

NATURALIS ET CIVILIS RATIO DANS LE DROIT PRIVÉ MODERNE

José Luis de Los Mozos

Il n'y a pas de doute que la science du Droit privé, particulièrement dans les pays d'Europe occidentale, et même, peut-on dire, dans ceux qui suivent un système juridique semblable, a atteint dans les dernières décennies, un incontestable degré de maturité méthodologique, qui se traduit non seulement dans la spéculation théorique mais aussi dans de nombreux domaines de l'application et de la pratique du Droit.

Peut-être l'écroulement de l'image pandectiste du Droit privé a-t-il enlevé de l'éclat aux constructions juridiques mais ce qu'on a perdu en technique a été gagné en perspective, ce qui rendra possible le renouvellement, dans un futur proche, du vieux *Corpus iuris civilis*. Naturellement, cela comporte un changement d'attitude chez le juriste, sa conversion à un "nouveau concept" du Droit ou, pour être plus exact, à une rénovation du Droit. La renaissance juridique a toujours précédé d'autres formes de renaissance.

Mais comment cette renaissance a-t-elle été possible ? On ne peut pas dire qu'elle soit due à un changement de «conscience sociale». Ce qui arrive dans l'histoire, c'est toujours un phénomène à l'écart, qui seulement de loin, et d'une façon très indirecte, peut être influencé par les juristes. Quand, au cours du premier tiers de ce siècle, on commença à parler des profondes transformations qui s'opéraient sur le terrain du Droit privé, on pouvait penser qu'un changement de la conscience sociale renouvellerait le Droit, mais c'était rester à la surface du problème, sans l'approfondir, et, ce qui était encore plus grave, avoir perdu foi dans les valeurs juridiques. Expérience d'une grande valeur en ce sens, comme le retour à la «*Interressenjurisprudenz*», défendue par F. Heck, dans les années vingt

et trente, a été condamné à l'échec, et est restée tout à fait oubliée depuis plus de vingt ans.

La mutation opérée, vient, notamment, d'un changement de «conscience sociale», mais le changement d'attitude méthodologique qui a eu lieu, dans la science du Droit privé, répond à des données beaucoup plus profondes et qui ont leurs racines dans les propres exigences méthodologiques de la science du Droit privé. S'il n'en était ainsi, il ne se serait pas opéré avec ce caractère de généralité qu'offre une «*communis opinio*» majoritaire dans des pays qui, appartenant à un même système juridique, ont suivi des destinées historiques différentes et où les différences politiques, économiques et sociales sont bien évidentes.

On ne peut pas non plus faire dépendre ce changement de «facteurs idéologiques» ou culturels, car s'il est bien vrai que les pays d'Europe occidentale et d'Amérique latine, ont hérité de la Révolution Française le principe de «l'autonomie du pouvoir judiciaire», qui sert de fondement à la liberté civile, en revanche les profondes luttes sociales de notre temps ont laissé hors d'état de servir la prétendue «neutralité» du Droit privé, bien que le «formalisme juridique» ait prétendu plus tard renforcer cette attitude. D'ailleurs, quoique en diverse mesure, le monde occidental, admet aujourd'hui, «le pluralisme idéologique» — comme un dogme de la coexistence sociale.

C'est le même «pluralisme» qui fait repousser toute conception du Droit fondée, tantôt sur l'idéalisation d'un «ordre naturel», tantôt sur l'idéalisation, positive ou négative, d'un «ordre historique». C'est pourquoi on rejette tant un «ordre surlégal» qui s'appuie sur des «institutions» immuables, qu'un ordre «exclusivement légal», quoiqu'il prétende s'appuyer sur un nouveau «*Volksgeist*». Ce qui se manifeste dans l'importance majeure qu'on attache actuellement dans le «système de sources du Droit» aux principes généraux du Droit.

La conscience que l'ordre juridique est composé non seulement de règles contenues et formulées dans les dispositions légales mais aussi de *principes* a été sûrement le facteur le plus important de cette rénovation méthodologique opérée particulièrement dans le droit privé (quoiqu'elle se manifeste

aussi avec une grande vivacité, dans le droit public, comme conséquence de l'unité essentielle du droit). Au développement de cette nouvelle conscience a contribué, non seulement l'expérience séculaire des juristes en lutte contre une «légalité arbitraire», qui s'est trouvée dramatiquement enrichie par les crises sociales et politiques que le monde a souffertes dans les dernières années, mais aussi, comme nous le disions, les propres exigences méthodologiques de la science du droit privé, qui, dans une grande mesure grâce au progrès des études historiques du droit, a pu acquérir une véritable conscience de soi-même, en découvrant la vraie fonction sociale qu'à travers les temps, et malgré les changements sociaux, a eu le «système du droit privé», comme l'ont mis en évidence les études de la «*Neueren Privatrechtsgeschichte*», p.ex. en Allemagne.

Or, une nouvelle *logique matérielle*, qui se trouve dans le fondement même du «système de Droit privé» c'est-à-dire, dans sa construction méthodologique, doit influencer, sûrement, l'état actuel du raisonnement juridique.

Ainsi le raisonnement juridique ne dépend pas seulement de la «conscience sociale» ou des buts signalés par une «politique législative» déterminée, il ne dépend même pas d'une «attitude idéologique» à peu près uniforme, car, actuellement, ce qui se passe, c'est qu'il existe chez les juristes, plus accentuée qu'à d'autres époques, la conscience que le Droit a ses propres fondements méthodologiques, indépendants de la sociologie, de la politique et même de la philosophie.

Néanmoins, aucun juriste ne pense que ces facteurs (sociaux, politiques, idéologiques) soient étrangers au développement du Droit. Aujourd'hui, après l'expérience qu'a éprouvée la science du Droit, aux deux derniers siècles, depuis l'essai de convertir le droit naturel en droit positif des peuples, avec l'*Aufklärung*, jusqu'à la critique du «système du droit privé» par le «naturalisme juridique», le juriste a l'intuition presque instinctive, de ce que ces facteurs se développent dans un terrain marginal ontologique, qui n'arrive pas à faire partie du *noyau estimatif du Droit*. Ainsi, les valeurs juridiques, stabilisateurs de l'équilibre social, sans opprimer le cours de l'histoire, con-

servent leur *fonction arbitrale* des conflits sociaux, en distinguant le juste de l'injuste.

Bien sûr, ce phénomène de séparation du contour juridique n'est pas nouveau; déjà le juriste romain était habitué à séparer le *ius* du *bonum*, de l'*aequum* ou du *sacrum*, et à distinguer entre les opinions des philosophes et celles des juristes, et personne ne voudrait confondre Cicéron avec Celse ou Ulpien. Mais, par contre, c'est le contraire qui réapparaît dans toute période de vulgarisation ou de crise du Droit.

Cet argument est plus propre encore à l'égard de la spéculation juridique, en fixant les *bornes* dans lesquelles se développe le raisonnement juridique. Il est toutefois vrai que, le Droit privé européen, pour s'être décanté tout au long d'une tradition presque millénaire, tirant son origine (même dans son actuelle dimension) de la «*wissenschaftlichung*» du Droit romain, c'est-à-dire, de la «*réception*» du Droit justinien, malgré l'Humanisme et la codification, ou justement parce que ces facteurs ont servi à entretenir cette continuité méthodologique, opère encore avec la technique de la *méthode dogmatique* (*Begriffsjurisprudenz*). Les *dogmes* juridiques, en vertu de la commune tradition juridique européenne, sont utilisés pour formuler les «*iura privata*» et aussi eux-mêmes se sont formés une suite de concepts uniformes autour des institutions les plus importantes, sans qu'il y ait de grandes différences entre les divers «*systèmes juridiques*», sauf en ce qui concerne leur organisation technique ou systématique, et il en est de même des *principes*.

Eh bien, si nous tenons compte de ce que ce sont, justement, ces *dogmes*, qui subissent complètement l'influence du monde «*méta-juridique*», le problème se pose au juriste de devoir écarter les arguments, en saisissant ce qu'on peut incorporer dans la problématique juridique, une fois séparé des simples raisons sociologiques, politiques et idéologiques, mais sans se désintéresser non plus de celles-ci. De cette manière, il faut distinguer de nouveau une «*naturalis ratio*» d'une «*civilis ratio*». Parce que l'argument juridique, le *dogme*, le concept, n'est pas seulement une simple création théorétique, pas même comme une abstraction de la règle juridique, établie *modo artis*,

mais qu'il comporte déjà en soi même une valoration normative, montrant à la fois un jugement d'expérience; de plus, il doit être un argument d'*autorité*. C'est ici, justement, que l'on trouve la liaison entre le *dogme* et le *système*, entre le droit et l'histoire, cette liaison dont F. C. von Savigny et les grands maîtres de l'École Historique eurent l'intuition en résistant à la codification et en s'opposant à un Droit naturel rationaliste, quand au savoir juridique, comme «coutume culte», il y a lieu de l'exiger la condition de la «*opinio iuris seu necessitate*» applicable au «*Gewohnheitsrecht*».

Cette limitation propre au raisonnement juridique, fait qu'il ne peut pas se développer librement, au niveau théorétique, en se désintéressant de ses données méthodologiques, qui à leur tour reposent sur la *fonction pratique* du Droit. D'ailleurs ce qui sépare la *ratio naturalis* de la *ratio civilis* c'est son autorité, sa force *obligandi*, élément qui, formalement, est divers de sa propre cohérence spéculative en se plaçant sur le terrain de la *convenientia socialis*. De même, cette *ratio civilis* n'est pas imposée non plus par les seuls facteurs métajuridiques qui contribuent au fondement de la *societas iuris*, ou par une conception *formelle* de l'ordre juridique qui présupposerait ces facteurs, servant d'agglutinant à la stabilité sociale constituée, puisque, cela supposerait boucher les sources de la spéculation juridique, établie non seulement *lege artis* ou *voluntas legis*, mais, aussi, d'accord avec les principes suprêmes sur lesquels se basent, parallèlement, l'ordre social et l'ordre juridique, autour des idées de liberté et de solidarité humaines.

C'est pourquoi, le raisonnement juridique — *ratio civilis* — tant pour formuler la règle de droit, que pour établir la décision jurisprudentielle, opère au dedans de ces moules pratique-spéculatifs et conformément à ces limites imposées par sa fonction et par le contour dans lequel actue, ce qui accorde à la *ratio naturalis* le sens exact de sa «mesure» comme *ratio civilis*. Pour cette raison, dans son propre noyau apparaît, parfois, la notion du «*minimum éthique*», comme expression du respect social pour la liberté individuelle dans sa forme la plus radicale, ou à l'envers, et dans sa périphérie, le concept

d'«ordre public», auquel on peut trouver un sens semblable, quoiqu'il ait un fondement différent. Confluences qui expriment le sens de la mesure qui sépare la *ratio naturalis* de la *ratio civilis*.

Université de Salamanque