

L'INDICIBLE DROIT NATUREL DE FRANÇOIS GÉNY

Comment surmonter le compréhensible découragement que suscite l'avertissement aussi autorisé qu'intimidant du Professeur Villey, selon lequel « résumer la pensée de Gény sur le droit naturel est une entreprise téméraire » (1) ? Car cette réflexion, loin de se concevoir comme l'hommage à une vaste pensée qu'un simple article ne saurait qu'imparfaitement appréhender, doit s'entendre plutôt comme un reproche particulièrement féroce : le Doyen de Nancy en effet, certes reconnu comme l'auteur d'une œuvre extrêmement documentée et foisonnante, n'aurait néanmoins pas tout à fait réussi à « s'élever au-dessus de ses fiches » (2), faisant preuve d'un éclectisme philosophique proche de l'incohérence dans le souci principal d'être au goût du jour (3), ne parvenant pas à se dépêtrer d'atermolements multiples relevant davantage de la diplomatie que de la prise de position doctrinale, bref entretenant une épaisse confusion conduisant à un inéluctable « échec, dramatique lorsqu'on songe à la masse d'efforts déployés » (4). Ce sinistre résultat, d'après M. Villey, provient essentiellement de ce que, selon une formule désormais célèbre dans d'autres circonstances, Gény aurait mal répondu à une bonne question, pourtant posée par lui-même. Le premier versant de la pensée de Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (5), formulerait la bonne question, par sa promotion de nouvelles méthodes d'interprétation rompant avec celles de l'École de l'Exégèse, et contestant l'autorité de la loi, en raison de son caractère éminemment lacunaire, comme source exclusive du droit. Cette vive critique du positivisme, inscrite d'ailleurs dans un mouvement général de regain de faveur pour le droit naturel (6), aurait logiquement dû conduire Gény à adopter la conception du droit naturel classique.

(1) M. VILLEY, « François Gény et la renaissance du droit naturel », in *Seize essais de philosophie du droit*. Dalloz, 1969, p. 133.

(2) Art. précité, p. 132.

(3) Opinion partagée par F. Terré, « En relisant Gény », *Archives de philosophie du droit (A.P.D.)*, 1961, n° 6, p. 135.

(4) M. VILLEY, art. précité, p. 137.

(5) LGDJ, 2^e éd., 1919.

(6) V. J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Masson, 1910, 218 p.

Or, cette légitime attente aurait été déçue par la mauvaise réponse apportée par *Science et technique en droit privé positif* (7), qui, en rendant un culte excessif à la raison, n'accoucherait malheureusement que d'un jusnaturalisme tristement moderne et kantien, c'est-à-dire désespérément statique et axiomatique. En effet, la dichotomie du donné et du construit, véritable « clé de voûte » de l'œuvre de Gény (8), « qui semble, hélas, être son produit le plus original, la pièce maîtresse de sa doctrine » (9), se résoudrait en une simple juxtaposition de deux notions séparées, parallèles, ayant chacune une autonomie suffisante pour être conçue indépendamment de l'autre. Dès lors, Gény aurait commis l'erreur rédhibitoire d'aboutir à un droit naturel entièrement pourvu de règles jusque dans les moindre détails, sorte de rigide codification offrant un modèle achevé et préconstitué au droit positif, dont l'office se réduirait ainsi à n'être plus qu'une promulgation, un simple enregistrement de dispositions déjà expresse.

Toutefois, il semble qu'une telle lecture de *Science et technique* (10) soit quelque peu insolite et procède à un véritable et surprenant renversement de perspective. Il paraît bien plutôt que Gény prône de manière la plus claire un droit naturel résolument classique (11), dont tous les éléments principaux s'harmonisent parfaitement avec les caractéristiques proposées par M. Villey lui-même dans son célèbre « Abrégé de droit naturel classique » (12), et développées encore très récemment dans son ouvrage sur Saint Thomas d'Aquin (13). Car, à l'exact opposé d'une séparation radicale et étanche entre donné et construit, on doit plutôt voir chez Gény le souci constant de marquer la nécessaire imbrication, interaction, de ces deux dimensions. Il semble en effet que la raison chez cet auteur, loin d'être parfaite et abusivement célébrée, ne permette au contraire d'accéder qu'à une *vérité* incertaine, insuffisante à assurer la pleine légitimité du droit, et doit donc être relayée par la volonté, dont l'*autorité* est indispensable pour asseoir concrètement les solutions justes. C'est-à-dire qu'un travail de construction est nécessaire à la *formulation* du donné qui, considéré en soi, n'est que virtualité, simple tendance non actualisée. Toutefois, cette tentative de conciliation entre pensée et expression, entre signifié et signifiant, se révèle particulièrement difficile chez Gény, dont l'intérêt principal est de faire apparaître l'insoluble tension entre le particulier et le général, la souhaitable monosémie du droit posé et l'inévitable polysémie du droit donné. S'appuyant sur une conception plutôt

(7) Sirey, 1914-1924.

(8) F. TERRE, art. précité, p. 135.

(9) M. VILLEY, art. précité, p. 134.

(10) Qu'on abrégera par la suite : *ST.*

(11) Est-il d'ailleurs permis d'ajouter à notre tour : « hélas » ?

(12) *A.P.D.*, 1961, n° 6, p. 25-72.

(13) M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, PUF, 1987, 184 p.

dépassée du langage (14), la pensée de Gény en effet, qui tient pour acquise la nécessité du droit naturel, s'attache particulièrement à mettre en relief son caractère intrinsèquement inexprimable, irréductiblement indicible.

C'est cette préoccupation constante du Doyen de Nancy qu'on voudrait retracer, en tâchant de situer l'explication dans la perspective centrale du problème de l'interprétation, auquel Gény a consacré toute son œuvre. Qui dit interprétation, dit en effet : 1) Que le juge ne peut en aucun cas jouir d'une totale liberté. Il ne peut interpréter qu'un droit à appliquer, il ne peut agir que dans le cadre de l'application de règles juridiques s'imposant à lui de l'extérieur, et ne pouvant corrélativement jamais procéder de lui-même. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager pour l'interprète un droit qui lui soit préalablement *donné*, lui permettant ensuite de l'appliquer. 2) Qu'il s'agit de dégager un sens précis, univoque, certain de la règle donnée, puisque l'office de toute interprétation est de savoir à quoi s'en tenir, de permettre la résolution d'un cas concret, suivant des méthodes conduisant à des résultats prévisibles afin d'établir un minimum de sécurité juridique. Cette exigence de précision, singularisation, concrétisation, doit être satisfaite par le *construit*.

I. — L'EXIGENCE D'UN DROIT DONNE PAR LA NATURE DES CHOSES

C'est à partir de sa réflexion centrale sur l'interprétation que Gény est conduit à envisager la question du droit naturel sous un angle non pas ontologique, mais déontologique (15) : il ne s'agit pas de chercher à prouver que le droit naturel existe, mais qu'il *doit exister*. Avant d'être une réalité, le droit naturel est un besoin, en raison de son utilité, de sa valeur opératoire pour l'interprète (16). Ce dernier en effet est sans cesse confronté, dans le traitement des cas individuels, au caractère lacunaire du droit positif : la variété, la multiplicité des situations qui se présentent à lui interdisent de trouver une solution préconstituée à chaque espèce. La loi positive, qui *fixe* des règles en ne reflétant qu'une intention pas toujours limpide et de surcroît bornée par les préoccupations du moment, ne saurait faire face, malgré sa généralité, au *mouvement* permanent des faits et aspirations de la société : la loi ne peut aucunement contenir tout le droit. C'est cette considération du mouvement qui

(14) Au regard en tout cas de la révolution structuraliste saussurienne qui lui était pourtant contemporaine.

(15) V. F. TERRE, art. précité, p. 136.

(16) V. en ce sens G. AILLET, « De la signification méthodologique de l'idée de droit naturel », *APD*, 1933, p. 29-54.

sous-tend toute la théorie de l'interprétation chez Gény, car c'est en raison de ce mouvement que le juriste doit inéluctablement interpréter autre chose que la loi positive. Or, cet autre chose ne peut être que le *droit naturel* : 1) Être *naturel*, c'est-à-dire refléter l'ordre naturel du monde tel qu'il se déploie, se déroule effectivement. Car son aptitude à diriger efficacement les conduites humaines dépend de son adéquation avec le réel, étant entendu que ce dernier ne s'appréhende que dans l'évolution, la transformation, le renouvellement, le flux des choses qui passent, bref le mouvement, seul capable de rendre compte de la diversité des cas que l'interprète doit régler juridiquement. Ainsi, il doit y avoir un droit qui soit naturel, car il faut répondre au mouvement par le mouvement, sous peine de devoir se satisfaire d'une réponse qui demeurerait toujours lacunaire. 2) Être du *droit*, c'est-à-dire une source d'inspiration qui ne soit pas seulement philosophique ou morale. Ce que Gény reproche en fait le plus au positivisme, notamment dans ses très sévères critiques de Carré de Malberg, c'est de conduire fatalement à la conséquence d'un juge jouissant d'un entier pouvoir discrétionnaire. Paradoxalement, le mythe positiviste et subjectiviste de la loi souveraine, au lieu de contraindre le juge à un modeste et humble travail d'exégèse littérale, l'affranchit en réalité de toute détermination et favorise tous les excès, comme ceux du fameux « phénomène Magnaud » (17). Car le juge, étant seul à apprécier quand il y a silence, obscurité ou lacune de la loi, peut faire acte de pure volonté, mener discrétionnairement toute politique jurisprudentielle qui lui semble opportune, et en renversant ainsi la pyramide des normes, réduire à néant l'édifice issu des postulats mêmes du positivisme volontariste. Or Gény, qu'on sait ardent promoteur de la « libre recherche scientifique », ne veut à aucun prix renforcer par cette notion la conception d'un pouvoir juridictionnel arbitraire. Il s'agit au contraire de défendre l'idée que la fonction du juge se limite à dire le droit, à l'appliquer, dans le cadre de cas individuels à traiter juridiquement. Il doit donc y avoir du droit naturel qui soit bien du droit, afin de contraindre le juge même en cas de lacune du droit positif, et de l'empêcher d'agir à sa libre fantaisie, dans le but précisément d'éviter la confusion des pouvoirs ou la dissolution de la hiérarchie des normes que réprouvent à juste titre les tenants du volontarisme.

Or, la normativité d'un tel droit est justement assurée par son caractère naturel, ou du moins par le mode d'appréhension de ce qui est naturel. Car l'obligatorité et l'objectivité des préceptes donnés par l'ordre des choses dépendent du mode de connaissance employé pour y accéder. Et c'est du fait de ce même mode de connaissance qu'on peut saisir le droit naturel dans sa qualité spécifiquement juridique, permettant de le distinguer des autres

(17) V. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, t. 2, p. 287 s.

ordres normatifs. Ainsi Gény est-il conduit, en dehors du problème de l'existence du droit naturel qu'il tient pour acquise puisqu'absolument nécessaire (18), à examiner la question de la connaissance et de l'essence du droit naturel.

A. — Le problème de la connaissance du droit naturel

Partant du principe que c'est par la connaissance de l'ordre naturel et non par sa propre volonté que le juriste accède à la détermination du juste, Gény doit élaborer une théorie de la science du droit, une « épistémologie juridique », qui garantisse la juridicité du donné, en le révélant à la fois dans son objectivité et son obligatorité.

Certes, une telle théorie de la connaissance est déterminante et relève de la prise de position philosophique la plus pure : « il faut prendre parti sur une conception générale de l'univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée » (19), et ne pas s'adonner étroitement aux penchants du positivisme qui n'est qu'« affichage puéril et ostentatoire d'une aversion décidée pour toute métaphysique » (20). Toutefois, en dépit de cet élan vers la transcendance, Gény se rabat plus modestement sur une théorie de la connaissance moins élevée, davantage à la portée de tous, accessible à l'honnête homme, certes cultivé, mais pas démesurément, et dont l'esprit est surtout séduit, captivé, obligé, par la force de l'évidence. C'est pourquoi la solution des problèmes épistémologiques doit s'opérer avant tout par le recours à une « philosophie du sens commun vivant et progressif, épuré et affiné par le plus solide et le mieux éclairé bon-sens » (21). Dans cette mesure, il est vrai d'affirmer que la raison joue un rôle non négligeable chez Gény, pour l'appréhension du donné. Car la vertu principale de la raison est de conférer l'objectivité à la connaissance par la coïncidence de représentation qu'elle opère chez tous les êtres pensants, et de dégager un caractère de nécessité (principe de raison suffisante, principe de causalité, principe des lois, etc.). Le mode courant de connaissance de la réalité est le mode rationnel, pour la confiance qu'on doit accorder aux procédés de la logique formelle, à la déduction pure du syllogisme, qui sont réputés infailibles, et dont les résultats ont valeur de faits positifs, constatables par tous. Pourtant, peut-on dire avec M. Villey que la raison, ainsi conçue comme portant des fruits immuables et universels, tient dans la pensée de Gény une place prépondérante ?

(18) V. *ST*, t. 4, p. 213 s. : « La nécessité du droit naturel », et le t. 2, qui est intitulé « L'irréductible droit naturel ».

(19) *ST*, t. 4, p. 354.

(20) *ST*, t. 2, p. 358.

(21) *ST*, t. 1, p. 73.

Il semble qu'au contraire, se situant à cet égard dans le courant anti-intellectualiste de la philosophie bergsonienne dont il se réclame d'ailleurs ouvertement, le Doyen de Nancy ne lui accorde qu'une fonction seconde, subordonnée. La critique de la raison l'emporte nettement sur la célébration de ses vertus. Les reproches que Gény lui adresse sont en tous points identiques à ceux que formule Bergson (22) : la raison, qui est avant tout pratique, orientée vers les besoins de l'action, ne retient des objets que leurs propriétés stables. Car l'intelligence analytique, comme son nom l'indique, sépare, divise, isole les éléments du tout pour les étudier abstraitement, c'est-à-dire indirectement, en fonction d'une hypothèse, d'une perspective, qui est une vue arrêtée sur les choses. Dès lors, l'appréhension complète de la réalité ne peut s'approcher que par une accumulation synthétique de points de vue différents, c'est-à-dire par ce qui n'est qu'une reconstruction ne permettant de traduire l'évolution que médiatement, par une simple succession d'états. Recourir à l'intelligence c'est donc s'interdire de penser le changement, le mouvement, la chose qui passe en tant qu'elle passe, ou plus exactement son passage lui-même, et se réduire à buter constamment sur la fameuse aporie de Zénon d'Elée. La raison, qui ne se représente que le discontinu, empêche par conséquent la restitution satisfaisante du donné naturel, devant permettre à l'interprète d'accéder immédiatement à la réalité sociale. La connaissance rationnelle, en traduisant-traissant le mouvement à la manière de l'image cinématographique, qui n'est que fallacieux défilement d'arrêts juxtaposés (23), relève donc davantage du construit que du donné (24). Dès lors, Gény promeut très logiquement l'intuition comme mode principal de connaissance, permettant au donné de se révéler immédiatement à la conscience, dans toute sa plénitude. Toutefois, il faut reconnaître que l'intuition juridique prônée par Gény est une version très édulcorée, abâtardie, de l'intuition philosophique bergsonienne, qui ne peut être résumée par l'expression « sympathie désintéressée » que dans un sens très spécifique et fort (25). C'est pourquoi on peut rester dubitatif devant les défini-

(22) V. H. BERGSON, *La pensée et le mouvant*, PUF, 92^e éd., 1985, p. 139 s., (sur l'intuition-sympathie), p. 143-176 (sur la pensée cinématographique), et *L'évolution créatrice*, PUF, 155^e éd., 1983, p. 152-166 (sur l'intelligence et le discontinu).

(23) On remarquera que cette métaphore cinématographique de Bergson n'a pas été comprise par Gény, quand il vante les mérites de l'intuition comme permettant d'obtenir par « une vue cinématographique l'intégralité mouvante du phénomène » (*ST*, t. 1, p. 144). C'est évidemment le contraire que Bergson veut suggérer quand il emploie cette métaphore qui s'applique à l'intelligence et non à l'intuition.

(24) Ce qui explique pour une part la complexité, voire la confusion, du plan adopté dans *ST* : on trouve en effet des considérations exactement identiques dans le t. 1 consacré à la raison en tant qu'elle se rapporte à l'appréhension du donné, et dans le t. 3 qui traite du construit mis en œuvre par la technique.

(25) Pour Bergson, il s'agit avant tout d'une émotion, réalisant le transport du sujet dans la chose, sa participation intime à l'être de la chose, afin de la saisir du dedans et être lui-même en mouvement, et de lui permettre ainsi de penser en durée, en transformation.

tions plutôt alambiquées et aussi mouvantes que l'objet qu'elles sont censées décrire (26), et dont il semble résulter que l'intuition se réduit seulement à un mode d'obtention d'une vue d'ensemble, actionné par le simple scrupule de prendre en considération tous les aspects d'un problème. En fait, recourir à l'intuition, ce n'est jamais qu'évaluer les divers intérêts en présence « de façon à les balancer exactement dans l'appréciation qui est due à chacun d'eux » (27). On le voit, la notion prosaïque de *balance des intérêts*, ou de *théorie du bilan* que la jurisprudence administrative a dégagée, paraît finalement le mieux correspondre à ce que GénY qualifie de mode intuitif d'appréhension du donné. De sorte que l'intuition, loin d'apparaître chez GénY en opposition radicale à la raison, est plutôt conçue comme destinée à l'épauler, la compléter, afin de l'adoucir et arrondir avec un peu de finesse les angles trop vifs et acérés de son esprit de géométrie. C'est pourquoi, si l'on devait apercevoir un culte dans *Science et technique*, il s'agirait surtout de celui rendu à la « déduction tempérée » (28), qui, en faisant prévaloir le principe d'analogie sur le principe d'identité, a pour fonction essentielle d'é mousser les aspérités trop rationnelles de la raison. Tout ceci afin d'habiliter le juge à écarter certaines conséquences qui, bien que nécessaires, ne conviennent pas tout à fait, ou à en admettre d'autres comme convenables, même quand elles ne s'imposent pas nécessairement. Ne doit-on pas voir dans cette mise en valeur de la convenance au détriment de la nécessité, la marque spécifique du droit naturel classique, qui, s'accommodant du caractère imparfait de la raison humaine et se résignant dès lors à ne jamais être connu avec une entière certitude, suggère ce qui est utile et expédient, bien plus que ce qui s'impose avec la rigueur d'un précepte immuable et péremptoire (29) ? La fonction de cette « déduction tempérée » n'est-elle pas, au lieu de décréter ce qui doit valoir universellement, de tenir compte des particularismes des différentes sociétés, des circonstances de temps et de lieu propres à chaque cas d'espèce ? Mais surtout, le rôle joué par l'intuition ne se limite pas à permettre de découvrir une telle vue d'ensemble, de dévoiler le contexte, l'ambiance dans lesquels l'observation des

(26) Pour GénY, l'intuition c'est « s'installer dans la réalité pour la vivre », c'est-à-dire « une sorte de vue de l'esprit sur les choses prises dans leur complexité mouvante, et, pour ainsi dire, dans leur vie, sans effort d'analyse mais, bien plutôt, avec un effort tout inverse, tendant à maintenir sous un seul regard l'intégralité fuyante du réel ». *ST*, t. 1, p. 143.

(27) *ST*, t. 1, p. 145.

(28) Culte également entretenu par R. Latournerie (« Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 177-275, et not. p. 232-241), dont les références explicites ou implicites à GénY sont permanentes.

(29) V. sur le caractère imparfait de la raison dans la pensée thomiste, M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas...*, p. 155 s., (le ch. 9 intitulé « Existe-t-il une science du droit ? ») et not. p. 163. V. sur l'opposition convenable-nécessaire, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La disparition du droit des gens classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n° 4, p. 36.

choses doit s'établir : saisissant le monde dans son évolution (du moins le prétend-elle), elle dégage le sens, la tendance, la direction du cours des choses. Ainsi introduit-elle une dimension *téléologique*, en faisant envisager la nature sous l'angle de ses finalités.

C'est pourquoi, à la suite de cette dynamique mue par l'intuition, un troisième élément, déterminant, vient s'insérer logiquement dans l'épistémologie juridique de Gény : la *croissance*. Car, face aux directions dégagées par l'intuition, c'est la croissance qui permet d'opérer un *choix* entre plusieurs tendances, de privilégier une finalité sur une autre, de qualifier tel but et non tel autre de souhaitable, et de juger ainsi telle solution et non telle autre, convenable. Certes, l'intuition qui procède de l'expérience des choses d'où surgit spontanément une connaissance inconsciente du Cosmos, en révélant ce qui est, insinue aussi ce qui doit être : le choix d'une tendance s'impose de lui-même, car le devoir est suggéré par ce qui apparaît le plus conforme à la nature. Ce qu'on doit faire, c'est ce qu'on peut faire, ou plutôt ce qu'on ne peut pas ne pas faire, sans contrarier l'ordre des choses (30). Toutefois, on sent Gény constamment embarrassé par un tel automatisme, un tel mécanisme mystérieux qui, reposant sur un mode de connaissance de ce qui est, conduirait inéluctablement et sans hésitation à la détermination de ce qui doit être. C'est pourquoi il lui semble que la croissance est l'élément décisif pour assurer la possibilité d'un passage du *sein* au *sollen*. A vrai dire, le Doyen de Nancy ne s'étend pas outre-mesure sur l'exacte place à accorder à la croissance, à côté de l'intuition et de la raison, et glisse en permanence sur la hiérarchie à établir dans la combinaison de ces trois éléments. Il en résulte que son épistémologie n'est pas des plus claires, en dehors de l'effet très certain qu'elle a d'inclure la *croissance* comme élément de la *science* normative. C'est ainsi qu'on peut observer dans la doctrine de Gény, à cet égard parfaitement conforme au jusnaturalisme classique, cette volonté d'assurer l'objectivité du droit naturel par un mode de (re)connaissance qui paraît recéler bien de la subjectivité : la croissance, qui est le seul véritable, mais plutôt fluctuant, fondement de la connaissance, doit alors être guidée par la fameuse *prudence* du juriste (31). Ce qui se concrétise dans *Science et technique* par une référence appuyée et rabâchée l'idée de *sagacité*, de *discernement*, de *doigté*, ou de *tact* (32), qui devient ainsi la seule garantie de l'objectivité du donné, révélé « scientifiquement ». Dès lors, la célèbre distinction du donné en quatre catégories essentielles — donné réel, historique, rationnel

(30) V. pour un éloge fervent de ce droit spontané : F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980, t. 1, 203 p.

(31) V. sur cette notion caractéristique du jusnaturalisme classique, M. Villey, *op. cit.*, p. 164.

(32) Tact dont, à en croire R. Latournerie, principal émule de Gény sur la place éminente à accorder à cette notion, le Conseil d'Etat est abondamment et « naturellement » pourvu, bien plus en tout cas, que tout autre juge, français ou étranger (art. précité, p. 241).

et idéal — (33), s'avère un peu superfétatoire : il semble que le « tact » à lui seul préside en définitive à la détermination de ce qui est « naturellement » souhaitable. Car cet effort théorique de systématisation laisse perplexe face à ses applications pratiques. Doit-on vraiment croire sans sourciller que c'est la *raison* qui « commande de n'admettre, comme seule apte à fonder une famille socialement reconnue, qu'une union stable et permanente, résultat d'un accord de volontés sérieux, distincte de l'accouplement brutal, et réalisant, en vue d'une moralité supérieure, l'emprise essentielle de l'homme sur ses passions » (34), pour en conclure ainsi que c'est du donné *rationnel* exclusivement que procède l'institution du mariage ? Tandis que la prohibition de l'inceste, quant à elle, relèverait sans aucun doute possible du donné seulement *idéal*, et en aucune façon de la raison ? Et que ce dernier exemple, par contraste, ferait apparaître qu'« ainsi caractérisé, le donné rationnel résulte d'une élaboration véritablement scientifique » (35) ? On voit qu'il faut partager la conception d'une science où la croyance joue un rôle franchement prédominant, pour être d'accord avec ces affirmations péremptoires, et admettre dans une formule où le raccourci est éloquent, que le droit est « susceptible, sous l'impulsion des forces obscures qui sont en nous, d'une véritable élaboration scientifique » (36). Mais on peut supposer que la femme moderne verra davantage de « forces obscures » que de « véritable élaboration scientifique » dans l'assertion selon laquelle « on tombera sans peine d'accord sur la nécessité d'une certaine subordination de la femme au mari » (37). En tout état de cause, sans être absolument fixé sur la fiabilité de tels modes de connaissance, qui semblent plutôt relever d'une alchimie mystérieuse, on doit observer que chez Gény, la science qui permet de constater le donné, influe directement sur l'essence du droit naturel.

B. — Le problème de l'essence du droit naturel

Si le droit naturel est d'appréhension délicate et difficile, il n'en constitue pas moins pour le maître de Nancy un ordre normatif spécifique, susceptible de borner réellement la subjectivité du juge : il doit ainsi être nettement distingué de la morale et de la religion (38). Cette dernière notamment, faisant appel au surnaturel dans l'explication du monde, exige la foi (39) pour assurer la portée

(33) V. *ST*, t. 2, p. 370 s.

(34) *ST*, t. 2, p. 382.

(35) C'est nous qui soulignons. *ST*, t. 2, p. 384.

(36) *ST*, t. 2, p. 415.

(37) *ST*, t. 2, p. 403.

(38) V. F. GÉNY, « La laïcité du droit naturel », *APD*, 1933, p. 7-27.

(39) Mais pourtant, y a-t-il une différence radicale entre la foi religieuse et la croyance de Gény ?

universelle de cette explication, ce qu'on sait par l'histoire être de réalisation impossible. Dès lors, si l'on veut garantir au droit naturel son caractère proprement juridique, c'est-à-dire obligatoire et objectif, il faut le concevoir forcément laïc (40). Car c'est la laïcité, que l'intuition (par l'adhésion spontanée de l'individu qu'elle suscite) et la raison (par la ratification de l'ensemble des consciences individuelles qu'elle engendre) façonnent inmanquablement, qui assure au droit naturel sa *pureté*, pour parler en langage kelsénien, et qui lui confère ainsi, dans son irréductible et contraignante singularité, sa force incontestable.

D'autre part, pour être étranger à la religion, le droit naturel n'en est pas moins distinct de la morale. On sait en effet que contrairement à cette dernière, la marque spécifique du droit est d'attacher à ses règles une sanction extérieure, par l'exercice concret et organisé de la contrainte sociale. Toutefois, surgit alors un problème : comment parler ici d'une sanction effective, puisqu'une telle sanction ne peut être assurée en toute logique, que par le droit positif, tandis qu'on se situe par définition en dehors de tout droit posé ? La réponse est simple : il ne peut nullement s'agir d'une sanction effective (41). Dès lors, le droit naturel se caractérise par une sanction seulement *virtuelle* : « sans doute, pour qu'une règle de conduite appartienne à l'ordre juridique, il n'est pas absolument indispensable qu'elle comporte actuellement la contrainte effective du pouvoir social ; mais du moins faut-il que sa nature n'y résiste pas ; bien plus, nous ne la tiendrons pour règle de droit qu'à

(40) Gény fait d'ailleurs remarquer qu'il l'a été dès l'origine, dans la pensée d'Aristote et de Saint Thomas : il s'agit alors d'un contresens de parler de laïcisation du droit naturel, et de l'attribuer de surcroît à Grotius. Ce que confirme aussi Umberto Eco dans *Le nom de la rose*, quand il fait dire à Jorge, le bibliothécaire nostalgique de l'ancien ordre augustiniste, où la transcendance de la métaphysique chrétienne n'était pas encore contaminée par l'immanence de la physique aristotélicienne : « Les Pères nous avaient transmis ce qu'il fallait savoir sur la puissance du Verbe, et il a suffi que Boèce commentât le Philosophe pour que le mystère divin du Verbe se transformât en la parodie humaine des catégories et du syllogisme (...). Nous savions tout sur les noms divins, et le dominicain enseveli par Abbon — séduit par le Philosophe — les a renommés en suivant les sentes orgueilleuses de la raison naturelle. Ainsi le cosmos, qui pour l'Aréopagite se manifestait à qui savait regarder en haut la cascade lumineuse de la cause première exemplaire, est devenu une réserve d'indices terrestres d'où on remonte pour nommer une abstraite cause efficiente. Avant, nous regardions vers le ciel, daignant jeter un regard courroucé à la boue de la matière, maintenant nous regardons vers la terre, et nous croyons au ciel sur le témoignage de la terre. Chaque mot du Philosophe, sur qui désormais jurent même les saints et les souverains pontifes, a renversé l'image du monde » (*Le nom de la rose*, Grasset, 3^e éd., 1987, p. 478-479).

(41) V. ST, t. 4, p. 252. D'autant que retenir le critère de la sanction effective serait rallier la doctrine positiviste qui fait dépendre le droit de la puissance étatique, ce qui semble être à Gény trop jellinekien, c'est-à-dire trop allemand. On ne peut qu'être frappé à cet égard, par la communauté de vues de Gény avec Duguit qui, pareillement soucieux de concevoir un Etat de droit, promeut de la même façon une « loi normative » dont la sanction n'est que virtuelle, et seulement réalisée par les voies de droit de la « loi constructive ». V. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, t. 1.

partir du moment où elle tendra à être pourvue de pareille coercition, soit autoritaire, soit librement consentie (...). Cette *tendance à la contrainte sociale* sépare visiblement le droit des mœurs et de la morale » (42). Si donc, on fait ainsi dépendre la juridicité du critère de la « tendance à la contrainte sociale » — sans qu'on dise d'ailleurs dans quelle mesure précise elle est constatable, un minimum discernable — c'est que l'on conçoit le droit naturel comme étant un droit seulement virtuel, *en puissance*. C'est-à-dire à l'exact opposé de ce que le Pr. Villey diagnostique chez Géný, pour n'y voir que codification de règles préconstituées, comme une sorte de second droit positif parallèle, mais non promulgué. Pourtant, le Doyen le Nancy avoue lui-même que son droit naturel se réduit à une seule idée, le *juste objectif*, résidant dans les principes *cuique suum tribuere et neminem laedere* (43), et que par conséquent, le résultat d'une telle recherche scientifique ne peut être que faible, car s'exprimant par des « postulats vagues et flottants dans leur généralité molle ». C'est d'ailleurs le principal grief qu'on serait tenté d'adresser à cette vision quasi hydraulique d'un droit dont Géný rend le plus souvent compte par des métaphores liquides. Certes, la généralité du droit naturel permet de prendre en considération le mouvement du donné, le caractère multiple, divers, varié, des aspirations sociales, mais elle a comme inconvénient de lui conférer l'aspect d'un « droit mou », invertébré, *inarticulé*, c'est-à-dire proprement *insignifiant* (44). Car dès qu'on veut particulariser la notion de justice, dire *a priori* ce qui est juste, édicter des règles détaillées et concrètes, on rentre dans le *discutable*, l'arbitraire, le subjectif, autrement dit dans le domaine de la technique. On le voit, droits naturel et positif ne sont nullement séparés et isolés chez Géný : toute formulation du juste procède de la technique, et même un principe général du droit, pour si général qu'il soit, n'en demeure pas moins un premier stade de particularisation du juste objectif, et relève donc du construit. Ainsi le donné, loin de rendre compte d'une *natura, naturata*, achevée et pleine d'univocité, est bien plutôt polysémique, et de ce fait lacunaire (45). Dès lors, c'est d'une *natura naturans* qu'il faut davantage parler, où donné et construit, de part et d'autre d'une frontière pourtant indistincte, œuvrent ensemble, l'un pour suggérer, l'autre pour réaliser ce qui est juste.

(42) *ST*, t. 1, p. 47-48.

(43) *ST*, t. 1, p. 50 et t. 2, p. 392.

(44) Du moins nous semble-t-il. Tandis que pour Géný et les naturalistes classiques, il y a toujours un certain sens, de la pensée, dans ce qui n'est pourtant que déterminable, sans être déterminé : il y a toujours une issue au labyrinthe, et un fil — donné, et non posé par une quelconque Ariane — y conduisant.

(45) C'est dire si M. Villey rejoint tout à fait Géný lorsqu'il écrit : « N'est-ce pas du droit naturel qu'il faut dire qu'il a des « lacunes » ? Qu'en premier lieu est « lacunaire » la connaissance que l'homme détient du droit naturel ? (...) Et surtout le droit naturel souffre de cette insuffisance d'être un objectif auquel *tend* tout groupe social, mais *qu'en fait* il réalise peu » (*op. cit.*, p. 151).

Le droit naturel est avant tout une méthode utile au juriste pour assigner à ses constructions une direction, offrir à ses règles un cadre destiné à les orienter. Ainsi, le concept de donné est nécessaire pour fournir au droit des objectifs, et donc un mouvement incessant vers un idéal. On peut alors dire que c'est le donné qui fait mouvoir le construit, qui fait s'adapter le droit positif aux évolutions de la société. Mais il faut aussi que le construit à son tour mette le donné en mouvement, le fasse passer de la puissance à l'acte. Car on ne peut pas se contenter d'une simple possibilité de justice : il n'y a de justice qu'effective. La technique doit donc, au sein de la « généralité molle », déterminer le juste particulier, donner un sens précis au mot justice dans chaque cas concret : le construit opère *l'interprétation, la signification* du juste objectif.

II. — L'EXIGENCE D'UN DROIT CONSTRUIT POUR SIGNIFIER LA NATURE DES CHOSES

Nullement séparables, le donné et le construit ne sont que les deux faces d'une même nécessité, les deux exigences contradictoires du droit que le juriste doit concilier. On a vu que le donné est le moyen de saisir la réalité concrète, mais ne s'obtient que par des procédés de connaissance abstraits conduisant à un résultat général de justice informulée. Le construit, quant à lui, ayant pour office de faire passer cette justice de la puissance à l'acte, de la mettre en œuvre, de la prononcer, va achever de révéler l'imperfection inhérente à toute humaine juri-diction, en se présentant sous un double jour, bénéfique et fâcheux : car, si le construit, en l'informant, traduit le donné, et lui confère ainsi une possibilité de réalisation ; toutefois, en le déformant, il trahit aussi le donné, pour rendre dès lors le droit naturel inaccessible dans sa pureté, et souligner son caractère indicible.

A. — Le construit, en l'informant, traduit le donné

Pour Gény, comme on l'a observé, il n'y a pas à prouver que le droit naturel existe, mais qu'il doit exister. Ceci est d'autant plus compréhensible qu'il n'y a en réalité jamais, pour un jusnaturaliste classique, à discuter de cette existence : le droit naturel n'étant que virtuel, c'est le construit, œuvre du juriste, qui en l'actualisant, la lui confère. Dès lors, chaque fois qu'il existe un droit positif, il existe aussi et inéluctablement un droit naturel. Le droit positif est le moteur du droit naturel. En effet, la *vérité*, produit de la *connaissance*, n'est rien si elle n'est pas *attestée* par une *autorité*, issue d'une *volonté* légitime. La force de l'évidence doit être parachevée par la force politique pour accéder à l'existence, car la seule

vérité qui tienne, qui soit certaine, est la vérité officielle. Le pouvoir souverain est le droit de dernier mot, de trancher en dernier ressort. Disposer de l'autorité de chose jugée, est le pouvoir de déterminer ce qui tient lieu de vérité : *ce qui est attesté est incontestable*. Ainsi, Gény, écrit-il : « il s'agira, pour mettre ces règles (du droit naturel) en *circulation* dans la pratique, et les faire passer en quelque sorte de la puissance à l'acte, de pouvoir les ajuster à la vie, les adapter à ses exigences concrètes, à sa molle structure, à sa fluidité incessante, en dégagant et ramenant à cet effet les procédés d'application du droit. Et de ces deux objets distincts, on aperçoit sans peine que le premier sera principalement œuvre de connaissance, le second, principalement aussi, œuvre d'action » (46). Comme le suggère le mot de « circulation », le construit de Gény (47), est ce qui « véhicule la pensée juridique », un moyen de communication, un *medium*. Il s'agit donc d'un support sur lequel se fixe une matière intellectuelle amorphe, d'une articulation qui organise des idées fluides. On pourrait dire que le construit est-ce qui durcit le droit mou. Cette rigidité de la règle positive (la loi, par définition est toujours « dure »), en tant que formulation, explicitation du droit naturel, est donc indispensable à l'interprète. C'est pourquoi le juriste œuvre dans sa recherche en affinant les résultats de sa science par le déploiement de son art, dont les principales productions sont les « procédés plastiques » (48), et les « procédés intellectuels » (49). Le tout reposant immanquablement sur le support de la plus générale des constructions qu'est celui des sources formelles du droit, et qui contère à la parole de l'interprète la griffe, l'estampille de l'autorité positive, nécessaire à l'expression de la vérité naturelle. C'est dire si le juge, loin de recourir à un droit naturel parallèle pour mieux s'abstraire de la discrétionnalité d'une volonté positive qui lui paraîtrait injuste, s'astreint au contraire à asseoir ses décisions dans la légitimité du droit positif, en empruntant le passage obligé que constitue notamment la référence aux sources formelles, lui permettant de trancher, sans risquer d'encourir le reproche d'arbitraire. Ainsi, à partir des contours flous d'une idée juridique suggérée par le donné, trouve-t-on des outils préconstitués permettant de l'exprimer précisément, à la manière des mots, voire de l'alphabet, dans le langage. De la même façon, ils opèrent une « réduction des éléments substantiels » du droit, principalement par « substitution du quantitatif au qualitatif » (50), et sont susceptibles d'agencements divers suivant des lois quasi syntaxi-

(46) *ST*, t. 1, p. 95.

(47) Tel qu'il se dégage du t. 3 de *ST*, entièrement consacré à la technique.

(48) Comprenant les formes et les catégories juridiques.

(49) Incluant les concepts, théories et constructions juridiques, ainsi que les présomptions et fictions juridiques.

(50) V. *ST*, t. 3, ch. 3, et l'exemple de la majorité électorale où des techniques positives permettent de quantifier et exprimer (par une limite d'âge, ou des exigences capacitaires ou censitaires), ce qui n'est qu'une idée qualitative vague : l'aptitude à être un citoyen responsable.

ques, permettant d'adapter une institution à l'évolution des aspirations sociales (51).

Mais si chez Gény, le construit est la condition de réalisation du droit naturel, il ne vaut que s'il est manié avec la pleine conscience de la distorsion du donné qu'il provoque.

B. — Le construit, en le déformant, trahit le donné

Bien qu'impalpable à l'état brut, le donné de Gény, permettant de saisir l'évolution des choses orientée dans une certaine direction, révèle au moins une nature finalisée. Dès lors, le construit n'est jamais qu'un moyen au service d'une fin, et doit à ce titre satisfaire à un minimum d'adéquation. Or, cette dernière n'est pas absolument garantie, car, comme y insiste le Doyen de Nancy, la technique relève avant tout de l'expédient, de l'artifice, et s'apparente ainsi à un mystérieux mais factice magasin d'illusionnisme où s'entassent pêle-mêle des « sortes de trucs » (52). Ayant pour office d'assurer le permanent ajustement du droit à la société, le construit, utilisé sans discernement, peut tout à l'inverse contrarier les exigences de la réalité (53). Etant essentiellement constituée de procédés intellectuels, la technique est susceptible de la même critique bergsonienne que la connaissance rationnelle : par la fragmentation, la réduction, la simplification des idées qu'elle opère, elle ampute et donc trahit le donné. La monosémie que sa médiation permet utilement d'obtenir, ne rend évidemment pas compte du caractère intrinsèquement polysémique d'une nature saisie dans son immédiateté. C'est pourquoi le juge, dans l'emploi notamment des constructions juridiques, doit une fois de plus s'en remettre à sa fameuse « prudence », et déployer le « tact » le plus vif et affiné dans la fatale sélection, dans l'inévitable tri des outils techniques, que commande le principe d'adéquation des moyens aux fins

Mais cette divergence incompressible entre donné et construit peut s'accroître dans des proportions d'une très grande gravité : il peut arriver au juriste de déceler une contradiction brutale,

(51) V. pour un exemple appliqué à l'institution du mariage, *ST*, t. 3, p. 514 s. (Où il s'agit, à l'aide de « formes plastiques » et de « procédés intellectuels » comportant fictions et présomptions, d'exprimer positivement cette idée que le donné suggère : « union de l'homme et de la femme, tendant au soutien mutuel et à la propagation de la vie, régularisée par le contrôle de l'autorité sociale (religieuse ou civile), stable et permanente, issue d'un accord de volontés sérieuses, réalisant, en vue d'une moralité supérieure et de l'éducation éventuelle des enfants, l'emprise de l'homme sur ses passions, avec affinement dans le sens de la monogamie, de l'indissolubilité fondamentale, de l'extension de la notion d'inceste... »). Comp. sur cette conception du mariage dans le jusnaturalisme moderne : A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, th. LGDJ 1972, 465 p.

(52) *ST*, t. 3, p. 18.

(53) Le recours au procédé de la fiction juridique est évidemment l'exemple le plus flagrant de cette distorsion de la réalité qu'inflige le construit.

radicale, entre loi positive et droit naturel (54). Dans un cas aussi extrême, une question morale, semblable à celle qui taraude Antigone, se pose à sa conscience. Mais ici, il faut en convenir, Gény avance des arguments en faveur d'une réponse surprenante : la loi injuste, voire carrément « scélérate », n'est pas forcément à neutraliser, du moins directement. Ayant déjà fait preuve d'une audace iconoclaste dans le contexte de la III^e République, en rabaisant la loi, comme toute source formelle, au rôle de simple instrument technique, le maître civiliste a mis en relief son caractère faillible : comme tout construit, elle est susceptible d'erreur, qu'il pourrait paraître indispensable de corriger quand elle est « manifeste » (55), danger toujours possible en période de passions exacerbées, où la loi, qui est avant tout politique, est l'expression de majorités toutes puissantes et intransigeantes, et risque ainsi d'opprimer les minorités tenues systématiquement pour avoir « juridiquement tort ». Mais il reste que ces violations du droit naturel, même manifestes, et ne manquant d'ailleurs pas, chez Gény, d'une certaine saveur surannée (56), ne semblent pas suffire à une intervention drastique du juge : la loi doit rester intangible, et continuer d'exercer sa suprématie (57). Toutefois, cette attitude de soumission à la loi n'est pas dénuée de logique, dans la perspective de l'interprétation qui est le véritable objet de l'œuvre de Gény. Bien que dépourvue de dignité, de majesté autre que celle découlant d'une volonté majoritaire qui n'est que déploiement d'une puissance de fait, la loi a le mérite insigne d'assurer, par sa fixité, sa rigidité, la plus grande précision, et marque ainsi la plus haute aptitude à la réalisation de l'*ordre*. Et c'est en raison de ce besoin impératif d'ordre, qui est la substance même du droit naturel, qu'on peut dire que « c'est comme d'un droit naturel supérieur que surgit l'hégémonie nécessaire de la loi positive » (58). Cet attachement viscéral et indéfectible à l'autorité de la source formelle la plus impérieuse et explicite assure en tout cas la promotion d'un droit constitutionnel juridictionnellement sanctionné : pour remédier aux effets pervers du construit parfait que représente la loi, il suffit de recourir au construit plus parfait encore qu'est celui de la Constitution. Il suffit d'y intégrer les principes du droit naturel, comme ceux de la Déclaration des Droits de l'Homme, qui bien que généraux, n'en demeurent pas moins formulés, articulés, et de mettre en place un contrôle de constitutionnalité des lois, à l'américaine,

(54) C'est la problématique générale du t. 4 de *ST*, sous-titré « Le conflit du droit naturel et de la loi positive ».

(55) V. *ST*, t. 4, p. 91. Le Conseil Constitutionnel contemporain, lui, ne s'embarrasse pas de timidité pour inclure dans son contrôle minimum de la loi « l'erreur manifeste d'appréciation », sur le modèle du Conseil d'Etat.

(56) C'est ainsi qu'il déplore qu'en vertu de « chimères socialistes » ou d'un « prétendu droit au bonheur », on veuille « sacrifier les principes d'appropriation privée, que la raison nous montre seuls conformes à la nature morale de l'homme vivant en société ». *ST*, t. 4, p. 73.

(57) V. *ST*, t. 4, p. 74 s.

(58) *ST*, t. 4, p. 77.

par voie d'exception. On pourra ainsi neutraliser la technique déformante de la loi, par la technique informante du droit constitutionnel : « dès lors, on aura énérvé la technique par la technique elle-même » (59). C'est ainsi que le droit de résistance à l'oppression, par exemple, peut parfaitement se concevoir s'il est formulé par le construit constitutionnel : la révolte devient alors un acte conforme au droit, et non pas contre le droit. Toutefois, ce mécanisme subtil de mise en œuvre d'un droit naturel seulement virtuel par un construit lui conférant ainsi sa véritable existence, achoppe toujours à cette même notion plus qu'insaisissable de *prudence*. Car pour que ce droit de révolte soit le « *palladium* suprême de la justice et du droit », il faut le manier avec « tact » (60). *Il semble donc que le tact soit le critère décisif du droit chez Géný*. En dehors de sa consistance théorique, on peut être tenté de mesurer sa portée pratique : les acteurs d'une révolution « sans tact » ne sauraient aspirer à revendiquer la moindre légitimité ! (Et inversement).

Au reproche d'avoir pour ambition de garantir l'objectivité du droit par une notion aussi subjective que celle de tact, (fût-il celui de la *juris-prudence*), peut s'ajouter une objection supplémentaire, relative à l'idée d'un construit qui déformerait le donné, d'une langue qui trahirait la pensée. En effet, le paradoxe provient de ce que Géný ait tellement utilisé Jhering dans sa réflexion sur la technique : il semble que le Doyen de Nancy n'ait pas remarqué l'apport principal constitué dans ce domaine par l'*Esprit du droit romain* auquel il s'est constamment référé, et qui développe pourtant une conception exactement contraire (61). Pour le maître de Goettingen, il est hors de question d'envisager un droit naturel latent qui serait déjà du droit, c'est-à-dire déjà pourvu d'objectivité et d'obligatorité, d'une force normative contraignante, et qu'il suffirait seulement de mouvoir, d'actualiser par le construit. Le droit n'a aucun *intérêt*, n'a pas la moindre utilité, s'il ne règle pas *efficacement* les comportements et les contestations. Dès lors, il ne saurait y avoir de quelconque droit en puissance, seulement virtuel et non effectif : « ce qui ne se réalise point n'est pas du droit » (62). Le construit de la technique constitue donc le droit à lui seul, indépendamment de tout donné par une prétendue science. Plus exactement, pour Jhering, il n'y a pas à faire davantage en droit la distinction entre donné et construit, qu'il y a dans la langue à faire la distinction entre la pensée et les mots. Quand en effet, on étudie le droit positif pour le décrire et le caractériser, on n'a pas affaire à un simple empilage de règles explicitant par leurs dispositions des « idées »

(59) *ST*, t. 4, p. 82.

(60) *ST*, t. 4, p. 134.

(61) R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., 1886-1888, réimpr. Forni Editore, Bologna, 1969.

(62) R. von Jhering, *op. cit.*, t. 1, p. 50.

juridiques préconçues, mais à un *système*, une *structure*, une ossature, une organisation, *d'éléments simples* mis à la disposition du juriste (63). Les règles du droit sont composées de ces éléments communs et en quantité limitée, dont il suffit de modifier la combinaison, l'agencement, pour les différencier les unes des autres. Ces unités qui, prises isolément, sont non significatives, produisent des déterminations diverses et variées, suivant l'articulation, l'enchaînement qui les associe. Elles agissent ainsi à la manière des lettres de l'alphabet, qui de la même façon, en permettant l'expression de tous les concepts avec le nombre limité de 26 signes seulement, répond à un même principe d'économie (64). Ce qui caractérise le droit dans sa structure n'est donc pas d'être un ensemble de règles, mais de comporter un véritable alphabet (65). La promotion par Jhering de la notion de système et d'un tel alphabet « structural » permettant « à l'homme d'écrire et de lire le droit » (66), ne ferait-elle pas du maître de Goettingen une sorte de Saussure du droit ? N'est-on pas autorisé à voir en effet dans *l'Esprit du droit romain* des idées très proches du structuralisme fondé par le *Cours de linguistique générale* (67), dont le principal objet est de faire apparaître qu'il n'y a pas de pensée en dehors des mots, et dès lors qu'il ne saurait en aucun cas y avoir de « mise en circulation » de la première par le « véhicule » des seconds ? Pour Saussure, la pensée n'est qu'une masse amorphe, une nébuleuse : « il n'y a pas d'idées préétablies, et rien n'est distinct avant l'apparition de la langue » (68). Mais face à ce « royaume flottant », la substance phonique est tout aussi amorphe. La langue n'est donc qu'« une série de subdivisions contiguës dessinées à la fois sur le plan indéfini des idées confuses, et sur celui non moins indéterminé des sons » (69). Il n'y a donc « ni matérialisation des pensées, ni spiritualisation des sons », mais il n'y a que de la « pensée-son », décomposée, découpée en une série de divisions, en « articulations » (70). C'est pourquoi, plutôt que de parler comme Jhering, de lettres de l'alpha-

(63) Eléments qui ont été dégagés par Jhering, et repris purement et simplement (jusque dans la terminologie, absolument identique) par Gény dans son t. 3 de *ST*, mais en les séparant du support théorique qui les fondait, réalisant ainsi un véritable détournement des travaux du maître allemand.

(64) Auquel ne répond pas l'écriture idéographique chinoise, par exemple, en associant un signe distinct à chaque concept distinct. V. Jhering, *op. cit.*, t. 1, p. 41-42, et t. 4, p. 235 s.

(65) Sur l'idée d'« alphabet du droit », v. Jhering, *op. cit.*, t. 3, p. 27 s., où l'auteur va même jusqu'à identifier des consonnes et des voyelles (p. 37).

(66) *Op. cit.*, t. 1, p. 323. C'est-à-dire que cet alphabet donné arbitrairement et conventionnellement par l'histoire, où gît « l'esprit » du système du droit, s'impose à la volonté du législateur, comme s'impose la structure sociale de la langue à la parole individuelle.

(67) F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, rééd. Payot, 1984. V. not. le ch. IV de la « linguistique synchronique », intitulé « la valeur linguistique », p. 155 s.

(68) *Op. cit.*, p. 155.

(69) *Ibid.*, p. 156.

(70) *Ibid.*

bet, mieux vaut encore, pour s'inscrire plus précisément dans sa perspective, parler de « monèmes », unités à deux faces indissociables, où signifiant et signifié ne se conçoivent qu'ensemble, comme le *recto* et le *verso* d'une même feuille de papier.

En définitive, on peut surtout s'étonner de ce que le mécanisme donné-construit de Gény, indiscutablement inspiré par la pensée jusnaturaliste classique (71), pour laquelle une certaine vérité réside dans les choses, que les mots ne sauraient traduire sans trahir, découle pour une part prépondérante du travail précurseur d'un auteur, qui se rattache bien davantage à la mouvance moderne du nominalisme et du positivisme.

Malgré tout, la distinction donné-construit, qui est bel et bien le produit le plus original de la pensée de Gény, a le mérite de constituer un apport important à l'appréhension de deux problèmes majeurs de la philosophie du droit : celui du mouvement, et celui — qui lui est lié — de la formulation.

1) L'objectif de Gény étant de concevoir un droit qui réponde au mouvement par le mouvement, on peut dire que *Science et technique* y satisfait, en prônant un droit naturel muable, en constante adaptation, en permanente *actualisation*. Or, « actualisation » peut s'entendre doublement : a) comme ce qui permet d'être en adéquation avec les circonstances de temps et de lieu du réel, d'être toujours *moderne* et progressiste, et non pas anachronique, intempestif et conservateur. C'est le *donné* qui y pourvoit, et imprime (ou est censé imprimer) ce mouvement ; b) comme ce qui rend effectif ce qui n'est que virtuel, ce qui fait passer de la puissance à l'acte, et confère ainsi *existence* aux choses. C'est le *construit* qui y pourvoit, et imprime ce mouvement. De ces deux notions contradictoires qui écartèlent le juriste, surgit ainsi une dialectique engendrant une dynamique, un élan, qui est celui du passage incessant de l'être au devoir-être, du fait au droit.

2) La préoccupation principale de l'interprète étant la détermination univoque d'une norme certaine pour répondre au besoin social de sécurité juridique, il n'est pas étonnant qu'on constate sans relâche chez Gény, une insistance appuyée sur l'importance du construit et de la technique. S'il y a une réhabilitation indéniable du droit naturel, celle-ci ne doit toutefois pas servir à prôner la liberté inconditionnelle du juge risquant d'entraîner l'arbitraire. Ainsi, la distinction donné-construit, qui correspond surtout à une volonté de limiter et brider la « libre recherche scientifique », vient-elle davantage tempérer que conforter la critique de la loi et du

(71) On ne peut qu'être frappé par l'analogie de ce mécanisme avec la conception classique du *jus gentium*, telle que M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (art. précité) la retrace. V. aussi S. RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *APD*, 1987, p. 189 s.

droit positif. Dès lors, on ne s'étonnera pas de l'intérêt plus que tenu accordé par Gény à la notion de *standard*, à ces fameux concepts « à contenu variable » si fréquents en droit (72), qui par leur degré élevé de généralité, laissant certes la part belle à l'intuition et au « doigté » de l'interprète (73), constituent néanmoins une forme intermédiaire entre donné et construit trop hybride pour assurer la nécessaire précision du droit. On peut ainsi trouver chez Gény le support théorique à une critique utile du travail du juge contemporain, tant américain (74) que français (75). Mais surtout, loin d'apparaître comme la juxtaposition de deux notions séparées, la distinction donné-construit permet de mieux situer et relativiser, outre ces évolutions jurisprudentielles audacieuses, certaines productions doctrinales ayant récemment déclenché le plus vif engouement dans le monde occidental. L'opposition *Kosmos-Taxis* d'Hayek notamment (76), érige un *ordre naturel spontané*, où s'assemblent des normes non formulées car issues de l'expérience implicite des choses, face à l'*organisation artificielle posée* par l'autorité politique, dont la volonté se formalise dans les règles et les institutions explicites. Le juge y tient une même place prépondérante que chez Gény, grâce à sa capacité peu commune de découverte du juste naturel que lui permet l'acuité de son activité de connaissance. Toutefois, l'optique d'Hayek semble exactement contraire à celle du juriste français : il s'agit de stigmatiser la menace permanente de dictature inhérente au volontarisme politique de la *Taxis*, par la mise en valeur de la liberté que produit le processus juridique du *Kosmos*. Ainsi, face au péril du Léviathan tentaculaire qu'introduit tout interventionnisme étatique par le biais du droit public, vante-t-on les mérites d'un droit privé foncièrement coutumier, se contentant de ratifier par l'*opinio juris* l'équilibre du juste prix que génère spontanément l'ordre du marché. On le voit, la séparation étanche et hermétique entre donné et construit, conçus comme deux notions incompatibles,

(72) V. *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, 377 p. et S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, LGDJ, 1980, 564 p. Gény était d'ailleurs hostile à l'usage du « langage ordinaire » en droit, et ardent défenseur d'un vocabulaire juridique technique. V. dans le même sens, BECOUART, *Les mots à sens multiples dans le droit civil français*, th, 1928.

(73) Comme le fait remarquer Al SANHOURY, in « Le standard juridique », *Mél. Gény*, t. 2, p. 144-156.

(74) R.L. MOTT (« Les droits naturels et l'imprécision législative », *Mél. Gény*, t.3, p. 44-67) souligne ironiquement le paradoxe de l'opération consistant, pour la Cour Suprême, à écarter des lois trop vagues et floues, pour violation des 5^e et 14^e amendements garantissant le *due process of law*, c'est-à-dire à censurer l'imprécision des lois, sur le fondement de la norme constitutionnelle la plus imprécise qui soit.

(75) Le Conseil constitutionnel, en censurant une loi sur la presse qui n'aurait pas mis en œuvre les moyens susceptibles de satisfaire l'« objectif constitutionnel » de transparence (CC, 10-11 octobre 1984, n° 84-181 DC) fait désormais une application brute, directe, du droit naturel pour finaliser la loi positive, sans la médiation d'un quelconque construit, i.e. sans le scrupule du moindre alibi.

(76) F.A. HAYEK, *op. cit.*, *passim*.

relève davantage de la pensée d'un Hayek que de celle d'un Gény. C'est donc de cette vision antagoniste où le droit naturel est entièrement dissocié du droit positif que procèdent la déréglementation et le désengagement de l'Etat actuellement en vogue dans les démocraties occidentales. C'est pourquoi, au nom d'un même combat contre la modernité, la pensée du droit naturel classique pourrait, par le biais de Gény, envisager la critique du libéralisme de droite, au lieu de toujours l'exercer par priorité sur la prétendue « illusion » des droits de l'homme (77), que la gauche est si vivement accusée d'alimenter. La réalisation effective du juste n'est-elle pas en effet mieux assurée par l'autorité, même aléatoire et contestable. du construit, que par la vérité, certes parfaite, mais décidément trop indicible, du donné ?

Olivier CAYLA,

*Chargé de travaux dirigés
à l'Université de Paris 2.*

(77) V. en ce sens, M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, 169 p.