la loi divine³³. Son principe du droit et de l'État est, à l'origine, individualiste et contractuelle³⁴. L'État a une responsabilité du bien public. Mais cette notion cadre seulement à une utilité « commune »³⁵.

Selon l'auteur, il est intéressant de connaître que le droit naturel ne circule pas simplement sur des choses qui existent en dehors d'une volonté humaine. Mais il a aussi pour but diverses choses qui sont une suite de quelques actes de ce désir³⁶. L'auteur donne pour exemple la propriété des biens, et explique que : telle qu'elle est actuellement en usage, est une insertion par une volonté des hommes. En revanche dès son introduction, ça été une règle du droit, aussi de nature qu'on ne pourrait, sans fautes, saisir à quelqu'un au mépris de ce qui lui revient personnellement³⁷.

³¹ VILLEY Michel, TERRE François, *Philosophie du droit : définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Paris : Dalloz, 2001, 339 p, p.85.

³² DUFOUR Alfred, *Droits de l'Homme. Droit naturel et histoire*, Paris : PUF, 1991, 280 p, p.66.

³³ MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, Paris : PUF, 2007, 278 p, pp.32-33.

³⁴ *Id.*, pp.32-33.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ DUFOUR Alfred, *Droits de l'Homme. Droit naturel et histoire, Op. Cit.*, pp.136-137.

³⁷ *Id.*

Il précise que l’immuabilité du droit naturel doit avoir pour fondement la raison (*a*), tout en faisant une déduction du droit naturel par les lois naturelles de l’individu (*b*).

a. Le droit naturel est immuable, mais fondé sur la raison.

Selon Grotius, la raison est la base de tout ; elle fait une distinction entre ce qui est bien et ce qui est mauvais, en conflit avec le droit volontaire divin.

Grotius « rappelle l’existence de tout le domaine du droit naturel relatif, résultant de l’entrée dans l’histoire et des institutions humaines qui la caractérisent : il existe aussi des règles qui sont, de droit naturel ; non purement et simplement, précise-t-il, mais en raison d’un certain état de choses³⁸. Ce qu’élucide à son sens non seulement une institution de la propriété privée déjà mentionnée, mais, une justice publique qui élimine pour chacun une réalisation naturelle de son droit par les voies d’une force³⁹. Il fait une déduction du droit naturel par les lois naturelles de l’individu.

b. Déduction du droit naturel par les lois naturelles de l’individu.

La nature de l’homme est le principe fondamental du droit naturel. Épistémologiquement, Grotius précise que les règles de droit naturel ne découlent pas uniquement d’un type de connaissance à priori par des justifications tirées d’une nature même des choses. Mais, aussi, elles ne résultent pas d’un type de savoir à postériori, par des preuves déduites des données mêmes, d’une histoire humaine⁴⁰.

Le droit naturel de la pensée de Grotius se complétera dans l’œuvre et l’idée de Samuel Pufendorf.

2. Samuel Von Pufendorf (1632-1694).

Concernant le statut attribué à la femme par Von Pufendorf, il existe des signes de l’ambiguïté et de l’incohérence dans ses recommandations⁴¹.

La logique de Samuel Von Pufendorf est d’établir une science du droit qui peut recouvrir en même temps un caractère rationnel d’une science mathématique. Sa méthode est la rationalité déductive d’une inspiration géométrique⁴². Dans son œuvre majeure, *de jure naturae et gentium*, il comparera donc une fécondité épistémologique de la méthode mathématique à une

³⁸ DUFOUR Alfred, *Droits de l’Homme. Droit naturel et histoire*, Op. Cit., pp.136-137.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Ibid.*, p.137.

⁴¹ COLLIN Françoise, PISIER Evelyne, VARIKAS Eleni, *Les femmes, de Platon à Derrida. Anthologie critique*, Paris : Plon, 2000, 828 p, p. 232.

⁴² SMET François De, *Les droits de l’Homme : origine et aléas d’une idéologie moderne*, op. Cit., p.29.

logique scolastique⁴³. Il tient beaucoup plus à la laïcisation (*a*) et à la sociabilité (*b*) du droit naturel.

a. Laïcisation du droit naturel.

Selon Pufendorf, les règles du droit naturel consistent à maintenir une vie.

b. La sociabilité du droit naturel.

Pufendorf considère qu'une sociabilité naturelle d'un être humain n'est pas une situation avantageuse pour le faire sortir d'un état de nature⁴⁴. Il fait une systématisation du droit naturel directement à l'usage des individus.

3. Thomas Hobbes, John Locke et Rousseau.

La théorie du contrat social est l'œuvre de Thomas Hobbes (*a*) et Rousseau (*c*). Par contre, John Locke se penche beaucoup plus sur le libéralisme politique (*b*).

a. La théorie du contrat social chez Thomas Hobbes (1588-1679).

La conception de Hobbes du contrat social se dirige vers la sécurité. La définition de l'état de nature est une « *guerre de tous contre tous où l'homme est un loup pour l'homme* »⁴⁵ et dans laquelle chacun, guidé par son instinct de conservation, cherche à préserver sa vie⁴⁶.

Thomas Hobbes considère que les hommes pour quitter un état de nature marqué par une anarchie et une violence doivent conclure entre eux un contrat par lequel ils se dépossèdent intentionnellement de leurs droits naturels. Il est hormis le droit à la vie, pour une jouissance d'une paix et d'une sécurité dans le contexte d'un pouvoir absolu⁴⁷. Le rôle de l'État c'est d'écarter l'état de nature en diminuant les droits de chacun. Il existe un droit de résistance pour les abus de l'État.

⁴³ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, trad. J. Barbeyrac, *Le Droit de la nature et des gens*, Caen, centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1987, I, II, §2 et 3, t. I, p. 22. Cité par SMET François De, *Les droits de l'Homme : origine et aléas d'une idéologie moderne*, op. Cit., p.29

⁴⁴ SMET François De, *Les droits de l'Homme : origine et aléas d'une idéologie moderne*, Op.cit., p.30.

⁴⁵ <http://s1.e-monsite.com/2009/01/13/15871316le-contrat-social-1-es-2-pdf.pdf>

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ BENMIMOUNE Stéphane, JOLY Fabien, KESSLER Guillaume, *Droits et libertés fondamentaux, Préparation au CRFPA*, Session 2008, Paris : CFJ, 2008, 820 p, pp.23-24.

Selon Hobbes, les femmes sont égales à l'homme à l'état de nature. Il n'existe aucune distinction entre les deux concernant la force ou la prévoyance⁴⁸. Mais en ce qui concerne les femmes, Hobbes n'arrive pas à prendre en charge complètement sa rupture avec le naturalisme⁴⁹. Étant donné que, à l'état de nature, l'être humain masculin et l'être humain féminin sont égaux, pourquoi à l'état politique les êtres humains masculins seraient-ils toujours supérieurs ? Parce que selon Hobbes, ce sont les pères et non les mères de famille qui ont créé la République⁵⁰.

D'après Thomas Hobbes, le droit naturel ne peut provenir d'une nature humaine. Il constitue une réponse que la raison repère lors d'une menace, continuellement présente, d'un retour à l'état de nature qui est « *un état de guerre de tous contre tous* »⁵¹.

b. Libéralisme politique chez John Locke (1632-1704).

John Locke est le précurseur du libéralisme politique. D'après l'auteur, le pouvoir politique ne doit pas causer la perte d'une liberté des individus sous sa soumission. Il doit être au service de la société pour les protéger en cas d'ennuis. Avant l'État, l'homme est un être parfaitement heureux, sociable, il est propriétaire et il est heureux avec sa descendance.

La famille et la propriété peuvent avoir une primauté sur le droit⁵². Scientifiquement, la famille est un rassemblement naturel qui tend à procréer, d'où l'importance d'une union solide entre l'homme et la femme⁵³.

Quant à la propriété de John Locke, elle se fonde sur le travail et la personne. L'homme est l'unique propriétaire de sa personne et de son corps et il jouit d'un droit de propriété absolu. Il est également propriétaire de son travail. Un héritage cesse d'être une propriété commune.

Lorsque Dieu a donné à toute l'humanité la communauté du monde, il a sommé l'homme de travailler⁵⁴. Par ailleurs, l'homme s'y voyait obligé par une pénurie de sa situation⁵⁵. Dieu et la raison lui demandaient de venir à bout de la terre : ceci implique de faire cela dans l'intérêt d'une vie et ce faisant, d'y investir son travail⁵⁶. Qui que ce soit, pour se conformer à ce commandement divin, devenait maître d'une parcelle de terre, la façonnait, la fertilisait, lui

⁴⁸COLLIN Françoise, PISIER Evelyne, VARIKAS Eleni, *Les femmes, de Platon à Derrida. Anthologie critique*, Paris : Plon, 2000, 828 p, p.202.

⁴⁹ *Id.*, pp.203-204.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Hobbes Thomas, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, 1651, Paris : Gallimard 2000, Trad Mairet, pp 222 -240.

⁵² GILSON Bernard, *John Locke. Deuxième traité de gouvernement civil. Constitutions fondamentales de la Caroline. Résumé du premier traité du gouvernement civil, introduction, traduction et notes*, Sorbonne : Librairie philosophie J. Vrin, 1967, 251 p, p.18.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Ibid.*, p.93.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

joignait quelque chose qui était sa propriété, que personne ne pouvait réclamer ni lui saisir, sans injustice⁵⁷.

D'après John Locke, la terre est commune à l'humanité, c'est un don de Dieu, mais les fruits relèvent de la propriété de chacun.

L'État de nature se caractérise par les droits naturels que sont la liberté individuelle et la propriété privée, chacun voulant préserver sa liberté et ses biens.

c. La théorie du contrat social chez Rousseau (1712-1778).

Selon Rousseau, l'homme est naturellement bon, mais rapidement la société le corrompt. Le but du contrat social est de rendre l'homme souverain, l'engager à oublier son intérêt personnel pour se diriger vers l'intérêt général.

Toutes ces théories évoquées du droit naturel classique et moderne invitent à s'interroger sur le principe du droit positif et l'existence du conflit entre droit naturel et droit positif.

II. Principe du droit positif et conflit entre le droit naturel et le droit positif.

Le droit positif découle d'une source positive ou d'une source volontariste⁵⁸.

La notion du droit naturel est très ancienne et se rapporte à un droit positif dans ses premières extériorisations⁵⁹. Toutes les lois humaines relèvent de la loi divine, d'après Héraclite⁶⁰.

Il serait intéressant de préciser la justification du principe du droit positif et son domaine d'application (**A**) et d'exposer le conflit qu'il existe entre le droit naturel et le droit positif (**B**)

A. Justification du principe du droit positif et domaine d'application.

La notion de principe est un instrument d'analyse de la doctrine du droit positif. Elle désigne également certaines normes juridiques. Les principes fondamentaux ou généraux sont

⁵⁷*Ibid.*

⁵⁸K.E.L. KELLER Hans, *Droit naturel et droit positif en droit international public*, Thèse soutenue à la faculté de droit de Bordeaux, juillet 1931, 91 p.

⁵⁹ *Id.*, p.27.

⁶⁰*Ibid.* p.27.

des règles juridiques supérieures découlant du droit positif admis comme un ensemble hiérarchisé de normes⁶¹.

Le maintien de la science du droit positif et le réquisitoire historique est Savigny dans l'univers juridique. Il a une assurance que le seul droit établi est le droit. Le droit positif est un produit historique, la connaissance juridique doit avoir une perception d'une science historique du droit, ce qui contraste *avec* la conception *du jusnaturalisme rationaliste*⁶².

1. Justification du principe

Le droit positif s'appuie sur des normes, et a une valeur juridique. Hans Kelsen⁶³ nous précise qu'il permet d'évaluer ce qui est vrai ou faux. Il s'applique dans le temps et dans l'espace.

2. Application dans le temps et dans l'espace

L'application et la sanction du droit positif relèvent de la compétence des autorités dotées de pouvoir normatif à l'échelle nationale ou internationale. Le droit positif est particulier à chaque société.

La justification et l'application du droit positif peuvent parfois aboutir à un conflit avec le droit naturel.

B. Conflit droit naturel et droit positif.

Les règles du droit positif découlent d'un choix, d'une culture. Celles du droit naturel proviennent de la nature humaine.

Selon Hans Kelsen (1881-1973), le *jusnaturalisme* outrepassé une forme d'un courant spécifique d'une philosophie du droit. Il est en quelque sorte le mode d'une expression de toute

⁶¹GÉRARD Philippe, « *Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit* », *Déviante et société*, 1988, vol 12, n° 1, pp. 75-90.

⁶²OLLERO-TASSARA Andrés, POHE TOKPA Denis, FUERTES-AZPILLAGA Pilar, *Droit positif et Droits de l'Homme*, Bordeaux : éditions Bières, 1997, 203 p, pp.29-32.

KELSEN Hans, « Seul le droit positif nous permet de juger de ce qui est juste ou injuste. », *Théorie du pure droit*, 1934⁶³

une idéologie juridique, consistant à mettre un droit positif sous une soumission d'un ordre supérieur dont sa validité relève⁶⁴.

Le droit naturel est critiqué par le positivisme juridique (1) et sociologique (2).

1. Critique du droit naturel par le positivisme juridique.

Le positivisme juridique est une œuvre d'un Autrichien nommé Hans Kelsen (1881-1973) et d'un français dénommé Carré de Malberg (1861-1935)⁶⁵.

Cette doctrine critique les droits naturels. D'après cette dernière, les droits naturels concordent avec une vision métaphysique du monde qui est en contradiction dans une démarche scientifique du droit⁶⁶.

Le positivisme juridique tient beaucoup plus au respect des procédures, à la norme juridique pour établir la validité d'une règle juridique. Selon lui, le droit est l'invention d'une activité humaine. Ainsi, la coutume est comme une source de droit uniquement si sa traduction est un mode de création du droit et non une déclaration simple⁶⁷. Pour les adeptes du positivisme juridique, il n'existe pas un droit naturel, les droits de l'Homme non plus, d'une certaine façon, ils ne peuvent que concorder aux libertés publiques acceptées par les autorités publiques par le biais des lois en vigueur dans l'État impliqué⁶⁸. Le droit positif est d'après le positivisme juridique, le vrai droit. Le Parlement, les autorités administratives ou les juges qui sont des acteurs juridiques⁶⁹ fondent ce droit. Le droit naturel est également une critique du positivisme sociologique.

2. Critique du droit naturel par le positivisme sociologique.

L'auteur de cette doctrine est Léon Duguit⁷⁰ (1859-1928). Selon lui, le droit est une création psychologique de la société.

Le positivisme sociologique s'intéresse plutôt au contenu des procédures pour voir s'il correspond aux valeurs dominantes de la société, pour valider la règle juridique. Il rejette également le droit naturel. Selon les tenants, le droit est un produit spontané de la conscience

⁶⁴ HERRERA Carlos Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec : PUL, Collection Dikè, 2004, 100 p, p.27

⁶⁵ OBERDORFF Henri, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris : L.G.D.J, 2008, 474 p, p.45.

⁶⁶ LEBRETON Gilles, *Libertés publiques & droits de l'homme*, Paris : Armand Colin, 2003, 538 p, p.21.

⁶⁷ AMSELEK P., AUG2 G., BATIFFOL H., *Archives de philosophie du droit*, Tom 27. « Sources » du droit, Paris : éditions Sirey, publié avec le concours du C.NR.S 1982, 536p

⁶⁸ OBERDORFF Henri, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. Cit., p.45.

⁶⁹ LEBRETON Gilles, *Libertés publiques & droits de l'homme*, Op. Cit., p.26.

⁶⁹ *Id.*, p.21

⁷⁰ DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, p.45. Cité par OBERDORFF Henri, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. Cit., p.45. pp.46-48

collective, le pur produit d'un déterminisme social⁷¹. Le positivisme sociologique réfute la conception métaphysique du droit. Selon eux, le seul droit qui existe c'est le droit positif. Mais, il n'est pas un ordre clos. Le positivisme sociologique tient beaucoup plus compte aux valeurs de la société prise en considération par le droit⁷².

CONCLUSION

Tous les hommes disposent de droits inhérents à toute personne humaine et transcendante selon des époques et lieux.

Dans *l'encyclique Fides et ratio du 14 septembre 1998 numéro 51*, Jean-Paul II précisait qu'aucune forme historique d'une philosophie ne peut à bon droit désirer comprendre toute une vérité. Elle n'est ni une explication totale d'un être humain, du monde et d'une relation de l'homme avec dieu⁷³.

L'analyse des concepts droits naturels et droits positifs nous a permis de mieux cerner la position des théoriciens des droits naturels ou *jusnaturalisme*, les principes des droits positifs, et conflits entre les droits naturels et les droits positifs.

Le constat est que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la convention Européenne des droits de l'Homme ou la Déclaration universelle des droits de l'Homme ont puisé leur inspiration du droit naturel.

Les droits de l'homme tels que définis par Frédéric Sudre dégagent deux courants philosophiques juridiques que sont le *jusnaturalisme* et le positivisme juridique. L'auteur précise que les droits de l'Homme sont comme les droits et facultés qui assurent une liberté, la dignité d'une personne humaine et qui bénéficient de garanties institutionnelles⁷⁴.

Note par :

Odette Michée WANDJI NJINKOUÉ

Docteure en Sciences juridiques/ Université Grenoble Alpes
Chercheuse associée au sein du laboratoire CRJ (Centre de
recherches juridiques de Grenoble)

⁷¹LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Masson, 7^e éd. 2005, p.26.

⁷²*Id.*

⁷³SERIAUX Alain, « *Loi naturelle, droit naturel, droit positif.* », *Raisons politiques*, 4/2001 (n° 4), pp.147-155.
URL: www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-4-page-147.htm.

⁷⁴SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris : PUF. 2011, 10^e éditions revue et augmentée, 925 p, p.13.

LISTE DES RÉFÉRENCES

AMSELEK P., AUG2 G., BATIFFOL H., *Archives de philosophie du droit*, Tom 27. « Sources » du droit, Paris : éditions Sirey, publié avec le concours du C.NR.S 1982, 536p

ATIAS Christian, « *Quelle positivité ? Quelle notion du droit ?* », in AMSELEK P., AUG2 G., BATIFFOL H., *Archives de philosophie du droit*, Tom 27. « Sources » du droit, Paris : éditions Sirey, publiées avec le concours du C.NR.S 1982, 536 p.

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, 2004, 364 p.

BENMIMOUNE Stéphane, JOLY Fabien, KESSLER Guillaume, *Droits et libertés fondamentaux, Préparation au CRFPA*, Session 2008, Paris : CFJ, 2008, 820 p.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, « *Le droit naturel et la protection internationale des droits de l'Homme* », in MATHIEU Martial, CARBASSE Jean-Marie, *Droit naturel et droits de l'Homme*, Actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009, Grenoble : PUF, 2001, 382 p, pp.335-357.

COLLIN Françoise, PISIER Evelyne, VARIKAS Eleni, *Les femmes, de Platon à Derrida. Anthologie critique*, Paris : Plon, 2000, 828 p.

DUFOUR Alfred, *Droits de l'Homme. Droit naturel et histoire*, Paris : PUF, 1991, 280 p.

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, p.45. Cité par OBERDORFF Henri, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op. Cit., p.45. pp.46-48

ERLICH Michel, AUGÉ Marc (Préf), *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, Paris : l'Harmattan, 1986, 321 p, p.271.

HERRERA Carlos Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec : PUL, Collection Dikè, 2004, 100 p, p.27

HOBBS Thomas, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil, 1651*, Paris : Gallimard 2000, Trad Mairet, pp 222 -240.

GILSON Bernard, *John Locke. Deuxième traité de gouvernement civil. Constitutions fondamentales de la Caroline. Résumé du premier traité du gouvernement civil, introduction, traduction et notes*, Sorbonne : Librairie philosophie J. Vrin, 1967, 251 p.

GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, GUINCHARD Serge (dir), *Lexique des termes juridiques*, Paris : Dalloz, 2005, 662 p, p.246.

HERVADA Javier, *Introduction critique au droit naturel*, Bordeaux : éditions Bière, 1991, 185 p, p.73.

K.E.L. KELLER Hans, *Droit naturel et droit positif en droit international public*, Thèse soutenue à la faculté de droit de Bordeaux, juillet 1931, 94p, p.28.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques & droits de l'homme*, Paris : Armand Colin, 2003, 538 p, p.21.

MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, Paris : PUF, 2007, 278 p, pp.32-33.

NIORT Jean-François, VANNIER Guillaume, *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris : L'Harmattan, 1994, 175 p, p.14.

OBERDORFF Henri, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris : L.G.D.J, 2008, 474 p, p.45.

OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1999, 156 p, p.42.

PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, trad. J. Barbeyrac, *Le Droit de la nature et des gens*, Caen, centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1987, I, II, §2 et 3, t. I, p. 22. Cité par SMET François De, *Les droits de l'Homme : origine et aléas d'une idéologie moderne*, op. Cit., p.29

ROSTAND Jean, *Maternité et biologie*, Paris : Gallimard, 1966, 179 p, pp. 28-29.

SERIAUX Alain, « *Loi naturelle, droit naturel, droit positif.* », *Raisons politiques*, 4/2001 (n° 4), pp.147-155.

SMET François De, *Les droits de l'Homme : origine et aléas d'une idéologie moderne*, op. Cit., p.29.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris : PUF. 2011, 10e éditions revue et augmentée, 925 p, p.13.

VARIKAS Eleni, *La révolte des dames, genèse d'une conscience féministe dans la Grèce au XIXe siècle (1833-1908)* Thèse de doctorat en histoire et civilisation, soutenue en février 1986, à l'Université de Paris VII, p.28.

VILLEY Michel, TERRE François, *Philosophie du droit : définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Paris : Dalloz, 2001, 339 p.

VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris : PUF, Collection dirigée par Blandine BARRET-KRIEGEL, 1983, 169 p, p.47.

URL: [www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-4-page-147 htm](http://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-4-page-147.htm).

<https://ledroitcriminel.fr> ; philosophes et moraliste

<http://s1.e-monsite.com/2009/01/13/15871316le-contrat-social-1-es-2-pdf.pdf>

Chronique Onu, le magazine des Nations Unies, « *Les droits des femmes comme droits humains.* »

<http://s1.e-monsite.com/2009/01/13/15871316le-contrat-social-1-es-2-pdf.pdf>