

Le rôle du juriste et la fonction éducative du droit
face aux défis actuels¹³⁶

Agata C. Amato Mangiameli¹³⁷
Maria Novella Campagnoli¹³⁸

1. Au-dessus des arts, au-dessus des sciences

Une intuition antique a souligné à plusieurs reprises, avec de multiples commentaires, la valeur éducative des lois et la responsabilité qui leur incombe en premier lieu au sein de la communauté dans l'accomplissement de cette fonction. Entre Platon et Aristote, malgré leurs orientations différentes, il y a eu une sorte de continuité sur ce sujet : le premier, en ce qui concerne l'éducation des jeunes, exige

136. Les paragraphes 1, 2, 3 et 6 ont été rédigés par Agata C. Amato Mangiameli, tandis que Maria Novella Campagnoli est l'auteur des paragraphes 4 et 5.

137. Professeur ordinaire de Philosophie du droit, Biojuridique et Informatique juridique à l'Université de Rome Tor Vergata (Italie).

138. Enseignant-chercheur en Philosophie du droit, Biojuridique et Informatique juridique à l'Université de Rome Tor Vergata (Italie).

que le gardien des lois corrige leur caractère toujours en vue du bien et conformément aux lois¹³⁹; le second, en ce qui concerne les vertus éthiques (tempérance, justice, etc.), estime que le bien se reconnaît à travers l'éducation, et que c'est la cité juste qui doit assurer à ses citoyens une vie bonne afin qu'ils puissent atteindre leur bonheur. C'est d'abord par le biais des lois que l'on éduque aux vertus et que l'on promet en même temps le bien, décourageant ainsi les vices et éloignant le mal¹⁴⁰.

139. Platon, *Les Lois*, 7, 823b-d: « Quand il établit des lois relatives à la chasse, le législateur ne peut se dissimuler ces distinctions, pas plus qu'il ne peut, dans tous les cas, édicter à la fois des prescriptions et des sanctions, et n'instituer des règles de conduite que par la menace. Que faire alors dans une telle situation? D'une part, le législateur devra louer ou blâmer telle ou telle espèce de chasse suivant qu'elles conviennent aux exercices et aux occupations des jeunes gens. De son côté, le jeune homme doit écouter les avis qui lui sont donnés et obéir, ne se laisser détourner ni par le plaisir ni par la fatigue, et, plus encore que les lois qui s'accompagnent de menaces et de sanctions, respecter celles qui s'accompagnent de louange et exécuter leurs ordres », tr. fr. par Luc Brisson et Jean-François Pradeau, Paris, Flammarion, 2006, p. 73-74.

140. Dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote écrit que le bien est reconnu grâce à l'éducation, qui engendre l'habitude de réaliser de bonnes actions. De plus, les vertus telles que le courage, la tempérance et la justice résultent d'une pratique acquise par une correction constante du comportement: « Aucune des vertus morales ne nous est donnée naturellement. [...] La nature nous a faits pour les recevoir, mais c'est en atteignant notre fin que nous les acquérons, par le moyen de l'habitude. [...] En effet, ce qu'on doit apprendre à faire, c'est en le faisant que nous l'apprenons. [...] De la même façon, c'est donc aussi en exécutant des actes justes que nous devenons justes, des actes tempérants qu'on devient tempérant et des actes courageux qu'on devient courageux », [II, 1103a 19-34b, tr. fr. par Richard Bodéüs, Paris, Flammarion, 2004, p. 99-101]. Ainsi, l'*arété* est une manière de se comporter, une *praxis*,

Ne se plaçant plus au-dessus des arts, au-dessus des sciences, ni même au-dessus de l'amour philanthropique¹⁴¹, la loi ne perd cependant pas, à travers les âges, sa noble fonction d'éduquer les citoyens afin qu'ils réalisent leur nature profonde, qui consiste dans le développement et l'exercice de la raison. Cette noble fonction éducative réside déjà dans la définition de la loi et du droit, ainsi que dans les objectifs que les deux poursuivent et que les législateurs devraient se fixer.

Il suffit de penser à Kant et aux éléments qui caractérisent le *ius* (1: le droit concerne les relations extérieures d'un sujet; 2: le droit met en relation l'arbitre d'un sujet avec l'arbitre d'autrui; 3: le droit est indifférent aux objectifs que les sujets agissants se fixent, mais analyse la possible compatibilité de l'action avec le système social en relation avec les libertés des autres sujets¹⁴²). De même, on peut évoquer Hegel et son idée que les individus et les peuples n'atteignent pas encore une personnalité tant qu'ils n'ont pas accédé à la pensée pure et à la connaissance de soi, et que « la personnalité englobe en général la capacité juridique et constitue le concept et la base même du droit abstrait et formel » (l'impératif juridique devient ici: sois une personne et

qui n'est pas innée, mais apprise, et qui nous habitue à adopter un mode de vie guidé par la rationalité et la sagesse.

141. Car tout simplement d'un degré inférieur par rapport à la contemplation de la vérité ultime: Platon, *Le Banquet*, tr. fr. par Jacqueline de Romilly et Bernard Piètre, Paris, Nathan, 2014.

142. À la fin de son analyse, Kant énonce la célèbre définition: le droit est l'ensemble des conditions selon lesquelles l'arbitre de chacun peut s'accorder avec l'arbitre des autres, conformément à une loi universelle de liberté.

respecte les autres comme des personnes¹⁴³). Enfin, on peut citer Rousseau, pour qui la transition de l'état de nature à l'état civil engendre un changement radical chez l'homme, remplaçant dans sa conduite ses impulsions et désirs par le droit, le devoir et la justice. De plus, la fonction éducative des lois découle de la nécessité de contraindre les individus à aligner leur volonté sur leur raison et de faire apprendre à la communauté à comprendre ce qu'elle souhaite réellement¹⁴⁴.

Comme il est intuitif – bien que dans les diverses orientations on ait généralement distingué le droit du non-droit et la (bonne) loi de la prescription impérieuse aussi grâce à l'idée du lien profond entre droit, justice et éducation –, on éduque en vue d'un ordre social fondé sur la justice (droit) et la solidarité (politique), il n'est pas certain que la fonction éducative des lois ait toujours été réalisée et qu'elle continue à l'être.

D'abord parce que, comme le souligne Rousseau, pour découvrir les règles de la société qui conviennent le mieux aux nations, il faudrait une intelligence supérieure capable de comprendre toutes les passions humaines sans en éprouver aucune, et en tout cas sans participer à la nature humaine tout en la connaissant. Autrement dit, il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes, ou du moins des prophètes inspirés tels que Lycurgue, Solon, Moïse, Numa, presque des étrangers sur terre, en communication directe avec le ciel. Là où il n'y a pas de prophètes inspirés, au moins

143. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, tr. fr., Paris, Flammarion, 1998, § 36.

144. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, tr. fr., Paris, Flammarion, 2012, Livre I, chap. 8 : *L'état civil*, et Livre II, chap. 6 : *La loi*.

des législateurs étrangers, auréolés du prestige de la lointaine étrangeté et capables, pour cette raison même, de servir d'intermédiaires entre les dieux et les hommes¹⁴⁵. Entre-temps, en raison de ces lacunes, on découvre des lois qui ne peuvent être invoquées pour rendre justice, des lois qui, loin de proclamer solennellement des maximes de conduite universelle à l'intention des générations futures, se transforment en simples commandements adressés à des individus et à des groupes, dont le caractère obligatoire ne repose que sur la force (de l'élite) ou sur la validité que le technocrate au pouvoir parvient à imposer¹⁴⁶.

2. De bonnes lois pour une bonne éducation

Le lien entre le droit, la justice et l'éducation remet en question l'essence même du droit, un point sur lequel ces deux frères ennemis¹⁴⁷, à savoir les jusnaturalistes et les juristes positivistes, s'affrontent à armes égales. D'un côté, il y a ceux qui affirment l'existence d'un droit méta-positif, intrinsèquement valable et axiologiquement supérieur¹⁴⁸ au droit écrit : un droit qui n'est ni écrit ni formulable à l'écrit, mais qui est contenu « dans les tablettes charnelles du cœur

145. *Ibid.*, Livre II, chap. 7, *Le législateur*.

146. Ici, pourrait résonner l'apostrophe brutale de Dick le boucher qui au cri de « *the first thing we do, let's kill all the lawyers!* » mène la révolte dans *Henri VI* de William Shakespeare (tr. fr. par François Guizot, Paris, Dodo, 2008, partie II, acte IV, scène II).

147. Selon la célèbre et heureuse formulation de Kaufmann, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1973, p. 712.

148. F. D'Agostino, *Lezioni di Teoria del diritto*, Turin, Giappichelli, 2006, p. 81 et suiv.

humain¹⁴⁹ ». En d'autres termes, il s'agit de ceux pour qui les normes ont une assise objective qui va au-delà de la volonté de ceux qui les édictent. De l'autre côté, il y a ceux qui – refusant toute référence métaphysique, axiologique ou fondée sur des valeurs – réduisent le droit au seul *jus positum-conditum*, le définissant comme l'ensemble des normes établies par le législateur et par lesquelles un certain comportement est prescrit, permis ou autorisé, autrement dit, l'ensemble des normes juridiques qui, pour être considérées comme telles, n'ont pas besoin d'être justes, mais simplement valables¹⁵⁰. Dans le cadre du projet positiviste, le droit tend à devenir non seulement de plus en plus technico-formel, mais aussi de plus en plus vidé de sens juridique.

En réalité, les acteurs non institutionnels, les communautés et les groupes abordent le droit et les normes établies par le biais de récits spécifiques et de multiples instances, cherchant, par exemple, dans la Constitution les principes permettant de s'autoréguler, de revendiquer de nouvelles libertés ou d'opérer un changement dans la réalité sociale. En effet, le terme « droit » renvoie aux normes tissées dans la vie et l'expérience concrète des gens, où le droit est également un projet. Le mot « droit » évoque les forces vives de la conscience sociale et, de cette manière, émergent les interrogations essentielles, soulevées tantôt par des citoyens individuels, tantôt par des communautés religieuses, tantôt par des mouvements civils et des groupes politiques. Qu'il s'agisse de la doctrine officielle, des constructions juridiques

149. V. Mathieu, *Luci ed ombra del giusnaturalismo*, Turin, Giappichelli, 1989, en particulier, p. 30-31 et p. 47.

150. Dans ce sens, voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, tr. fr. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

alternatives ou de la connaissance générale du droit existant, la vie du droit est constamment remise en question dans ses certitudes dogmatiques. Entre universalité et objectivité, entre généralité et abstraction, mais aussi entre particularité et concrétude, il serait trompeur de présenter le droit comme quelque chose de rigide qui ne laisse aucune place à l'action et à la revendication des acteurs ; il serait également trompeur de présenter l'interprétation comme quelque chose de figé, sans discussion, sans nuance, sans modification. Le droit est essentiellement un système de significations, plutôt qu'un système d'imposition de la force. Il évoque principalement un corpus commun de préceptes et de récits, tout en étant également une manière – partagée et personnelle – d'être éduqué au sein de ce même corpus. De plus, il constitue une approche commune pour envisager et construire l'avenir, résultant du processus éducatif et de la compréhension des implications du droit. Un ensemble de préceptes et d'engagements grâce auxquels les communautés s'organisent en vertu de la reconnaissance mutuelle des besoins et des exigences particulières des individus. Cet ensemble de significations constitue l'essence même du droit, qu'il s'agisse du droit non écrit, des lois établies ou de celles qui doivent encore être promulguées. En réalité, c'est par cet ensemble de significations que les communautés mesurent et évaluent constamment leurs propres lois, cherchant souvent des modifications législatives pour promouvoir de nouveaux droits (par exemple, civils, pénaux, internationaux), ainsi que de nouveaux droits des individus et des citoyens.

Le lien entre le droit, la justice et l'éducation peut être formulé comme suit : de bonnes lois pour de bonnes communautés et des citoyens éduqués. Il est pertinent de réfléchir ici à la fonction du droit pénal, à la fois en ce qui

concerne le catalogue des infractions et les sanctions qui en découlent. En effet, le premier aspect, à savoir le catalogue des infractions, résulte d'un processus complexe et stratifié, ainsi que d'une série d'interprétations adaptées aux nouveaux besoins, aux nouvelles conditions et aux nouvelles questions juridiques. De plus, la législation pénale n'est pas élaborée *ex abrupto* par le législateur, mais plutôt en réponse aux besoins émergents au sein de la société à un moment donné. Plus précisément, c'est sous l'influence des valeurs, en particulier des valeurs sociales qui, à un certain stade du développement culturel, exigent la protection du droit pénal, que la liste des infractions est établie et que la nécessité de punir est justifiée¹⁵¹. Quant aux sanctions, elles trouvent leur fondement dans la justice. Elles sont conçues pour ramener le délinquant à la légalité, c'est-à-dire dans le cadre de la liberté, conformément à la notion de justice. Cependant, elles ne peuvent remplir leurs multiples fonctions que si elles sont véritablement justes, équitables et proportionnées (et perçues comme telles par le délinquant et la société). Seules des sanctions répondant à ces critères essentiels ont le potentiel de rééduquer et de réhabiliter, de prévenir d'autres infractions et/ou de protéger les individus et la société.

151. Comme l'a souligné Giuseppe Bettiol, dès lors que le droit pénal est contextualisé au sein de valeurs éthiques, politiques et sociales, « nous avons déjà dépassé une phase purement formaliste et technique dans l'étude des sources, ouvrant ainsi la voie à une exploration du contenu "métajuridique" de la volonté de l'État exprimée sous la forme de la loi » (*Diritto penale*, Padoue, Cedam, 1978, p. 109 et suiv.).

3. Sur le droit naturel classique

Afin que le droit puisse remplir une fonction éducative en guidant et en anticipant les comportements à la hauteur d'une communauté en évolution, il est nécessaire de se concerter sur la définition du droit. Il est probable que les deux bibliothèques distinctes, l'une consacrée à ce que les lois prescrivent en un lieu et à un moment donné (*quid iuris*) (science du droit), et l'autre axée sur la justice du droit (*quid ius*) (philosophie du droit), requièrent une mise à jour plus actuelle. Dans ce contexte, la reconstruction philosophico-juridique de Michel Villey occupe une place particulière, notamment en raison de sa réévaluation du droit naturel classique, influencé par la pensée aristotélico-thomiste¹⁵². Dans cette perspective, le droit est présenté non pas seulement comme un ensemble de normes, mais comme un équilibre juste dans les relations entre individus, ainsi qu'entre l'homme et les choses. Ce juste équilibre est discerné par les juristes, en particulier les juges, à travers une méthode dialectique basée sur la réalité sociale.

Cette conception du droit naturel, c'est-à-dire du droit

152. Une constante dans toute sa production, comme nous le remarquons déjà dans *Le droit romain* (Paris, Presses Universitaires de France, 1946), et ensuite dans : « Abrégé du droit naturel classique » (*in Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1961, t. 6, p. 25-72), « La nature des choses » (Paris, Dalloz, 1964), *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire* (Paris, Dalloz, 1969), *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris, Montchrestien, 1975), *Critique de la pensée juridique moderne* (Paris, Dalloz, 1976), *Philosophie du droit. 2. Les moyens du droit* (Paris, Dalloz, 1979), *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique* (Paris, PUF, 1987), *Réflexions sur la philosophie et le droit* (Paris, PUF, 1995).

dont le caractère obligatoire est essentiellement justifié par la relation et qui découle donc de la dialectique plutôt que de la science, constitue le fondement de la comparaison que Villey établit entre le droit naturel classique et le droit naturel moderne, ainsi que, plus généralement, de sa réflexion sur la pensée juridique de la modernité.

La différence fondamentale entre les deux réside dans la définition de la nature : dans le premier cas, la nature est ramenée à son ensemble (tout ce qui existe dans le monde) et à son intégralité (la nature des choses), tandis que dans le second cas, on assiste à une fragmentation de l'idée de nature, qui se décompose en de multiples significations. Ce que Villey souligne concernant le droit naturel et la relation entre droit naturel et droit positif – l'un s'exprime dans les lois positives, tandis que l'autre trouve son fondement dans la nature et, pour cela, oblige *in foro conscientiae*¹⁵³ et nécessite, pour cette raison, un engagement constant¹⁵⁴ – com-

153. En adéquation avec ce que relate saint Thomas : « *Videtur quod lex humana non imponat homini necessitatem in foro conscientiae. Inferior enim potestas non potest imponere legem in iudicio superioris potestatis. Sed potestas hominis, quae fert legem humanam, est infra potestatem divinam. Ergo lex humana non potest imponere legem quantum ad iudicium divinum, quod est iudicium conscientiae* » (*Summa Theologica*, I-II, 96, a. 4).

154. À ce propos, Villey affirme : « Il est en perpétuel *changement* : la "nature" est toujours mouvante et ne fait que *tendre* à certains effets. Il s'en faut que ce qui est "puissance" accède habituellement à "l'acte". De telle graine, il se peut ou non que sorte une rose. Ainsi en va-t-il du droit naturel. Il a cette faiblesse, d'être *latent*, caché dans les choses. Son statut est d'être *non écrit*, d'abord indistinct. À l'homme alors d'intervenir ; car l'homme est partie de la nature, participe à l'œuvre de la nature, capable de la parachever en usant de sa faculté propre, qui est d'être (en puissance) rationnel. Donc, avec son intelligence, à lui de discerner, à

porte certainement des implications importantes pour la fonction éducative des lois et le rôle que les juristes doivent jouer face aux défis contemporains.

4. Une méthode expérimentale. Une forme principale et originaire du droit

Aussi originale et féconde que multiforme et discutée, la reconstruction de Villey prend ses distances par rapport au droit naturel¹⁵⁵, en cherchant, comme on l'a déjà dit, à retrouver le droit naturel au sens classique, dont elle met en évidence l'aspect le plus authentique et redécouvre les potentialités et l'utilité. Il faut tout d'abord préciser que pour Villey, le droit naturel est avant tout une « méthode expérimentale »¹⁵⁶ qui vise à dériver – et si l'on veut, au sens propre, à dériver et à extraire – le droit (à entendre comme *ce qui est juste*) de l'analyse de la réalité phénoménique et sociale. Se référant à la pensée d'Aristote, qu'il reprend large-

travers le spectacle de la nature, si possible, l'ordre auquel elle tend – de le traduire en formules écrites, de donner force à ces formules – et devant ce que le droit naturel a de flou et d'inachevé, à l'occasion, de le compléter. Et voilà pourquoi il existe une seconde espèce de droit, qu'Aristote nomme "conventionnel", "légal" (*nomikon*) ; on dit en français positif. Quant à lui, le droit positif peut être qualifié de rationnel, mais s'est révélé par rapport au droit naturel, second, dépendant ou complémentaire », in M. Villey, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Cerf, 2014, p. 33.

155. Ce que Villey définit comme étant une sorte de distorsion et de maladie mentale « caractérisée par l'hypertrophie et l'altération des organes du "droit naturel" » (*Jusnaturalisme. Essai de définition, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986, p. 25-32).

156. Voir M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 109-165.

ment, Villey affirme que le droit naturel classique naît de la procédure rationnelle et dialectique par laquelle – à partir de l'observation de la nature, ainsi que des tendances naturelles de l'action humaine et du monde – des solutions justes sont recherchées en ce qui concerne les questions et les problèmes quotidiens de la vie sociale¹⁵⁷.

Pour Villey, en tant que « forme principale et originaire du droit »¹⁵⁸, le droit naturel classique est aussi – et surtout – le résultat des « justes rapports entre les fonctions, biens ou dettes entre les membres du groupe politique »¹⁵⁹.

Il s'agit, plus précisément, d'un droit qui n'émane ni uniquement de la contrainte, ni de l'imposition extérieure d'une volonté souveraine, mais qui découle de la tendance naturelle et innée des êtres humains (ainsi que de toutes les créatures vivantes) à se diriger vers l'accomplissement et la réalisation de leur propre fin ultime ainsi que de leur épanouissement individuel. Ce droit, tel que nous l'ont enseigné les Romains¹⁶⁰ (avec lesquels, d'ailleurs, le droit

157. Parmi ceux qui, encore récemment, sont revenus à la pensée de Villey et en ont valorisé certains aspects : E. Ancona, « La filosofia giuridica di Michel Villey e il suo apporto alla tradizione giusnaturalista », in *Ordines*, 2/2022, p. 104-132 ; S. Bauzon, « L'essenza del diritto secondo Michel Villey », in *Forum*, 2/2019, p. 467-484 ; F. D'Agostino, « Michel Villey : Cristianesimo e diritto », in *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, 7/2014.

158. Voir M. Villey, *La Nature et la Loi*, op. cit., p. 31.

159. *Ibid.*, p. 32.

160. « 1) Le droit à Rome, en tant du moins qu'il est naturel, n'est pas invention, construction artificielle de l'esprit humain. Le droit et la loi (aujourd'hui souvent confondus) appartenaient à des genres tout à fait distincts. À Rome le mot n'était pas synonyme de loi, comme il l'est devenu au contraire dans le langage des théologiens puis des philosophes modernes. Dans le *Digeste* livre I, vous avez deux titres

naturel classique atteint son apogée), naît de l'observation des bonnes mœurs. Il se base sur la « proportion (*ison* ou *aequum*) des biens partagés entre des personnes »¹⁶¹ et, grâce à l'activité incessante des jurisconsultes, se concrétise à travers les principes, les catégories et les institutions du *jus civile*. Villey explique :

« Je me garderai donc d'user de l'expression Droit Naturel dans le sens que ce terme a pris chez les moralistes modernes. Mais comme nous revoici juristes, et que les Romains ont fondé le droit, parlons droit romain. Tout d'abord, une constatation : À Rome – et ensuite en Europe pour autant que les juristes restèrent

distincts, titre 1 : *De justitia et jure* (suivi du titre 2 : *De origine juris*) et titre 3 : *De legibus*. Aucune définition en forme qui confonde le *jus* et la *lex*. Que signifiait donc le mot *jus*? Eh bien, c'est pour nous surprenant et difficile à digérer, dans ces définitions classiques, le droit est d'abord présenté comme une "chose", *id quod justum est, res justa*, comme pour les Grecs le *dikaion*, terme neutre, est évidemment quelque "chose" – ou plutôt un ensemble de choses : le mot se met volontiers au pluriel. Dans le *Digeste*, titre 1, ce qu'on appelle les *jura*, c'est par exemple le mariage, les conditions sociales distinctes – les limites des champs, la servitude, l'affranchissement des rapports sociaux inhérents au groupe politique. Toutes ces choses que l'on appelle droit ont une existence préalable aux règles écrites qui les expriment. Un texte bien connu du *Digeste* (50.17.1) nous dit que c'est du droit existant qu'on tire la règle juridique : *Ex jure quod est regula fiat*. Avant qu'on l'exprime dans les lois, le droit est, au sein de la société, et même, d'après un autre texte, dans chaque cause particulière : *jus in causa positum est*. Il est, non dans un monde verbal, ou de propositions, et pas non plus dans un monde d'idées séparées, désincarnées, platoniciennes, mais dans le réel, dans la nature. C'est en cela qu'il est naturel : *Dikaion phusikon – Jus naturale...* » (*ibid.*, p. 33 et suiv.).

161. M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », art. cit., p. 260.

attachés à la tradition romaine –, on ne trouvait guère de juristes pour mettre en doute l'existence et même l'importance du droit naturel. Mais que voulait-on dire par là? Nous avons lieu de présumer que ce vocable, même à Rome, avait des acceptions variées. Je laisse de côté les questions terminologiques, je m'en suis occupé ailleurs. Je crois que pour les fondateurs de la science romaine du droit civil – du *jus civile* – cette philosophie du droit impliquait au moins deux idées : premièrement que le droit est une chose – réalité dans la nature, objet de recherche théorique – et deuxièmement, par cela même, que l'art du droit est dialectique. Nous autres qui avons été élevés dans la philosophie moderne, formés depuis notre plus jeune âge à une autre notion du droit, nourris de ce dogme que le droit consisterait en "règles de conduite" et pas en une réalité, nous avons du mal à comprendre. »¹⁶²

Il est intéressant de souligner que Villey, en plus de mettre en avant les mérites du droit naturel, examine également ce qui pourrait, à première vue, être considéré comme les aspects critiques et, dans un certain sens, « embarrassants »¹⁶³ de ce droit. Il s'agit du fait que le droit naturel peut sembler « peu définissable »¹⁶⁴ : au lieu d'être « déterminé de manière précise » et « immuable », il est constamment en évolution. Cependant, ces caractéristiques se transforment immédiatement en qualités si l'on considère que ce droit n'est pas véritablement une question de science, mais plutôt

162. M. Villey, *La Nature et la Loi*, op. cit., p. 31 et suiv.

163. M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », art. cit., p. 261.

164. *Ibid.*

le sujet de la dialectique. Cette dialectique ne tire pas ses conclusions de certitudes, mais émerge de la comparaison de différentes positions, entre lesquelles elle se déplace pour tenter de trouver le moyen approprié et de proposer la solution adéquate à la situation ou au cas en question¹⁶⁵.

C'est ainsi que naît l'affirmation selon laquelle le droit émerge « de l'observation du réel », de l'examen attentif de la nature des choses¹⁶⁶. En d'autres termes, pour récapituler la conception classique du droit naturel (*dikaion physikon*) à laquelle Villey fait référence, nous constatons que sa fondation repose sur l'expérience sensorielle et l'observation des faits, ainsi que sur l'étude de la véritable nature des choses elles-mêmes¹⁶⁷, c'est-à-dire :

« Tout ce qui existe dans notre monde, c'est-à-dire non seulement les objets physiques et matériels (comme la nature post-cartésienne), mais aussi l'intégralité de l'homme, l'esprit comme le corps, les institutions humaines et les institutions sociales : villes, groupements familiaux, groupements d'intérêt. »¹⁶⁸

Ce lien intime et inévitable entre le droit naturel classique et la nature fondamentale de toutes les choses, sur lequel Villey insiste, ouvre la voie à une autre perspective herméneutique très intrigante. Cette perspective ramène en

165. Sur ce point, Villey souligne : « substantiellement nous rencontrons chez les jurisconsultes romains la même façon de concevoir les fondements du droit que chez Aristote » (*ibid.*, p. 266).

166. *Ibid.*, p. 267.

167. M. Villey, « La nature des choses », in *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969.

168. *Ibid.*, p. 40.

effet notre attention à la relation précédemment abordée entre le droit, la justice et l'éducation, mettant en lumière la fonction pédagogique du droit et soulignant ce qui devrait toujours être la mission essentielle du juriste, *a fortiori* face aux transformations sociales majeures.

En effet, c'est indéniable que, toutes les choses, y compris les aspects humains tels que les actions et les relations, doivent constamment s'orienter vers leur but et leur épanouissement naturel. Cependant, il est tout aussi vrai que, du fait que l'homme est un être doué de libre arbitre, ayant la liberté de déterminer ses choix et ses actions, il arrive fréquemment qu'il adopte des comportements asociaux et des actes contraires à sa nature même, en dépit de son caractère essentiellement relationnel et de son existence interconnectée avec autrui. À ce sujet, Villey affirme :

« Alors que les plantes et les animaux réalisent effectivement leurs objectifs naturels et que nous pouvons souvent contempler la forme végétale parfaite dans la fleur épanouie, il faut avouer que les humains et les groupes humains réalisent rarement leur nature. Le plus souvent, ils s'en éloignent [...]. »¹⁶⁹

La nature intrinsèquement distinctive de l'homme en tant qu'animal social exige du droit, dans le cadre de sa mission inhérente (*attività-per*¹⁷⁰), une constante garantie et

169. M. Villey, « La nature des choses », *art. cit.*, p. 41.

170. Sur la conception du droit comme « *attività-per* », englobante et coexistentielle, il faut se référer aux remarques toujours actuelles de S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milan, Giuffrè, 1991.

protection. Pour ce faire, il doit adopter des modèles d'organisation sociale adaptés aux exigences changeantes et établir des normes et des directives ancrées dans la réalisation effective de la justice¹⁷¹. Cela se manifeste par la promotion de la reconnaissance mutuelle, de l'égalité, de la réciprocité, de la symétrie, de la non-violence et de l'inclusion.

5. *Droit naturel, droit positif, et epikeia: au cœur de la relation dialectique*

Tout au long de sa vaste et diversifiée œuvre, Villey revient à plusieurs reprises sur l'ambiguïté inhérente qui a marqué l'évolution de la notion de droit naturel à travers les âges. Cette notion a d'abord été formulée dans un sens classique, puis, selon l'auteur, elle a été déformée (voire trahie) dans son interprétation moderne¹⁷².

Cette ambiguïté s'accompagne d'une autre complexité, liée à la divergence et à l'opposition entre deux perspectives distinctes du *ius* (dans le sens de la loi ou de la loi et de la morale). D'un côté, il y a le *ius* dans la tradition classique et thomiste, qui constitue en réalité la transposition de la conception aristotélicienne du *dikaion*. De l'autre côté, nous trouvons le *ius* interprété dans le contexte de la *lex* et de la mo-

171. Sur les éléments constitutifs de la justice, voir les réflexions de A. C. Amato Mangiameli, *Arte elo tecnica. Sfide giuridiche*, Padoue, Cedam, 2012.

172. Une lecture à laquelle – comme nous l'avons dit plus haut – il réserve une critique sévère dans ses œuvres, telles que l'« Abrégé du droit naturel classique », *art. cit.*, p. 110; « La nature des choses », *art. cit.*, p. 38-39; *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, p. 47; *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 259; *La Nature et la Loi, op. cit.*, p. 30.

rale, renvoyant à la vision stoïco-patristique et à la Torah¹⁷³. Contrairement à l'époque romaine, depuis le Moyen Âge, le *ius-dikaion* est en quelque sorte éclipsé par la Torah¹⁷⁴ : « Le *dikaion*, tel qu'Aristote dans son *Éthique* l'avait défini, le *jus* du droit romain classique, l'art juridique qui a sa fin propre, la mesure de la proportion juste entre les choses extérieures partagées entre les personnes »¹⁷⁵ est remplacé par le respect, sensiblement différent, de la loi et de la morale qui guide les comportements¹⁷⁶. Il va sans dire, comme le souligne avec amertume Villey, qu'une fois assimilé à la loi morale et perçu comme non pertinent du point de vue de la pratique juridique concrète, il ne reste plus rien du *ius/dikaion* (c'est-à-dire du droit naturel au sens classique, incarnation et porte-parole d'un rappel de la nature des choses). En réalité, ce qui subsiste alors, ce sont seulement les lois édictées par les hommes¹⁷⁷ et, en fin de compte, le droit positif, avec toutes les conséquences qui en découlent.

Bien sûr, Villey condamne cette vision (réduction) du droit, mais il est assurément intéressant de se pencher sur

173. « Il y a toujours eu, dans notre histoire occidentale, et cela dès l'antiquité, un duel entre deux régimes, deux notions que je désignerai de préférence par deux termes grec et hébreu. Les deux figures antagonistes, les deux personnages du drame, je les appelle d'une part *dikaion*, d'autre part Torah », in M. Villey, « Torah-Dikaion », in *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 2009, p. 37.

174. *Ibid.*, p. 39.

175. *Ibid.*, p. 40.

176. « Tous les systèmes axiomatiques du XVII^e siècle, y compris ceux de Hobbes et de Locke, ceux-là construits dans la ligne même du nominalisme, ont pour principe une loi morale, morale au sens large, règle de conduite rationnelle. » Ce même positivisme juridique « tira sa source d'une loi morale » (*ibid.*, p. 48).

177. *Ibid.*, p. 49.

sa lecture singulière du rapport entre le droit naturel et le droit positif. Une lecture qui, même aujourd'hui, conserve sa pertinence et sert certainement d'avertissement contre un formalisme normatif simpliste et stérile. En particulier, il considère le droit positif comme un complément nécessaire et inaliénable du droit naturel, dont il ne devrait être que la mise en œuvre¹⁷⁸ : le résultat inévitable d'une transition de l'état informe et indéfini du droit naturel à la forme définie et certaine du droit écrit. En dépassant le dualisme et l'opposition la plus nette (droit naturel/droit positif), Villey discerne en quelque sorte une autre voie, par laquelle :

« Le droit [positif] est à la fois le fruit de la raison et de la volonté : de la raison, dans la mesure où il découle de la science de la nature, de la volonté humaine, dans la mesure où le pouvoir législatif lui donne une détermination, une forme écrite contraignante, une précision de la dictée. »¹⁷⁹

Cette affirmation lui permet non seulement d'établir un lien entre une loi humaine, qui ne se limite pas à être un simple acte d'imposition, et ses fondements naturels ainsi que la notion de justice, mais aussi de clarifier que dans le cas, qui n'est pas si rare, où la loi humaine s'écarte de ces principes fondamentaux liés à la nature et à la justice pour devenir un instrument de dérives et d'abus, les juges doivent intervenir immédiatement. Dans ces situations, ils

178. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 116-121.

179. *Ibid.*, p. 119.

doivent faire preuve d'*epikeia*¹⁸⁰, c'est-à-dire de l'équité et de la justice appliquées au cas concret, qui « n'est pas l'antithèse du "droit positif", mais son achèvement ; le dernier acte de cette entreprise collective ».

Grâce à cette approche, la justice trouve son accomplissement et s'affirme pleinement dans la détermination incontournable et concrète de ce qui est propre à chaque individu.

6. Le rôle du juriste et la nécessité de la justice

Les réflexions précédentes rappellent la tâche à la fois délicate et essentielle du juriste, qui consiste à adapter et à intégrer des systèmes et des ordres juridiques concrets en fonction des diverses exigences et revendications des sociétés contemporaines. Cette mission devient d'autant plus délicate, cruciale et complexe lorsque l'on considère que, dans une époque de transformations tumultueuses, la loi (les lois) se présente(nt) parfois comme étrangère(s) à la communauté, voire inappropriée(s), répressive(s) ou archaïque(s) par rapport aux nouvelles réalités politiques, économiques et sociales. En d'autres termes, pour résumer, les normes ne suivent pas toujours le rythme de la réalité en constante mutation, aussi bien de l'évolution rapide des circonstances. Le juriste, en utilisant l'image évocatrice de Kirchmann¹⁸¹, court ainsi le risque sérieux de devenir un ver dans du bois

180. Sur cette thématique, lire les réflexions intemporelles de F. D'Agostino, *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milan, Giuffrè, 1973.

181. Sur la relation entre la science du droit et la méthode législative moderne, lire J. H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Verlag Julius Springer, 1848.

pourri.

Les transformations en cours sont d'une telle envergure qu'elles interpellent tout individu, et plus particulièrement le juriste, réputé pour sa rigueur technique et sa prétendue neutralité politique. Dans de tels moments, parfois exceptionnels, où certaines parties du système juridique actuel montrent des signes de décalage et d'obsolescence manifeste, il devient essentiel que le juriste aborde le droit en recherchant les critères qui justifient l'obligation normative. Ces critères doivent lui permettre de transcender l'imposition externe et le volontarisme du pouvoir, tout en facilitant la conciliation, l'unification et l'harmonisation des institutions, des normes et des principes avec les nouvelles exigences d'une société en pleine transformation. Pour que cela devienne possible, il est nécessaire de rappeler la vocation du juriste, souvent mise de côté par une certaine conception du droit et du juriste : l'un serait considéré comme abstrait et formel, l'autre comme érudit et légaliste.

En rappelant ainsi la vocation du juriste, qui ne fait qu'un avec l'exigence de justice au nom de la subsistance harmonieuse et pacifique de la société¹⁸², il convient néanmoins de souligner que le juriste, qu'il soit théoricien ou praticien, n'a jamais été uniquement un exégète du droit. En effet, même en supposant qu'il soit possible d'ignorer le fondement du droit ou de le réduire à autre chose que lui-même, le terme d'interprétation – une tâche essentielle pour le juriste face au droit – soulève déjà de nombreuses questions. Toute chose, simple ou complexe, doit être interprétée, et toute interprétation, qu'elle soit objective ou subjective, peut donner lieu à des controverses et à des désaccords. En d'autres termes, à

182. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Bologne, Il Mulino, 1968.

la fois l'action et la disposition peuvent être interprétées de différentes manières, parfois divergentes.

En outre, il convient de noter que l'interprétation juridique, contrairement à l'interprétation philologique, ne se limite pas à une simple réflexion sur une pensée figée. La volonté du législateur ne correspond pas à la volonté de l'auteur, ni à une pensée définitivement fixée à un moment précis. Il s'agit plutôt d'un contenu en perpétuelle évolution, qui réagit aux nouveaux besoins, aux nouvelles conditions et aux nouvelles questions juridiques. Cette évolution résulte notamment de la succession d'interprétations diverses, toutes légitimes, nombreuses et imprévisibles : « Le tisserand lui-même ignore souvent la trame de son ouvrage. »

En considérant ensuite deux figures clés du domaine juridique : le juge et l'avocat, il est évident de souligner à quel point les fonctions du premier, en tant que témoin corporel de la loi, et du second, en tant que héraut itinérant de la loi¹⁸³, ne peuvent être réduites à un simple syllogisme ou à une recherche logique stricte. Le juge, avec son impartialité mûre (et sacerdotale) au nom de la justice, et l'avocat, avec son zèle généreux (et dévoué) au nom de la vérité contre les abus de pouvoir et l'injustice, savent tous deux que le cœur de la loi réside dans la justice, et qu'une loi injuste perd sa nature juridique. C'est ainsi que cela doit être, même si bien sûr, ils suivent des chemins différents et adoptent des attitudes différentes!

Ceci est d'autant plus vrai dans les sociétés hautement différenciées, complexes et technologiquement avancées d'aujourd'hui. La tâche du juriste devient encore plus cru-

183. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milan, Ponte delle Grazie, 2005.

ciale qu'auparavant, et il ne peut plus se limiter à la simple coordination et unification du matériel juridique existant. Même en admettant qu'il y ait toujours une distinction entre le *ius conditum* et le *ius condendum* dans le travail concret du juriste, il est indéniable que le travail de déconstruction et de reconstruction du système normatif, exigé et imposé par la transformation technologique elle-même, signifie que le juriste ne peut pas se dispenser de l'audacieuse création du *ius condendum*. Qu'il soit accommodant, parfois paresseux (moralement), ou même non conforme, le juriste est en tout cas appelé à intégrer la transformation dans le cadre de la légalité, en utilisant son expérience (tant théorique que pratique) pour relire les lois à la lumière des principes juridiques de la communauté. Tout cela s'inscrit dans le cadre d'un *modus procedendi* qui, d'une manière particulière et à sa manière propre, évoque, en réalité la méthode dialectique que, selon Villey, caractérisait le droit naturel classique. Il révèle ainsi sa source et son potentiel intrinsèques :

« Sur la scène de la dialectique, il faut la présence, outre les interlocuteurs, et leurs discours, leurs arguments, leurs propositions normatives, d'un tiers personnage qui est la chose dont on cherche la connaissance. À quoi le discours se rapporte. Son propos n'est pas la conduite, que visent les utilitaristes ou les moralistes modernes, mais la vérité sur cette chose qu'est le juste ou l'injuste, pour l'ontologie réaliste ; cette chose ou ces choses qu'on appelait autrefois *ius* naturel. »¹⁸⁴

184. M. Villey, « Nouvelle rhétorique et droit naturel », in *Critique de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 103.