

Études | Studies
sur | on
les *Discours* | Rousseau's
de Rousseau | *Discourses*

Actes du Colloque d'Ottawa
(15-17 mai 1985)
publiés et
présentés par

Proceedings of the
Ottawa Symposium
(15-17 May 1985),
edited by

Jean Terrasse

Pensée libre, n° 1

Association nord-américaine des études Jean-Jacques Rousseau
North American Association for the Study of Jean-Jacques Rousseau

Ottawa
1988

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre:

Études sur les discours de Rousseau = Studies on Rousseau's discourses

(Pensée libre ; no 1)
Texte en français et en anglais.
Bibliographie: p.
ISBN 0-9693132-0-9

1. Rousseau, Jean-Jacques, 1712-1778--Pensée politique et sociale--Congrès. 2. Rousseau, Jean-Jacques, 1712-1778--Philosophie--Congrès.
I. Terrasse, Jean, 1940-. II. Association nord-américaine des études Jean-Jacques Rousseau.
III. Titre: Studies on Rousseau's discourses.
IV. Collection.

PQ2043.E89 1988 848'.509 C88-090056-3F

Canadian Cataloguing in Publication Data

Main entry under title:

Études sur les discours de Rousseau = Studies on Rousseau's discourses

(Pensée libre ; no. 1)
Text in French and English.
Bibliography: p.
ISBN 0-9693132-0-9

1. Rousseau, Jean-Jacques, 1712-1778--Political and social views--Congresses. 2. Rousseau, Jean-Jacques, 1712-1778--Philosophy--Congresses.
I. Terrasse, Jean, 1940-. II. North American Association for the Study of Jean-Jacques Rousseau.
III. Title: Studies on Rousseau's discourses.
IV. Series.

PQ2043.E89 1988 848'.509 C88-090056-3E

Ouvrage publié grâce au concours de l'Association nord-américaine des études Jean-Jacques Rousseau/North American Association for the Study of Jean-Jacques Rousseau et grâce à une subvention du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

Conseil exécutif, 1983-1985

Président : Jean Terrasse (Université McGill)
Vice-Président : Jean Roy (Université de Montréal)
Secrétaire-trésorier : Denyse Laniel, Montréal, Qué.
Directeur académique : Guy Lafrance (Université d'Ottawa)
Éditeur du bulletin de nouvelles : Howard R. Cell
(Glassboro State College, N.J.)

© Association nord-américaine des études Jean-Jacques Rousseau, 1988

ISBN 0-9693132-0-9

ROUSSEAU ET L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN

L'image la plus répandue, tout au moins en France, de la philosophie du droit de Jean-Jacques Rousseau est celle d'une conception essentiellement *légaliste*, voire positiviste au sens large. Rousseau appartiendrait à cette grande lignée de penseurs normativistes, débutant avec Suarez ou Hobbes et aboutissant, dans une version épurée, à la théorie kelsenienne. De cette chaîne caractéristique de la philosophie moderne, Rousseau constituerait le maillon démocratique¹, ce en quoi résideraient son originalité et sa valeur.

À ce courant, dominant dans la philosophie du droit au moins depuis le XVII^e siècle et qui s'est trouvé contemporain de la centralisation et de la codification progressives du droit, on oppose habituellement² sur le plan pratique l'esprit, beaucoup moins systématique, beaucoup plus jurisprudentiel, du droit de l'Ancien Régime, du droit des pays de *Common Law*, et surtout en raison de son antériorité et de son influence incomparable, l'esprit du droit romain. L'idée qui préside à cet article est simplement de «tester» la valeur de l'image courante de la pensée de Rousseau en examinant son rapport au droit romain en ce qui concerne la question générale de la juridicité et du rapport du droit et la loi³. Si le jugement de Rousseau sur le droit romain est essentiellement négatif, la représentation courante du rousseauisme trouvera alors une confirmation; sinon, elle devra sans doute être rectifiée ou complétée.

Les jugements portés par Rousseau sur le droit romain sont fréquemment défavorables : le *Corpus juris civilis* est un ouvrage inutile (O.C., III, 493), un fatras (III, 1001); pire, est inspiré par un esprit d'avarice (III, 494). Sauf exceptions (cf. III, 566), les appréciations flatteuses sont réservées à l'ancien droit romain et à la Loi des Douze Tables. Plus que leur aspect

1. Au sens actuel et non rousseauiste du terme.

2. Cf. en particulier les nombreux travaux de Michel Villey.

3. Nous n'étudierons donc pas ici les nombreux emprunts de Rousseau aux institutions romaines.

globalement négatif, c'est la banalité de ces jugements qui est ici gênante. L'opposition entre un vrai droit romain, originel, clair et bon, et un droit romain corrompu, celui de la compilation tribonienne, constitue bien longtemps avant Rousseau un véritable lieu commun⁴ et ne semble donc pas fournir une voie d'accès pertinente à l'éventuelle originalité de sa pensée.

Beaucoup plus fondamentaux sont au contraire deux passages de la préface du *Second Discours* où Rousseau traite directement de l'opposition entre la conception romaine de la loi et du droit naturel et la conception des Modernes. Dans le premier passage⁵, Rousseau semble renvoyer les deux adversaires dos à dos. Mais, dans le second⁶, après avoir critiqué les adeptes de l'École (moderne) du Droit Naturel qui font de l'homme de la nature «un très grand raisonneur et un profond métaphysicien» (III, 125) et établi les principes antérieurs à la raison de la conservation et de la pitié (III, 126), il se rapproche davantage des «jurisconsultes romains»⁷ en jugeant que les animaux participent aussi au droit naturel (*ibid.*). Il semble donc que sur cette question fondamentale de la compréhension du concept de droit naturel posée à partir de son éventuelle extension au règne animal, Rousseau contrairement aux Modernes adopte une position nuancée et

4. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre article «Le Discours juridique dans la première moitié du XVII^e siècle», dans *L'État baroque, 1610-1652*, Paris, Vrin, 1985, p. 125 sq.

5. III, 124 : «... les jurisconsultes romains assujettissent indifféremment l'homme et tous les autres animaux à la même loi naturelle... Les Modernes ne reconnaissant sous le nom de loi qu'une règle prescrite à un être moral, c'est-à-dire intelligent, libre... bornent conséquemment au seul animal doué de raison, c'est-à-dire à l'homme, la compétence de la loi naturelle...».

6. III, 126 : «Par ce moyen, on termine aussi les anciennes disputes sur la participation des animaux à la loi naturelle : car il est clair que, dépourvus de lumières et de liberté, ils ne peuvent reconnaître cette loi; mais tenant en quelque chose à notre nature par la sensibilité dont ils sont doués, on juge qu'ils doivent aussi participer au droit naturel, et que l'homme est assujéti envers eux à quelque espèce de devoirs» (nous soulignons).

7. Contrairement au jugement de Franz Haymann qui ne semble pas prendre en compte le passage de III, 126 : «Il (Rousseau) blâme tout particulièrement les juristes romains d'assujétir indifféremment l'homme et les autres animaux à la même loi naturelle» («La Loi naturelle dans la philosophie de J.-J. Rousseau», dans *Annales de la Société Jean-Jacques Rousseau*, t. 30, 1943-45, p. 76).

assez proche d'Ulpien⁸, ou des Stoïciens qui ont inspiré ce dernier⁹. Ce rapprochement est rendu possible par la distinction opérée par Rousseau entre les deux acceptions de la loi naturelle. La loi naturelle peut être comme chez les Modernes une «loi de raison» (III, 284)¹⁰, exprimée dans une proposition et qui pourrait à ce titre être qualifiée de loi naturelle formulée¹¹. Mais la loi naturelle peut également être immanente au comportement de l'individu (homme ou animal), antérieure à la raison et indépendante d'elle. Pour Rousseau, il peut donc exister du droit, selon un mode que nous devons préciser, sans qu'il y ait connaissance réfléchie ou perception d'une loi. Or, cette attitude prend le contre-pied de la conception moderne du droit qui s'établit dans un cadre dualiste opposant le corps à l'esprit, l'animal à l'homme, l'être et le devoir-être et plus généralement, selon la terminologie de Pufendorf, le monde des *entia physica* à celui des *entia moralia*. Pour bien situer la position rousseauiste, il n'est donc pas inutile d'examiner brièvement les différents moments où cette philosophie «dualiste» s'exprime progressivement, précisément dans des passages qui récusent cette co-appartenance de l'homme et de l'animal au même droit. En bref, il s'agit d'étudier l'anti-ulpianisme dominant de l'École Moderne du Droit Naturel.

Cette dernière s'enracinant dans la Scolastique espagnole du XVI^{ème} siècle, Vitoria et Suarez seront nos premiers témoins. Dans ses célèbres *Leçons sur les Indiens*, Vitoria établit que les créatures irrationnelles n'ont ni pouvoir ni droit et ne peuvent par là même subir d'injustice¹². Ne

8. *Digeste*, I, 1, 3-6 : «Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium... commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio : videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censerit».

9. Cf. par exemple Cicéron, *De Officiis*, I, 4, 11; *De Finibus*, III, 19, 62.

10. Cf. la distinction entre «droit naturel raisonné» et «sentiment» (III, 329).

11. Sur cette expression, cf. Jhering, «L'esprit du droit romain», Introduction II, 1; Jean-Louis Vullierme, «La Loi dans le droit...», dans *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 48 sq.

12. 80-81.

disposant ni de la volonté ni de la raison, elles ne sont pas maîtresses de leurs actes, et par rapport à elles ou entre elles il n'existe que des rapports physiques et non juridiques ou moraux : «Celui qui priverait le loup ou le lion de sa proie ou le boeuf de sa pâture ne commettrait aucune injustice à leur égard. De même, celui qui ferme la fenêtre pour empêcher le soleil d'entrer ne commettrait pas d'injustice à son égard»¹³. Sur un plan plus théorique dès le début du *De Legibus* ¹⁴, Suarez exprime une divergence capitale pour notre propos avec la pensée thomiste. Saint Thomas d'Aquin distinguait dans la *Somme Théologique* ¹⁵ deux types d'existence de la loi, d'abord chez celui qui règle ou mesure (loi rationnelle), ensuite chez celui qui est réglé ou mesuré. En ce dernier sens, «la loi est en tous ceux qui sont inclinés vers quelque chose à partir d'une loi...; cette inclination peut être dite loi non essentiellement mais par participation (*quasi participative*)»¹⁶. Quant à la loi naturelle, elle peut donc être connue par la raison et exister dans l'intellect, mais elle peut aussi résider dans les individus sous forme d'inclinations dont certaines sont communes à l'homme et aux animaux¹⁷. Pour Suarez au contraire, la loi participée, l'inclination naturelle, ne constituent pas une loi, mais plutôt un effet de la loi. Par conséquent, parler de loi des animaux n'a de sens que dans une acception métaphorique¹⁸, car «les choses dépourvues de raison ne sont pas proprement capables de loi, ni d'obéissance»¹⁹. Montrant plus loin²⁰ que le droit suppose

13. *Ibid.*, l'être vivant est ici très clairement rejeté avec les êtres purement physiques (la lumière) dans le domaine du non-droit.

14. I, 1.

15. Ia IIae, q. 90 a.2.

16. *Ibid.*, d'où l'expression de loi participée que nous utiliserons par la suite.

17. IIa IIae, q. 57, a.3 avec référence à Ulpien.

18. *Ibid.*, «*acceptio metaphorica* ».

19. *Ibid.*

20. *Id.*, I, 2.

la loi, Suarez considère évidemment que l'homme est le seul sujet du droit naturel.

Poursuivant la même tradition de pensée, il n'est donc pas étonnant que Grotius et Pufendorf critiquent explicitement Ulpien²¹. Pour le premier, «les jurisconsultes romains distinguent deux sortes de droit immuables : l'un qui est selon eux commun à l'homme et aux autres animaux et qu'ils appellent *droit de la nature* dans un sens propre et étroit, l'autre qui est particulier aux *hommes* et qu'ils expriment souvent par le nom de *droit des gens*. Mais cette distinction n'est presque d'aucun usage car à proprement parler, il n'y a qu'un être capable de se former des maximes générales, qui soit susceptible de droit et d'obligation»²². En d'autres termes, le droit naturel est seulement un droit de l'homme et ne fait qu'un avec le droit des gens (au sens commun de l'humanité). La même idée est reprise par Pufendorf dans une perspective plus ample, celle de la distinction des *entia physica* et des *entia moralia* qui inaugure le *Droit de la nature et des gens*. Pour Pufendorf, le monde physique, auquel appartiennent les tendances et les inclinations, est en lui-même dépourvu de toute dimension axiologique. Le monde moral est celui où une «*impositio*» émanant de Dieu (loi naturelle), des hommes (contrat), de l'État (droit positif) assigne des qualités ou des valeurs à certains éléments du monde physique (choses, personnes, actes). Les droits ou les obligations n'existent qu'à partir de ces impositions qui ne proviennent que d'êtres rationnels et ne s'adressent qu'à eux. Très logiquement donc, Pufendorf critique à son tour les «jurisconsultes romains» : «Suivant cette définition²³ il faudrait rapporter au droit naturel toutes les choses pour lesquelles on voit que les bêtes aussi bien que les hommes ont généralement du penchant et de l'aversion; de sorte qu'il y aurait un droit commun aux hommes et aux

21. Suarez l'invoquait seulement comme autorité à propos de la distinction du droit naturel et du droit positif (*op.cit.*, I,3).

22. *Droit de la guerre et de la paix*, I, I, II, 1, trad. Barbeyrac (qui rajoute le mot «obligation»).

23. C.à.d. celle de droit naturel chez Ulpien.

bêtes»²⁴. Mais puisque, pour Pufendorf comme pour les auteurs précédemment évoqués, un être dépourvu de raison ne saurait être susceptible de loi, «il y a toujours cette différence considérable, c'est que les mouvements des bêtes sont uniquement l'effet de la disposition et du penchant de leur nature (*ex simplici naturae inclinatione*); au lieu que ceux de l'homme partent d'un principe d'obligation (*quos homo velut ex obligatione exercet*), dont les bêtes n'ont aucun sentiment»²⁵. En bref, donner le nom de droit naturel à ces dispositions physiques, «c'est abuser sans nécessité du terme de droit»²⁶.

En définitive, l'École Moderne du Droit Naturel rejette très clairement l'idée d'un droit naturel immanent et tendanciel. Critiquant les Stoïciens qui considèrent comme des lois de la nature ce qui n'appartient qu'à «l'ordre des causes physiques», Barbeyrac résume parfaitement le point de vue de l'École : «la loi et le droit n'emportent aucune chose qu'une règle prescrite à des agents libres, c'est-à-dire que l'on suppose capables de connaître la règle, obligés de s'y conformer et disposés de telle manière que comme ils peuvent ne pas la suivre actuellement ils peuvent aussi la suivre»²⁷.

Lorsque Rousseau, au moins au niveau du droit naturel, prend ses distances vis-à-vis du dualisme de l'École et se rapproche du point de vue d'Ulpien, il ne se trouve cependant pas totalement isolé. Bien qu'il fasse preuve d'une particulière lucidité dans la saisie des deux acceptions possibles de la loi naturelle (participée ou rationnelle) sa position propre prolonge indéniablement celle de Montesquieu²⁸. Pour celui-ci, comme il l'écrit dans un passage supprimé de la

24. *Op. cit.*, II, 3, 2 (trad. Barbeyrac).

25. *Ibid.* Pour Pufendorf, les mouvements des bêtes, même lorsqu'elles imitent des attitudes humaines (tendresse, compassion...) proviennent seulement du mouvement des «petites parties de leurs corps» (les esprits animaux cartésiens).

26. *Ibid.*

27. Note 7 sur Pufendorf, *op.cit.*, II, 2, 3.

28. Pour s'en tenir à une source de philosophie politique; sur l'influence de Diderot et Condillac, cf. Jean Morel, «Recherches sur les sources du Discours sur l'origine de l'inégalité», dans *Annales de la Société Jean-Jacques Rousseau*, t. 5, 1909, pp. 119-198, spécialement pp. 120-160.

version définitive de *L'Esprit des lois*, «c'est surtout chez eux (les animaux) qu'il faut aller chercher le droit naturel»²⁹. Mais indépendamment de ce texte, les deux premiers chapitres de *L'Esprit des lois* annoncent la position rousseauiste. Rappelons simplement que pour Montesquieu les animaux ont des lois naturelles que, comme l'homme, ils ne suivent d'ailleurs pas invariablement, que celles qui dirigent l'homme tendent à sa conservation et à sa reproduction (comme chez Ulpien), à la paix et au regroupement social (comme chez les Stoïciens) et qu'aucune ne nécessite le développement «d'idées spéculatives». En bref, le refus de séparer totalement l'homme de l'animal, de confondre la loi de la nature et celle des philosophes, semble avoir été assez précisément inspiré à Rousseau par Montesquieu, dont on connaît par ailleurs l'admiration pour le Stoïcisme³⁰.

Faut-il donc en conclure que deux grands courants de pensée s'opposent? Le premier illustré par Suarez, Grotius, Pufendorf voire Buffon et son *homo duplex*, le second par les Stoïciens, Montesquieu, Rousseau et éventuellement Condillac. Il nous semble au contraire que, cette opposition admise, sans autre précision, ne peut conduire qu'à une fâcheuse mutilation des doctrines concernées. Il nous faut donc compléter les éléments du débat afin d'envisager sur une base plus saine la portée de ces divergences.

Il faut tout d'abord se garder de faire du Stoïcisme, qui se trouve au point de départ de cette discussion, une sorte de naturalisme total où la différence entre l'homme et l'animal ne serait que de degré. Sur la question de l'injustice envers les animaux par exemple, Vitoria (cf. *supra*) est, au moins dans la lettre, plus «stoïcien» que Rousseau (en II, 126). Nous savons en effet, par Diogène Laërce³¹ et Cicéron³², que pour Chrysippe et Posidonius il n'existe pas de liens de droit (*vincula juris*) entre l'animal et l'homme qui peut sans injustice (*sine injuria*) utiliser les bêtes pour ses fins

29. Ed. Pléiade, t. 2, p. 996.

30. Cf. *Esprit des Lois*, XXIV, 10; *Considérations...*, chap. XVI.

31. *Vies...*, VII, 129.

32. *De Finibus*, III, 67.

propres³³. Le Stoïcisme ne prône pas bien sûr l'exploitation du monde animal, mais considère que les devoirs de l'homme en ce domaine ont moins lieu envers les animaux qu'à propos des animaux et envers la Raison Universelle.

Plus généralement, le stoïcisme n'est pas un continuisme. En effet, dans cette doctrine la vraie vertu est atteinte grâce à un «saut qualitatif» par lequel l'homme qui progressait vers la sagesse en s'aidant de ses dispositions naturelles devient sage par sa seule raison. Les tendances naturelles nous désignent la direction du bien, soutiennent notre effort pour y parvenir, mais ne constituent pas la vertu. L'animal, l'homme de la nature ou resté proche d'elle n'accèdent pas à la moralité. Ainsi Sénèque écrit au sujet des hommes primitifs, dépourvus d'avarice (et qui épargnaient les animaux) : «C'était leur ignorance qui faisait leur innocence. Ce sont choses bien différentes de ne pas vouloir ou de ne pas savoir faire le mal. Il leur manquait la justice..., la force d'âme... Nous naissons pour la perfection mais sans elle; et dans le meilleur naturel du monde... il y a l'étoffe de la vertu, il n'y a pas la vertu»³⁴. Or cette idée selon laquelle le monde de la moralité prolonge la nature, loin de la contredire, mais en est toutefois distinct, est acceptée par toute l'École du Droit Naturel.

Chez Grotius, les arguments, voire les exemples, des stoïciens sont employés dès les *Prolégomènes* du *Droit de la Guerre et de la Paix*, lorsqu'est abordée la question fondamentale de la sociabilité³⁵. Grotius utilise le terme stoïcien d'*oïkeiōsis* et des analogies souvent cicéroniennes entre le comportement animal et celui de l'homme pour prouver notre tendance naturelle à la société³⁶. Celle-ci est la source ou l'origine active du droit, bien qu'elle ne soit pas le droit lui-même. Ultérieurement, Grotius fera bien souvent usage

33. Cf. Sénèque, *De Beneficiis*, IV, 18 (cité par Grotius, *op. cit.*, prol. VI, et Pufendorf, *op. cit.*, II, 3, 15) et Ulpien, *Digeste*, IX, 1, 1, 3 : «*Nec enim potest animal injuriam fecisse quod sensu caret*».

34. *Lettres à Lucilius*, 90 *in fine*; cf. *De Finibus*, III, 7, 23.

35. *Op.cit.*, prol. VII.

36. Cf. Aristote, *Politique*, 1253a 6.

de l'observation du monde animal ou des tendances naturelles de l'homme pour déterminer le droit naturel³⁷. Il en va de même chez Pufendorf. Certes, la tendance, mouvement physique, n'est pas identique à la loi, prescription morale. Toutefois, comme pour les stoïciens ou Grotius, l'observation des impulsions de la nature permet de découvrir la loi naturelle : «Pour moi je ne connais pas de voie plus abrégée ni plus commode pour découvrir les principes du droit naturel, que de considérer avec soin la nature, la constitution et les inclinations de l'homme»³⁸; ainsi, par exemple, «il y a ceci de commun entre l'homme et tous les autres animaux qui ont quelque connaissance ou quelques sentiments d'eux-mêmes, qu'il s'aime extrêmement et qu'il cherche à se conserver par toutes sortes de voies»³⁹. De plus, si la loi naturelle constitue le fondement de la moralité, elle n'est pas nécessairement la source du comportement de l'homme de la nature qui n'a pas à être un «profond métaphysicien» : «il n'est pourtant pas nécessaire à mon avis de s'opiniâtrer à soutenir que les principes de la loi naturelle, du moins les plus généraux, soient nés avec nous et gravés dans nos esprits dès les premiers moments de notre existence, en forme de propositions distinctes et actuellement présentes à l'entendement»⁴⁰. De même que chez Descartes ou Malebranche, l'institution de la nature permet que, sans être chimiste, l'individu éprouve de la répulsion pour une nourriture avariée ou juge correctement des distances sans connaître les lois de l'optique, l'homme de la nature applique la loi naturelle par instinct⁴¹ (quoique non sans quelques défaillances). En définitive, dans l'École du Droit Naturel, le point de vue de l'instinct et celui de la loi se

37. Par exemple, *id.*, I, 2, 15.

38. *Op.cit.*, II, 3, 14.

39. *Ibid.*

40. *Id.*, II, 3, 13 (cf. l'éloge de Locke dans la préface de Barbeyrac, 4). Lorsque Pufendorf déclare que «la raison même dans l'état de nature a une règle sûre et fixe» (II, 2, 9), il comprend cet état moins comme une période historique que comme un domaine de pensée où n'interviennent pas les règles posées par les contrats ou la loi étatique.

41. Ou, dans l'état social par imitation (II, 3, 13).

complètent et il n'est pas étonnant de constater qu'un Gravina concilie aisément l'opinion des Modernes et celle des jurisconsultes de Rome⁴².

La distance qui semblait séparer les deux courants naguère distingués semble donc s'être considérablement réduite⁴³. De plus, *last but not least*, Rousseau lui-même adopte par ailleurs la position «dualiste» de ces prétendus adversaires : il oppose avec vigueur l'instinct et la liberté, le physique et le spirituel (III, 141-142), l'impulsion physique à la voix du devoir, l'appétit au droit, l'animal stupide et borné à l'être intelligent (III, 364).

En réalité, plus qu'une vraie divergence sur le fond, on doit constater l'existence de deux significations du terme de droit naturel, chaque courant insistant plus sur l'une que sur l'autre, au moins dans les passages relevés au début de ce travail. Dans un premier sens, qui domine sans doute dans l'École du Droit Naturel, celui-ci est un ensemble de règles, indépendantes des conventions humaines, perçues par la raison, obligeant la volonté qui peut toutefois par sa liberté refuser de leur obéir, mais qui, lorsqu'elle s'y conforme, acquiert le mérite ou la valeur morale, dont l'animal ou l'homme innocent par ignorance sont incapables : *tous* les auteurs que nous avons évoqués et Rousseau lui-même s'accordent à penser que le droit naturel, comme ensemble de règles morales universelles, ne concerne qu'un être raisonnable et libre. Dans un autre sens, celui d'Ulpien, de Montesquieu au chapitre 2 du livre I de l'*Esprit des Lois*, de Rousseau dans la Préface du *Second Discours*, le droit naturel peut aussi être considéré comme un mode de régulation des comportements aboutissant à la conservation d'un ordre, de rapports stables entre un individu ou une espèce et leur environnement. Le droit naturel est alors une loi non pas perçue par la raison, mais participée, la conformité à celle-ci n'étant pas le fruit d'un choix et ne produisant aucun mérite,

42. Dans *L'Esprit des lois romaines*, pp.10-11, traduction française du *De Ortu et progressu juris civilis*.

43. Comme le remarque, contre Robert Schackleton, Mark H. Waddicor au sujet de Montesquieu dans son *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1970, spécialement chap. 3.

mais réalisant effectivement un «ordre avantageux pour tous»⁴⁴. Dans cette acception le droit naturel est, au moins partiellement, commun à l'homme et aux animaux. Ainsi, Rousseau peut-il écrire que «l'accouplement (des bêtes) produit une sorte de lien moral»⁴⁵. Il n'affirme pas qu'il existe ici de véritables obligations morales ou juridiques (droit naturel au sens 1), mais il constate l'existence de relations établissant un ordre conforme aux intérêts de l'espèce (droit naturel au sens 2). Plus généralement, dans l'état de nature, règne ce type de droit non formulaire, indépendant de l'exercice de la raison, mais qui assure la paix, non au sens juridique du terme (qui implique conventions ou traités), mais au sens «physique» ou objectif d'absence de violences régulières, d'où la proposition paradoxale selon laquelle à cette époque «partout régnait l'état de guerre et toute la terre était en paix».

On peut remarquer que Rousseau, dans la seconde partie du *Discours sur l'origine de l'inégalité*, décrit lors des premières étapes de la vie sociale un type de régulation des rapports inter-humains plus proche du droit naturel issu des inclinations que du droit formulé, et qu'on pourrait appeler, sinon droit naturel social (expression fort peu rousseauiste), du moins droit social coutumier. Il existe donc à ce stade et si l'on peut dire⁴⁶, un droit de la famille (III, 168), un droit des obligations (des échanges, III, 173), et un droit pénal (III, 170) qui, quoique cruel, contribue à la paix par son aspect dissuasif. Ainsi, bien que Rousseau considère que le droit naturel, au sens «moral», suppose un homme extrait de l'animalité et éclairé, il affirme l'existence d'un droit naturel immanent et à sa suite d'un droit coutumier antérieurs à l'apparition de véritables règles juridiques.

À l'issue de ces analyses, nous sommes confrontés à un double constat. D'une part, sur un plan théorique, il n'est pas impossible de concilier les différents auteurs que nous avons évoqués. D'autre part, et pour s'en tenir à Rousseau,

44. Cf. *Nouvelle Héloïse*, II, 2.

45. *Emile*, O.C., IV, 797; cf. le «quam nos matrimonium appellamus» d'Ulpien.

46. Puisque c'est là utiliser les catégories du droit formulé.

celui-ci insiste au niveau du droit naturel sur un mode de régulation immanent (droit naturel au sens 2, voire droit coutumier) par opposition à la loi naturelle de la raison à laquelle toutefois dans d'autres contextes il se rallie. Quelle est donc la portée pour l'ensemble de la pensée politique de Rousseau de cette «insistance», au delà de la vraisemblable nostalgie pour des sociétés «d'autant mieux unie(s) que l'attachement réciproque et la liberté en étaient les seuls liens» (III, 168)?

Pour répondre à cette question, il faut résumer les reproches ou les critiques adressés par Rousseau à l'École Moderne du Droit Naturel. On peut en distinguer quatre, étroitement connectés, car ils ont en commun de procéder moins d'une lecture interne que d'une évaluation portant soit sur le contexte soit sur les conséquences de la doctrine.

(1) Les systèmes de droit naturel rationnel sont pour Rousseau contemporains de l'injustice et de l'immoralité. Rousseau est très sensible à la vieille opposition cynique des *verba* et des *res*. C'est dans cette lignée que Sénèque, comme le fera Rousseau, constate que «depuis que les doctes tiennent le haut du pavé, il y a pénurie de gens de bien»⁴⁷. Ainsi lorsque les philosophes du droit naturel savent si bien dire, leurs contemporains ne savent plus bien faire (cf. III, 30). En morale, la vérité est silencieuse (cf. III, 261).

(2) L'insistance sur des vérités juridiques et morales éternelles ne permet pas d'analyser l'histoire (et particulièrement la genèse des sociétés) qui repose sur des «liaisons cachées» inhérentes au «progrès des choses» (III, 227). Rousseau fait même semblant de croire que les jusnaturalistes modernes ont confondu la logique et la chronologie en affirmant l'existence consciente des règles du droit naturel rationnel dans l'esprit de l'homme de la nature, comme si, pour reprendre une comparaison célèbre, ils avaient pensé que la grammaire scientifique coexistait de tout temps avec le langage.

(3) Même si l'explication historique n'est pas le premier souci des jusnaturalistes modernes, ceux-ci, selon Rousseau, accréditent l'idée selon laquelle le droit naturel rationnel

47. *Lettres à Lucilius*, 95.

fournirait le meilleur point de vue pour appréhender, voire régler, les comportements sociaux actuels, comme si, pour réutiliser la même comparaison, la grammaire constituait la meilleure clé des comportements linguistiques réels. Or c'est là pour Rousseau commettre l'erreur fondamentale de surestimer chez les individus la puissance pratique de la raison: «l'erreur de la plupart des moralistes fut toujours de prendre l'homme pour un être essentiellement raisonnable» (III, 554).

(4) Enfin, point capital, le jusnaturalisme moderne engendre une conception inexacte de la législation qui ne peut aboutir qu'à des codes abstraits, «êtres de raison dont la possibilité même est disputée» (III, 499). Rousseau reproduit en quelque sorte dans le domaine juridique la critique que Condillac dans son *Traité des Systèmes* avait adressée aux grands systèmes de métaphysique (qualifiés de systèmes abstraits)⁴⁸. Rousseau se refuse à ne «faire qu'un système» (III, 810), à ne proposer aux peuples que «des lois artificielles et systématiques» (III, 950). Le jusnaturalisme a pour progéniture une codification dont Rousseau récuse l'esprit, que l'on pourrait qualifier d'universaliste⁴⁹ et de formulaire.

En définitive, ces critiques visent un certain juridisme qui croit en la possibilité d'une régulation sociale efficace obtenue par l'élaboration d'un ensemble cohérent de lois formulaires (assorties de sanctions). Or cette manière moderne de légiférer, impliquée par le rationalisme de l'École du Droit Naturel, oublie ce qui est en réalité pour Rousseau la partie la plus essentielle de la «législation»: les moeurs (III, 394).

C'est ici qu'apparaît l'unité de la pensée de Rousseau, sur le rapport du droit et de la loi, aussi bien dans l'état de nature que dans l'état social. Dans la Préface su *Second Discours*, Rousseau distinguait le droit naturel des Modernes, la loi de raison, et le droit naturel immanent antérieur à la raison, c'est-à-dire la loi naturelle participée. Dans l'état civil, il distingue pareillement la loi, comme règle juridique, et *les moeurs qui sont une véritable loi civile participée*. De même

48. Pour Condillac, le système politique doit «être absolument relatif à la nature des choses» (*op. cit.*, chap. XV).

49. D'où la critique du cosmopolitisme des philosophes.

que les Modernes, selon Rousseau, négligeaient la loi naturelle participée et faisaient de l'homme «un grand raisonneur» (III, 125) et «un être essentiellement raisonnable» (III, 554), de même, méconnaissant les moeurs, ils poursuivent ces «chimères» que sont des «formes de gouvernement dans lesquels *par la seule force des lois* les citoyens puissent être libres et vertueux»⁵⁰.

Il s'agit donc pour Rousseau, qui dans le *Second Discours* n'avait pas étudié l'homme de la nature du seul point de vue du droit rationnel, de ne pas non plus en politique en rester au seul point de vue de la loi et du code mais de rouvrir «des routes inconnues aux modernes» (III, 969). Ces voies, tout lecteur de Rousseau les connaît : ce sont la religion civile qui clôt presque le *Contrat social*, l'opinion publique, ce «ressort entièrement perdu chez les Modernes» (III, 459), l'éducation, «la plus importante affaire de l'État» (III, 261; cf. 966), l'amour de la patrie, plus fort que la législation (III, 961), bref la régulation immanente que constituent les moeurs et qui ne recourt pas à cette «vertu par raison» qui n'appartient qu'à Socrate ou «aux esprits de sa trempe», mais à «l'inclination, la passion, la nécessité» (III, 966). Il n'est donc pas étonnant de voir Rousseau proposer aux Corses (III, 915) le modèle de la Suisse primitive où les échanges et les mariages étaient réglés par la coutume plutôt que par la législation⁵¹.

Il serait évidemment absurde de substituer à une vision unilatérale une autre qui ne le serait pas moins, en faisant de Rousseau un antilégaliste ou un adversaire de la codification (à l'instar de Savigny). Toute la légitimité de l'édifice politique repose sur la loi «qu'on s'est prescrite», la rédaction de codes⁵² étant par là même une exigence absolue (comme chez Hegel). Pourtant ce type de législation sera impuissant si l'on ne fait pas, selon «le grand art des gouvernements anciens» (III, 252), pénétrer la loi dans le cœur des citoyens. L'erreur des Modernes, celle des philosophes, celle des politiques, celle

50. *Jean-Jacques entre Socrate et Caton*, éd. Claude Pichois et René Pintard, Paris, Librairie José Corti, 1972, p. 42 (nous soulignons).

51. Le rapprochement avec le droit coutumier du *Second Discours* s'impose ici.

52. Code politique (ou constitutionnel), code civil, code criminel (ou pénal) (III, 1001; *Contrat social*, II, 12).

aussi des lecteurs de Rousseau qui ne voient en lui qu'un légaliste, est d'avoir réduit le législateur à n'être qu'un «faiseur de lois» (cf. III, 956), c'est-à-dire un producteur, de plus en plus prolixe, de textes normatifs, alors que les législateurs anciens instaurent et conservaient l'ordre de la cité par l'institution de fêtes, de rites religieux et par les jeux des enfants (III, 494, 955, 958).

On pourrait par là même facilement montrer qu'indépendamment de l'intérêt porté par Rousseau à ces creusets de l'esprit civique, sa critique du légalisme n'est pas sans conséquences sur l'organisation juridique elle-même: par exemple le rôle dévolu à la jurisprudence, manifestation sur un mode pré-jheringien de l'esprit juridique vivant plus qu'exégèse (III, 1000), ou sur sa conception du droit pénal plus déclaratif que punitif ou sanctionnateur (III, 459, 759, 779).

Concluons toutefois sur ce qu'on pourrait appeler la double ambiguïté de cette régulation par les moeurs, en ce qui concerne, d'une part, son origine, d'autre part, sa portée morale. Tout d'abord, il semble que chez Rousseau les moeurs ne doivent pas naître d'une pure spontanéité sociale (hasards de l'innovation, de l'imitation ...), souvent douteuse dans ses effets, mais davantage d'un véritable plan, qui est la grande œuvre du législateur rousseauiste. Ce sont les lois qui font les moeurs (d'un peuple neuf tout au moins) : «Quoique la loi ne règle pas les moeurs c'est la législation qui les fait naître» (II, 459). Certes à la différence de Sparte, les lois ne sont pas à Rome la source des moeurs car celles-ci sont meilleures que celles-là (III, 488), mais Rome ne fut-elle pas «un miracle continuel» (III, 262)? En bref, si Rousseau ne communique pas sans réserve au légalisme des Modernes, il ne paraît pas si éloigné de leur vision centralisatrice de l'organisation et de la régulation sociales.

Enfin, la régulation par les moeurs laisse planer une difficulté quant à la valeur morale des actes de l'homme-citoyen. Si cette régulation a pour ressorts «l'inclination, la passion, la nécessité» (III, 966), si les moeurs sont une seconde nature, la société, ainsi réglée, est-elle encore composée d'homme vertueux au sens fort du terme? En effet, Rousseau affirme que l'homme de la nature, être instinctif, n'est pas, bien qu'innocent, véritablement moral. Il en va de

même pour le Suisse primitif (qui lui est social) : «Il n'avait pas de vertus puisque n'ayant pas de vices à vaincre, bien faire ne lui coûtait rien» (III, 914). Mais Rousseau n'ajoute-t-il pas qu'il était «bon et juste sans savoir ce qu'était justice et vertu» (II, 915)? Qu'en est-il alors de la bonté et de la justice de ceux qui dans la société rousseauiste sont dirigés par la force des moeurs, véritable instinct social? Plus généralement, qu'est-ce qui pour Rousseau plaît véritablement à Dieu : la vertu du pécheur, toujours susceptible de rechuter, par là-même méritante si elle accomplit le bien, ou «l'ignorance, l'innocence... les seuls biens qui peuvent faire notre bonheur et qui soient précieux devant toi» (III, 28)?⁵³

René Sève
Université de droit, d'économie
et de sciences sociales, Paris

53. Cf. dans ce volume le texte de Howard R. Cell, «Rousseau's Bitter Prayer».