

## Verdross et la théorie du droit

*Antonio Truyol y Serra* \*

Toute doctrine du droit international public, comme celle d'une quelconque discipline juridique, suppose une théorie générale du droit. Le plus souvent, celle-ci est implicite, compte tenu de la concentration de la pensée de l'auteur sur la matière de sa spécialisation. Dans le cas d'Alfred Verdross, comme dans celui de Hans Kelsen, la référence a été établie explicitement, même quand elle s'est formulée dans le cadre d'exposés monographiques de thèmes de droit international. Verdross, comme Kelsen, est ainsi à la fois un philosophe du droit et un théoricien du droit international public, ses prises de position dans le domaine de ce dernier découlant de ses options doctrinales sur le plan de la problématique juridique fondamentale.

Cependant, à la différence de Kelsen, qui formula très tôt sa doctrine de la norme fondamentale (*Grundnorm*) comme fondement de l'ordre juridique, y revenant par la suite sans cesse pour l'approfondir ou la nuancer plus ou moins, Verdross a formulé sa doctrine au cours d'une évolution qui, par ailleurs, reflète celle d'un secteur important de la pensée juridique de notre époque. Signalant que cette démarche sinueuse n'avait rien d'une versatilité superficielle, nous avons déjà souligné, il y a un peu moins d'un demi siècle, que le fil intellectuel qui conduit de ses premiers articles au *Völkerrecht* de 1937 devait être compris comme le reflet d'un effort lucide et continu à la recherche d'un fondement objectif du droit international public.<sup>1</sup> Parti de la conception positiviste dominante, Verdross termina son long cheminement à l'ombre du droit naturel, un droit qu'il rattache à la tradition du droit naturel chrétien, tel qu'il s'est déployé de saint Thomas d'Aquin aux classiques espagnols du droit des gens des XVIe et XVIIe siècles.

On a signalé avec raison que l'orientation de Verdross vers la philosophie matérielle du droit a été certainement influencée par le fait de s'être occupé du droit international public.<sup>2</sup> Aussi la réflexion verdrossienne sur le droit est-elle étroitement

\* Real Academia de ciencias morales y politicas, Madrid.

1 «La filosofía del derecho internacional de Alfredo von Verdross y la superación del positivismo jurídico», *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, XC (1945) 499-532.

2 Köck, «Leben und Werk des österreichischen Rechtsgelehrten Alfred Verdross», 42 *ÖZ* (1991) 36.

imbriquée avec la réflexion sur le droit international, et les deux s'expriment souvent plus ou moins dans les mêmes publications.

L'activité de Verdross comme auteur débuta en 1914. Sa deuxième publication, «Zur Konstruktion des Völkerrechts»,<sup>3</sup> rédigée sous la double influence du positivisme de Philipp Zorn et du néokantisme de Kelsen, conçoit le droit international comme un «droit étatique externe», suivant une expression qui remonte à la *Philosophie du Droit* de Hegel et fut reprise par les frères Philipp et Albert Zorn ainsi que par Max Wenzel.<sup>4</sup> Le jeune Verdross fait sienne la doctrine kelsénienne de la norme fondamentale, mais, partageant la conception positiviste de la souveraineté, il la situe au sommet du droit étatique, ce qui a pour conséquence que le droit international a pour fondement la constitution des divers Etats.

Le droit international public se convertit ainsi en élément intégrant des ordres juridiques de tous les Etats dont les constitutions autorisent la conclusion de traités avec d'autres Etats et dont les organes compétents concluent effectivement des traités sur la base de cette autorisation. Mais, comme tous les Etats civilisés le font, tous appartiennent à la grande communauté *juridique* internationale. Ce n'est qu'ainsi que le droit international public se présente comme un droit qui est *commun* à deux Etats, à plusieurs, ou à tous, et qui pourtant n'émane pas d'une autorité supérieure.<sup>5</sup>

Verdross débouche ainsi sur un monisme avec primauté du droit étatique, qui fait dépendre en dernière instance la validité de l'ordre interétatique de la volonté des Etats particuliers.

Verdross abandonna tôt ce point de vue initial et se réclama d'un monisme avec primauté du droit international. Le changement est déjà perceptible dans sa monographie de 1920 sur l'action de guerre et la prétention pénale des Etats,<sup>6</sup> et se renforce dans plusieurs articles, mais surtout dans le livre, important, qui traite de l'unité de l'image juridique du monde sur la base de la constitution juridique internationale,<sup>7</sup> de 1923. Ce qui motiva cette modification doctrinale fut, avant tout, la considération des suites de la révolution à l'égard du droit international. Si l'ordre juridique dans son ensemble dépendait, par voie d'une délégation, d'une norme fondamentale, le changement révolutionnaire de cette norme devrait entraîner celui de l'ordre international tout entier. Or, l'expérience nous montre qu'en principe les obligations internationales des Etats subsistent malgré la modification de leur structure interne. Ceci suppose qu'il y a au moins une norme soustraite à la volonté de l'Etat et donc non créée par lui, à savoir, la norme *pacta sunt servanda*, suivant

3 VIII *Zeitschrift für Völkerrecht* (1914) 329 ss.

4 Zorn, «Die deutschen Staatsverträge», XXXVI *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* (1880) 9 ss.; *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2e éd., I (1895); A. Zorn, *Grundzüge des Völkerrechts*, 2e éd. (1903); M. Wenzel, *Juristische Grundprobleme* (1920).

5 VIII *Zeitschrift für Völkerrecht* (1914) 341-342.

6 *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten* (1920).

7 *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung* (1923).

laquelle l'Etat continue à être lié par ses obligations internationales même si sa constitution change.<sup>8</sup> Mais si une seule norme est dans ce cas, toute la doctrine est secouée. Par conséquent, l'expérience juridique postule un système juridique unitaire, dont le sommet est couronné par les règles suprêmes du droit international public.<sup>9</sup>

La considération d'une autre question, celle du droit international coutumier, va dans le même sens, du fait que sa validité n'est pas couverte par la norme *pacta sunt servanda*.<sup>10</sup>

Ainsi, la dynamique inhérente à ces questions poussa Verdross à s'interroger sur le fondement de la norme *pacta sunt servanda*. Cette mise en cause s'est orientée de plus en plus vers un fondement axiologique objectif du droit international, qui trouva son expression dans l'ouvrage sur la constitution de la communauté juridique internationale,<sup>11</sup> publié en 1926, et ses cours de 1927 et 1929 à l'Académie de droit international de La Haye.<sup>12</sup> Dorénavant, Verdross s'affermira dans sa pensée et la précisera.

Verdross se refuse à admettre qu'une norme fondamentale de nature hypothétique, telle que Kelsen l'entendait, soit le dernier mot de la philosophie du droit. Elle ne peut avoir que le caractère d'un présupposé provisoire, qui requiert à son tour un fondement.<sup>13</sup> La norme *pacta sunt servanda* est du domaine des valeurs absolues. Elle est certes «une simple règle juridique» en tant qu'elle est incorporée à des sources de droit positives (Verdross mentionne à titre d'exemple le protocole de la conférence de Londres du 17 janvier 1871); mais elle est également «une règle éthique, c'est-à-dire une valeur *évidente* ou qui se déduit logiquement d'une règle absolue, par exemple la norme *suum cuique*».<sup>14</sup>

Ce fondement signifie un dépassement du positivisme juridique, qui rejoindra consciemment le droit naturel de la théologie morale espagnole d'un Vitoria et d'un Suarez ainsi que la philosophie juridique de Grotius, s'appuyant en même temps sur la philosophie moderne des valeurs, voire la phénoménologie. Verdross se réclame d'abord d'une philosophie des valeurs qui concilie le caractère absolu des valeurs avec la relativité de la connaissance qu'en a l'homme: chaque système de morale saisit une partie du monde objectif des valeurs éthiques et en ignore d'autres. Ainsi s'explique qu'un système moral

<sup>8</sup> *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung*, *supra* note 6, 42.

<sup>9</sup> *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, *supra* note 7, 126 ss.

<sup>10</sup> «Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts. Ein Beitrag zu den Hypothesen des Völkerrechtspositivismus», XXIX *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht* (1921) 70.

<sup>11</sup> *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (1926).

<sup>12</sup> «Le fondement du droit international», 16 *RCDI* (1927-I) 247-323; «Règles générales du droit international de la paix», 30 *RCDI* (1929-V) 271-517.

<sup>13</sup> *Die Verfassung*, *supra* note 11, 31.

<sup>14</sup> «Le fondement», *supra* note 12, 286. (Toutes les cursives, ici comme ailleurs, sont de Verdross).

accepte comme valeur suprême une idée qu'un autre système ne voit pas ou à laquelle il ne reconnaît qu'un rang subordonné à l'égard d'une idée supérieure qui a été omise par l'autre système.<sup>15</sup>

Il arrive ainsi que le droit positif exprime ces valeurs dans une mesure plus ou moins large. Tout droit positif suppose l'idée de la justice; il est un essai plus ou moins réussi d'adapter cette idée aux circonstances. Le *sentiment* de la justice est certes différent chez les divers individus et au cours des diverses périodes de l'histoire. Mais cela ne veut pas dire que la justice en tant que telle n'est pas une valeur objective et absolue, indépendante de la volonté et de la perception des hommes. L'homme ne crée aucunement les normes de la justice, il ne peut que les constater. Ses principes existent dans une *sphère idéale*, de même que les axiomes mathématiques, qui sont totalement indépendants du fait que les hommes les connaissent ou les reconnaissent. Il faut donc distinguer les normes objectives de la justice idéale du sentiment subjectif de la justice qui résulte de leur perception. Par conséquent,

le droit positif est certainement une valeur *relative*, qui varie avec le développement de la civilisation, mais il a cependant pour fondement la valeur *absolue* de l'idée de justice, une valeur relative n'étant telle que par rapport à une valeur absolue.<sup>16</sup>

A partir de cette position il ne restait qu'un pas à faire pour en venir à la doctrine traditionnelle du droit naturel. Il fut fait par Verdross dans son manuel de droit international public, son *Völkerrecht*, dont la première édition date de 1937.<sup>17</sup>

Verdross affirme que l'on ne peut comprendre le droit hors d'une perspective universelle et d'une référence à l'idée de finalité.

Seul celui qui a compris que *l'univers est un ordre ayant un sens* et au sein duquel le droit a une tâche déterminée à remplir, pourra saisir la nature du droit.<sup>18</sup>

C'est ce que Verdross désigne comme «l'image organique du monde», mais que nous préférierions appeler l'image finaliste, téléologique du monde. On peut certes objecter que le devoir être, le *Sollen*, ne saurait se déduire de ce qui est; mais une telle objection n'est pas de mise ici, étant donné que la nature visée par la conception organique, finaliste, téléologique du monde n'est pas la nature des sciences naturelles, soumises au principe de causalité, c'est

15 Ibid., 284-285.

16 Ibid., 286.

17 Cette partie du manuel fut réduite, pour des raisons d'espace, à cause des additions introduites, à partir de la 3e édition. L'ouvrage fut traduit par nous en espagnol (*Derecho internacional público*) en 1955. Nous avons dû également raccourcir ce texte dans notre 5e éd. (1976), faite avec la collaboration de M. Medina Ortega.

18 *Völkerrecht*, 37: «Zum Sinn des Rechts kann nur vordringen, wer einmal eingesehen hat, daß die Welt eine sinnvolle Ordnung bildet, in der das Recht eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen hat».

la totalité du donné, qui porte aussi le nom de nature. Or, cette nature au sens large n'embrasse pas seulement la nature des sciences naturelles, elle embrasse également le domaine de la culture, configuré en domaines partiels, l'un desquels est le droit.

Le lien qui s'établit ainsi entre le droit et la nature conçue de cette manière, lui confère son sens objectif. La doctrine du droit de Verdross débouche par conséquent sur l'idée du droit naturel, qui n'est autre chose que «*l'ensemble des principes qui résultent nécessairement de l'idée ou de la nature des groupes humains*», ou, dans un autre texte,

tous les principes d'ordre social connaissables par la raison, qui correspondent à la dignité de l'homme et sont nécessaires à sa vie en société.<sup>19</sup>

Pour établir le contenu du droit naturel, le point de départ doit être le fait de la solidarité naturelle de l'homme. L'homme est un être social; sa coopération avec les autres hommes n'est pas arbitraire, elle est au contraire dictée par la nature. Le premier principe du droit naturel est donc: *vivere in societate*. Mais *vivere in societate* suppose un ordre social et une autorité. Le droit naturel ordonne par conséquent d'obéir à l'ordre social et à l'autorité établie. Mais comme l'autorité n'est établie que dans l'intérêt du groupe respectif, il s'ensuit qu'elle rencontre une limite dans le bien commun, et sa fin a pour objet d'assurer aux membres une vie sociale morale et raisonnable (*suum cuique*). Verdross reconnaît lui-même que ces principes sont très larges; ils ne sont pourtant pas vides de contenu; ce sont des principes de droit naturel parce qu'ils émanent de la nature sociale de l'homme. Ils sont applicables non seulement à la communauté étatique, mais aussi à la société internationale, avec cette différence que tandis que la communauté étatique dispose d'une autorité centrale, l'ordre juridique international est une société établie sur une base corporative. En tout cas, la source suprême du droit naturel est, au sein de chaque groupe, *l'idée du groupe*.<sup>20</sup>

Ces principes émanant de la nature des groupes humains ne se trouvent pas seulement dans l'idée du groupe; «*ils se reflètent également dans la conscience juridique et le sentiment juridique des membres du groupe*». Et les prescriptions qui procèdent de cette conscience juridique et de ce sentiment juridique présentent une *nuance* qui diffère suivant le peuple, le temps et le lieu.<sup>21</sup> Sur cette base peut enfin se développer le droit positif, soit par l'usage, soit par la fixation expresse,

compte tenu de ce que tous les préceptes juridiques positifs sont des déductions et des applications de principes juridiques matériels, ou bien ils reposent sur le principe formel de la sécurité juridique et de l'ordre.

<sup>19</sup> Ibid., 37-38.

<sup>20</sup> Ibid., 38.

<sup>21</sup> Ibid., 38-39.

Par conséquent, conclut Verdross en se servant d'une formule suggestive, «*les principes généraux du droit forment le pont entre le droit naturel pur et le pur droit positif*». <sup>22</sup> Et ceci, tant en droit international qu'en droit étatique, à cette différence près que les principes généraux du droit international sont l'expression de la conscience juridique et du sentiment juridique de la société internationale et non tout simplement ceux d'un Etat particulier. Le droit international plonge donc ses racines dans la nature de la société internationale, qui se manifeste dans la conscience juridique de ses membres. Le positivisme est dépassé, puisque le droit – aussi bien le droit international que le droit interne – ne dépend pas, quant à sa validité, d'une ou de plusieurs volontés étatiques. <sup>23</sup> Seule une conception de ce genre mérite le qualificatif de *réaliste*, car seule elle embrasse la réalité juridique toute entière, qui inclut à la fois le droit naturel et le droit positif.

On voit par là que le droit naturel seul n'est pas suffisant, aux yeux de Verdross, car, bien que la raison puisse concevoir ses principes, elle n'est par contre pas en mesure d'atteindre sa formulation concrète pour tous les temps et tous les peuples par le truchement de déductions logiques. C'est là qu'intervient le droit positif.

On ne saurait donc s'étonner de ce que Verdross entende les «principes généraux du droit» visés à l'article 38 du statut de la Cour permanente de justice internationale (qui sera repris dans celui de la Cour internationale de justice) dans le sens du droit naturel. Il a consacré notamment un cours, à l'Académie de droit international de La Haye, aux «principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale». <sup>24</sup> Ces principes généraux, telle est sa conclusion, illuminent l'ordre juridique international tout entier. Ils n'interviennent pas seulement pour suppléer à l'éventuelle absence de règles conventionnelles ou coutumières, mais également pour interpréter les règles existantes.

Compte tenu de cette perspective, la position de Verdross, bien connue, en ce qui concerne le *jus cogens* et les droits de l'homme, s'explique d'une manière cohérente.

Nous pouvons, en présence de cette évolution doctrinale, remarquer que le recours de Verdross au droit naturel a précédé le «retour au droit naturel» qui s'est produit après la seconde Guerre mondiale comme réaction face aux suites du positivisme; il est issu d'une méditation propre sur la nature du droit. Elle poussait ses racines profondément dans la tradition du droit naturel stoïcien et chrétien, que la théologie morale espagnole avait mise à profit en particulier dans le domaine de la vie internationale. Aussi partage-t-elle sa modération, limitant le contenu du droit naturel, à la différence par exemple de l'école de Christian Wolff, et évitant les excès qui ont contribué au discrédit du droit naturel.

Il n'est que juste, également, de souligner la compréhension de Verdross à l'égard de la mutabilité historique des besoins sociaux, qui conduit à une adaptation des

<sup>22</sup> Ibid., 39.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> 52 *RCDI* (1935-II).

exigences du droit naturel aux situations concrètes des sociétés dans l'espace et dans le temps. En accord avec elle, nous noterons chez Verdross le respect de l'expérience, qui rapproche de la réalité aussi bien le droit naturel que le droit positif et les met ainsi à l'abri d'une théorie abstraite.

On peut dire qu'à l'époque où nous sommes parvenus de la biographie intellectuelle du maître de Vienne que nous évoquons ici, sa doctrine du droit avait, quant à l'essentiel, atteint sa maturité. Après la seconde Guerre mondiale, il a fait paraître, parallèlement aux successives éditions de son *Völkerrecht*, un exposé historique de la philosophie antique du droit et de l'Etat<sup>25</sup> qui, douze ans plus tard, devait être complétée par une histoire de la philosophie occidentale du droit.<sup>26</sup> En ce qui touche à la doctrine proprement dite, finalement, Verdross a développé des aspects importants de sa pensée sur le droit naturel et le droit international public dans deux monographies qui s'occupent respectivement du «droit naturel statique et dynamique»<sup>27</sup> et des sources du droit international public universel.<sup>28</sup> Il est par ailleurs significatif que ce dernier titre prélude à celui que devait porter le manuel à partir de son remaniement fait en collaboration avec Bruno Simma – *Universelles Völkerrecht* –, dont la première édition est de 1976 et la troisième a paru en 1984, après la mort de Verdross.

Il faut considérer globalement le titre et le sous-titre de l'ouvrage sur la philosophie du droit occidentale, car ils révèlent bien son intention et sa portée, à la fois historique et systématique: «Philosophie du droit occidentale. Ses fondements et principaux problèmes dans une perspective historique». L'histoire est considérée du point de vue d'une recherche doctrinale qui s'attache à en extraire ses principes comme d'une réflexion collective qui est, ici, celle de l'humanité occidentale, d'Homère à nos jours. Encore faut-il, pour y parvenir, que cette réflexion renferme un acquis objectivant les démarches successives des générations au cours des siècles. Suivant Verdross, cet acquis existe effectivement.

L'exposé des doctrines, dense et en quelque sorte austère dans cette concision éprise de précision dont Verdross a le secret, s'en tient à l'essentiel. Il s'organise chronologiquement à travers quatre sections, consacrées respectivement à la philosophie antique du droit, à la philosophie du droit qualifiée de «chrétienne» (Moyen Age et époque de la «division religieuse», jusqu'à Suarez), à celles des temps modernes et du temps présent. La vision de l'acheminement de la pensée juridique occidentale, depuis ses premiers pas chez Homère, Hésiode et Solon ainsi que dans les interprétations de l'ordre cosmique des pionniers de la spéculation grecque, en est une synthèse très complète. Dans son schéma classique, on remarquera la place – inhabituelle dans les histoires générales de cette matière – réservée à la «renaissance et application de la philosophie augustinienne et thomiste

<sup>25</sup> *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie* (1946; 2e éd., 1948).

<sup>26</sup> *Abendländische Rechtsphilosophie* (1958).

<sup>27</sup> *Statisches und dynamisches Naturrecht* (1971).

<sup>28</sup> *Die Quellen des universellen Völkerrechts. Eine Einführung* (1973).

du droit aux relations intraétatiques et internationales», traitée sous les trois titres suivants:

- a) le fondement de la doctrine du droit des gens (Vitoria);
- b) l'origine du pouvoir étatique;
- c) couronnement et terme de la philosophie espagnole du droit (Suarez).

Au XIX<sup>e</sup> siècle, les «courants latéraux du droit naturel» ne sont pas oubliés, notamment ceux qui se sont exprimés dans l'oeuvre de Trendelenburg et de Krause et ses disciples Ahrens et Röder. Il en est de même quant à la sociologie nordique du droit. Et la section sur la philosophie du droit de notre temps nous conduit jusqu'à la «renaissance de la philosophie matérielle du droit», manifeste dans «le relativisme philosophico-juridique et son dépassement» (Radbruch, Laun, Coing, Del Vecchio, Moór), la philosophie néo-scholastique du droit et celle de la philosophie de l'existence (Jaspers, Heidegger, Maihofer, Georg Cohn). Sous cet aspect des doctrines retenues, vu l'ensemble de la matière du livre, nous ne saurions regretter que l'absence d'une référence à Leibniz, qui par ailleurs aurait renforcé les conclusions que Verdross extrait de son exposé.

En accord avec l'intention avouée de l'ouvrage, celui-ci, dans une cinquième (et dernière) section inclut en effet une «valorisation critique des résultats». Ceux-ci sont analysés sous trois rubriques qui couvrent les problèmes cardinaux du droit: «L'homme dans le droit», «Déduction du droit naturel à partir de la nature de l'homme», «Droit naturel, morale et droit positif». Nous ne pouvons ici que nous limiter à une brève indication des principaux enseignements recueillis.

Le premier est la constatation du fait que,

dès ses tout premiers pas, la philosophie occidentale du droit a reconnu qu'il appartient à la nature de l'homme de vivre dans l'ordre du droit.<sup>29</sup>

Seuls, des auteurs isolés, notamment Hobbes, Locke et Rousseau, ont admis un état pré-juridique, mais sans que le contrat social en vertu duquel les hommes en seraient sortis se soit avéré être autre chose qu'une fiction. On trouve dans tous les groupes humains primitifs des conceptions communes sur ce qui est permis et ce qui est défendu, donnant lieu à un droit coutumier sous la forme d'un droit du peuple. La connaissance du fait qu'il appartient à la nature de l'homme d'être membre d'une communauté régie par le droit conduisit très tôt à admettre l'existence de «principes de droit qui ne procèdent pas du droit positif, mais le précèdent et sont à sa base».<sup>30</sup> Ce domaine du droit est appelé, depuis l'Antiquité, «droit naturel» (au sens objectif du terme). Presque toute la philosophie occidentale du droit a admis la réalité de ces principes. Il y eut certes – constate Verdross – dès l'Antiquité quelques «négateurs du droit naturel».

<sup>29</sup> p. 221.

<sup>30</sup> p. 222.

Ce courant fut repris plus tard par le nominalisme et finalement mené jusqu'à son apogée par le positivisme juridique du siècle dernier, qui repoussa à l'arrière-plan la doctrine du droit naturel pendant plusieurs décennies. Mais depuis la fin de la première Guerre mondiale, cette doctrine n'a pas repris seulement une nouvelle vie, elle s'est encore élargie et approfondie.<sup>31</sup>

Verdross souligne ensuite l'importance historique du «sentiment juridique» (*Rechtsgefühl*) et de la «conscience juridique» (*Rechtsbewußtsein*), qui constituent une unité organique. Un composant du sentiment juridique est le sentiment de la personnalité; l'autre, le respect des prétentions d'autres personnes. La conscience juridique montre ainsi une tendance vers l'égalité. Mais la conscience juridique n'existe jamais seule. Elle s'allie toujours à d'autres représentations éthiques, sans s'identifier pour autant avec la conscience morale, du fait qu'elle n'embrasse que les normes qui ont pour objet la vie en commun des hommes dans une communauté. L'homme ayant toujours vécu dans une ou plusieurs communautés, il est évident que la conscience collective a influencé la conscience juridique de l'individu. Mais le sentiment juridique individuel ne saurait être réduit à la conscience du groupe. La société *humaine* laisse une marge à une tension entre l'individu et la communauté.

Verdross décèle déjà chez Hésiode une distinction, dans l'ordre global du monde, entre l'ordre de la nécessité et de la causalité et l'ordre éthique et juridique. Si l'homme, en tant qu'être biologique, appartient au premier, il est, en tant que personnalité morale, un être libre et responsable, qui relève de l'ordre éthique et juridique mais peut également l'enfreindre. C'est pourquoi le droit naturel ne saurait être déduit de l'ordre soumis à la causalité naturelle, comme avait tenté de le faire la philosophie ionienne; il ne peut être dérivé que de l'ordre adapté à la nature *humaine* spécifique.<sup>32</sup>

De ce fait, le droit naturel a une base anthropologique, et c'est pourquoi, depuis les sophistes grecs, l'homme est au centre de la problématique du droit naturel. Or, au cours de l'histoire se sont frayées chemin diverses conceptions de l'homme, ce qui a donné lieu à des doctrines du droit naturel également diverses. Verdross s'en tient à la conception suivant laquelle l'homme possède une conscience des valeurs et un sens de la responsabilité qui le séparent clairement de tout autre être vivant et lui confèrent une dignité particulière. Mais au sein de cette doctrine du droit naturel, Verdross distingue deux groupes principaux de doctrines, à savoir: la doctrine théocentrique et la doctrine anthropocentrique.

La doctrine théocentrique du droit naturel voit dans l'homme également un être métaphysique, compte tenu du fait qu'il peut dépasser dans son for intérieur le monde sensible et que sa raison lui permet de reconnaître qu'il n'est pas un être originel, mais dépend d'un être supérieur au monde, qui l'a doté de dispositions et de capacités propres. Mais l'homme reconnaît à ses côtés l'existence d'autres êtres non moins

31 p. 222.

32 p. 226.

ordonnés directement à l'Être divin; ce qui établit une grande société qui les englobe tous. En même temps, l'homme fait partie de communautés plus réduites, sans lesquelles il ne saurait vivre (famille, Etat). Sa nature sociale a conduit de la sorte à une hiérarchie de communautés dont la communauté internationale occupe le sommet. Par ailleurs, aux relations des hommes entre eux s'ajoutent les relations des hommes avec la communauté et celles de la communauté avec ses membres. Elles donnent lieu à tous les droits et à toutes les obligations sans lesquels une vie en commun pacifique ne serait pas possible. Nous avons vu que l'homme, être social mais également être autonome et responsable, doit obéissance aux règles légitimes posées par la communauté. Mais, ne disparaissant pas dans la communauté, cette obéissance trouve sa limite là où la communauté contrevient à sa fin de rendre possible à ses membres une existence digne de la condition humaine. De là procède, lorsqu'il en est ainsi, non seulement le droit, mais encore le devoir de résistance, comme Platon – rappelle Verdross – l'avait dit dans ses *Nomoi*.

La doctrine anthropocentrique du droit naturel peut, quant à elle, parvenir aux mêmes résultats que la doctrine théocentrique, étant donné qu'elle reconnaît la double nature, individuelle et sociale, de l'homme; mais elle tient pour insolubles, scientifiquement, les problèmes métaphysiques, les laissant à la croyance des particuliers. Si l'éthique, c'est-à-dire la science de la morale, provenant *directement* de la fin suprême de l'homme, sépare ces deux doctrines, la philosophie du droit les rapproche, car elle a pour objet les rapports sociaux qui ménagent aux individus la marge nécessaire pour pouvoir agir conformément à une autodétermination éthique libre. De ce fait, l'Etat sécularisé englobant une société pluraliste, l'importance pratique du droit naturel s'est encore accrue. Il a en effet besoin d'«un *fondement de valeurs communes* qui ne peut être que le droit naturel». <sup>33</sup> Mais quelles que puissent être les ressemblances, une différence philosophique essentielle subsiste entre les deux courants. La base de la philosophie métaphysique du droit est absolue; celle de la philosophie empirique du droit, en revanche, n'est qu'hypothétique, car elle dépend de la reconnaissance de la valeur d'une vie humaine digne, qui ne peut pas être fondée empiriquement.

La reconnaissance de la communauté implique nécessairement celle de plusieurs valeurs. Tout d'abord, aucune communauté ne saurait subsister sans une autorité. Il en découle des devoirs des membres de la communauté à l'égard de son autorité et vice versa. Les premiers ordonnent de faire et d'omettre ce qui est nécessaire pour le maintien de la communauté: en premier lieu, le devoir des membres de se respecter mutuellement et de s'abstenir de toute ingérence dans les biens d'autrui; ensuite, celui de rendre à la communauté les prestations dont elle a besoin pour pouvoir remplir ses tâches. De son côté, l'autorité a le devoir de prendre les mesures propres à assurer le bien des membres. Ces *devoirs* sociaux de la communauté se groupent, depuis Aristote, sous la rubrique du «soin du bien commun», tandis que les *droits individuels*, qui émanent de la dignité de l'homme, s'appellent «droits de l'homme»,

<sup>33</sup> p. 229.

sur lesquels Verdross, compte tenu de leur place centrale dans la philosophie du droit, reviendra plus loin.

Une distinction importante est, dans cette optique, celle qui s'établit entre le droit naturel primaire et le droit naturel secondaire. Si la loi juridique naturelle se déduit de la nature de l'homme, seules pourront valoir pour tous les temps et tous les peuples les normes de droit naturel qui ressortent de la nature générale ou commune de l'homme, telle qu'elle s'est maintenue à travers les divers changements historiques. Or, une permanence de cette sorte se présuppose si on considère l'homme comme un être social doté de raison et de volonté, les caractères qui sont à l'oeuvre dans l'homme de tous les temps et tous les peuples étant résumés dans cette définition. Mais l'homme ne participe pas seulement d'une nature générale ou commune; il est encore membre d'un peuple déterminé à une époque déterminée et au sein d'une culture déterminée. De ce fait, au cours de l'histoire, parallèlement aux changements des situations, les hommes eux-mêmes changent (et Verdross s'en remet expressément à une affirmation en ce sens de Thomas d'Aquin).<sup>34</sup> Il prend à témoin l'histoire, montrant que des peuples primitifs peuvent se transformer peu à peu en peuples de culture. La loi juridique naturelle devra par conséquent tenir compte des diversités historiques. De là vient qu'il doit y avoir dans le droit naturel une partie immuable et une partie mutable, en d'autres termes, un droit naturel primaire et un droit naturel secondaire. Et Verdross indique avec raison que des éléments de cette «dynamique du droit naturel» se trouvent déjà dans les doctrines chrétiennes du droit naturel du haut Moyen Age et qu'elle a été développée et mise à profit dans la néoscholastique (il cite à ce propos Fuchs et Messner et surtout les déclarations des derniers papes).

Quant à savoir quels sont les principes immuables du droit naturel auxquels peuvent se référer les autres, il faut indiquer que toutes les relations sociales sont, soit des relations des membres de la communauté entre eux, soit des relations des membres avec l'autorité ou de celle-ci avec les membres. La loi juridique naturelle doit par conséquent pouvoir ressortir de trois principes.

Le premier oblige les hommes à se respecter réciproquement comme des personnes et à ne pas s'immiscer dans les droits qui touchent directement leur nature humaine ou qui furent acquis sur la base de l'ordre communautaire. Ce principe assure donc non seulement l'inviolabilité du corps, de la vie et de l'honneur, mais encore les droits de la famille et le patrimoine. (...) Le deuxième principe oblige les membres de la communauté à obéir aux dispositions légitimes de l'autorité et de prêter ainsi à la communauté les services nécessaires à son maintien. Finalement, le troisième principe oblige l'autorité à adopter toutes les mesures que le bien commun requiert.<sup>35</sup>

On peut réduire – ajoute Verdross – ces devoirs de l'autorité à deux groupes principaux, qui ont pour objet, l'un, la *protection* des droits de l'homme, l'autre, la

<sup>34</sup> *Summa theologiae*, 2, II, qu. 57.

<sup>35</sup> *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, supra note 28, p. 232.

*promotion* des membres dans la poursuite de leurs fins existentielles. Tous, cependant, ont la même fin: être au service du *telos* de l'homme. S'appuyant sur le message radiodiffusé de Pie XII du 24 décembre 1942, qui souligne qu'en tout état de cause

la *fin* de toute vie sociale est toujours la même, elle reste sainte et obligatoire, à savoir: le *déploiement des valeurs de la personnalité de l'homme en tant qu'image de Dieu*,

Verdross conclut que «ce noyau humain immuable constitue le *fondement ontologique du droit naturel*». <sup>36</sup>

Nous avons déjà fait état de la mutabilité qu'entraînent à leur suite, au-delà de ce «noyau» toujours égal à lui-même, les virages et changements historiques des sociétés humaines. Ici encore, Verdross recourt à divers textes de Pie XII et, avant lui, de Léon XIII, pour en caractériser l'impact sur le droit naturel qualifié de secondaire. Ainsi, le concept de propriété du droit naturel n'est pas immuable, mais devra s'adapter aux exigences changeantes de la vie économique. De même, le droit d'intervention de l'Etat dans le domaine de la propriété privée dépendra des circonstances. L'Etat, quant à lui, peut être organisé de différentes manières. Le principe absolu lui-même suivant lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée par toute autorité étatique, peut se réaliser fort différemment d'une culture à l'autre.

Le droit naturel primaire, avant de s'incorporer au droit positif, est concrétisé par le droit naturel secondaire, qui applique ses principes à des circonstances déterminées. Ce qui fait que la loi juridique naturelle n'embrasse pas seulement les principes immuables du droit naturel primaire, mais encore le droit naturel secondaire, qui applique, complète et adapte ces principes aux diverses circonstances culturelles. <sup>37</sup> A la lumière de ce qui précède, les nombreux systèmes de droit naturel élaborés aux XVIIe et XVIIIe siècles, s'ils ne répondent pas à l'intention de leurs auteurs de valoir comme systèmes intemporels, sont des tentatives plus ou moins réussies d'appliquer les principes suprêmes du droit naturel à la situation des sociétés de l'Europe occidentale et centrale à la suite de l'écroulement de l'ordre féodal préexistant, et en fait, ils ont fourni les fondements spirituels des grandes codifications du droit privé dans ces régions à la fin du XVIIIe siècle et au début du XIXe, incorporant au droit positif le droit naturel secondaire de l'époque.

Les droits de l'homme ne pouvaient manquer d'occuper une place d'honneur dans la pensée juridique d'Alfred Verdross. Il retrace tout d'abord leur genèse historique à partir de la spéculation hellénique et hellénistique (stoïcienne), jusqu'à leur floraison au XVIIIe siècle et à leur réception dans l'ordre constitutionnel des différents Etats, voire dans l'ordre juridique international, au cours du XIXe siècle et du nôtre. Il signale leur diversification en droits individuels de liberté, les droits de

<sup>36</sup> pp. 232-233.

<sup>37</sup> p. 234.

l'homme «classiques», et droits de l'homme sociaux, apparus à la suite de la révolution industrielle, au XIXe siècle. Les droits de l'homme découlent de la dignité inhérente à la condition humaine, et ceci s'applique aussi bien aux droits individuels qu'aux droits sociaux. Mais leur proclamation, stimulée par la lutte contre leur méconnaissance de la part des pouvoirs et notamment des abus graves commis par ceux-ci, s'avère finalement progressive et doit surmonter les attentats à la dignité humaine comme ceux dont notre siècle a été également témoin. Il faut en tout état de cause distinguer l'existence des droits de l'homme, dérivés de la dignité de l'homme, et leur reconnaissance, qui n'a lieu que pas à pas. On ne saurait par conséquent s'étonner de ce que certains droits de l'homme soient encore discutés de nos jours. «De même que toute connaissance, la connaissance de la loi morale ne progresse que peu à peu».<sup>38</sup> De ce fait, une autre distinction s'impose: celle qui existe, d'une part, entre le droit naturel en soi, et de l'autre, les différentes doctrines de droit naturel, plus ou moins réussies, qui s'attachent à saisir cet objet.

La dignité humaine étant le donné préalable de l'ordre de toute communauté, il en résulte cinq conséquences:

- 1) L'ordre de toute communauté doit réserver à l'homme un espace dans lequel il puisse agir comme un être libre et responsable.
- 2) L'ordre de la communauté doit assurer et protéger cet espace.
- 3) Des limites doivent être mises à l'autorité de la communauté.
- 4) Le respect de ces limites doit pouvoir être contrôlé.
- 5) Le devoir d'obéissance des membres envers la communauté n'est pas absolu. Elle trouve sa limite dans la dignité de la personne humaine.<sup>39</sup>

La formulation détaillée des droits de l'homme, elle, est liée à chaque situation, du fait que, dans des circonstances différentes, des moyens différents sont nécessaires pour pouvoir atteindre la fin posée par le droit naturel. Sous ce dernier aspect, la sociologie du droit se révélera comme une utile auxiliaire.

Une tradition aussi ferme que celle des droits de l'homme est celle de la notion de bien commun, dont Verdross évoque également la présence tout au long de l'histoire de la pensée juridique occidentale, mises à part les doctrines de la raison d'Etat. L'analyse de cette histoire, que Verdross poursuit, ici encore, jusqu'à la pensée des derniers pontifes, débouche sur le bilan suivant:

le *bonum commune* n'est ni la somme des biens que poursuivent les particuliers, ni l'utilité d'un collectif humain, mais l'ensemble des biens produits par la coopération des hommes unis dans une communauté, qui doivent être à l'oeuvre pour permettre aux particuliers, grâce à leur effort et leur travail, de conformer leur vie de telle sorte qu'elle corresponde à la dignité de l'homme. Le *bonum commune* comprend donc toutes les institutions nécessaires à la conservation,

<sup>38</sup> p. 240.

<sup>39</sup> p. 241.

y compris le vaste secteur du droit social.

Il s'ensuit de tout ce qui précède que le droit naturel, loin d'exclure le droit positif, le postule. Tandis que le positivisme juridique n'admet comme droit que le droit positif, la doctrine du droit naturel reconnaît la nécessité du droit positif. Celle-ci provient du fait que l'autorité étatique, qui pose le droit positif, ne reçoit sa faculté normative que d'une norme suprapositive. Kelsen lui-même l'a reconnu, avec sa théorie de la «norme fondamentale», la *Grundnorm*. Mais celle-ci ne peut pas jouer le rôle qui lui est dévolu, compte tenu de son caractère hypothétique. D'autre part, le droit positif a pour fonction d'adapter les principes du droit naturel aux besoins historiques de la communauté dans le temps. Le droit naturel primaire est certes l'objet d'une concrétisation partielle de la part du droit naturel secondaire. Mais ce dernier, pour être efficace dans une communauté, doit être, en général, formulé par le législateur ou le juge; et c'est là une différence avec l'éthique, dont les normes sont appliquées au cas concret par la conscience. Par ailleurs, le droit naturel secondaire est comme un filet à grandes mailles, et c'est au législateur qu'il incombe de déterminer quelles sont, parmi les normes de droit naturel possibles, celles qu'une communauté doit suivre. Ainsi,

même une doctrine de droit naturel qui tienne pleinement compte de la dynamique historique ne peut pas se passer du droit positif.<sup>40</sup>

Ce qui ne veut pas dire que toutes les normes de droit positif lient moralement; elles ne sauraient le faire si elles contredisent manifestement le droit naturel.

Ici, la distinction entre droit et morale doit être précisée. Le terme «morale» – rappelle Verdross – s'entend dans un double sens. Il désigne, soit l'ordre moral du monde dans son ensemble (morale au sens large), soit seulement la partie de cet ordre qui reste après qu'on en a séparé la loi juridique naturelle (morale au sens strict). C'est pourquoi la théologie morale traite la loi juridique naturelle comme un secteur de l'éthique (*ethica specialis*). S'appuyant sur des auteurs aussi divers que V. Cathrein et H. Ahrens, Verdross distingue le droit (et donc aussi le droit naturel) de la morale au sens strict, disant que celle-ci a pour but le perfectionnement de l'homme *individuel*, tandis que les normes du droit n'ont à assurer que les *conditions sociales* nécessaires pour que les hommes puissent mener à bien leurs tâches individuelles. Une distinction ultérieure a pour critère la structure formelle des normes respectives. Car, tandis que la plupart des normes nous imposent exclusivement des devoirs, il en est qui concèdent à d'autres hommes un *droit subjectif*, qui leur permet d'exiger de nous un comportement déterminé. L'ensemble de ces normes constitue le droit, tandis que nous désignons comme morale l'ensemble des premières.<sup>41</sup>

Il est certain que finalement le droit s'appuie sur la morale, le droit positif ne pouvant être réalisé si au moins les organes de la communauté n'ont pas la volonté

40 p. 248.

41 p. 249.

morale d'appliquer dûment les lois. La vieille question du «gardien» du droit (*quis custodiet custodes?*), qui se pose en dernière analyse dans tout ordre juridique positif, ne reçoit d'autre réponse valable que celle-ci: le «gardien» dernier du droit ne peut être que la volonté *morale* des organes suprêmes d'exercer leur haute fonction pour l'amour du droit.

La conclusion des considérations de Verdross sur la doctrine du droit naturel, est la considération de son opposition au positivisme juridique. Or, celui-ci se présente sous deux formes. La première, radicale, que Verdross qualifie de dogmatique ou extrême, réduit le droit naturel à une idéologie servant à renforcer ou à affaiblir le droit positif. Elle est en contradiction totale avec la doctrine du droit naturel. En revanche, les représentants du positivisme juridique modéré se limitent à réserver le terme «droit» pour désigner le droit positif, sans nier l'existence d'un ordre normatif supérieur. Ils s'imposent pour tâche de considérer comme l'objet de la science juridique toutes les normes sociales réellement effectives, laissant à l'éthique (science de la morale) le soin de se prononcer sur la rectitude de leur contenu. La question est alors essentiellement terminologique et dépend dans une large mesure de la libre option de l'auteur respectif dans la délimitation de son sujet.

Plus difficile est le problème quand le positivisme juridique considère comme «juridiquement obligatoires» toutes les normes sociales coercitives. Il va sans dire, selon Verdross, que cette doctrine ne nie pas seulement le droit naturel, mais également la morale. La chose est différente si l'on entend par «caractère juridiquement obligatoire» non pas une obligation morale, mais le fait qu'un système de normes est assorti de la menace de sanctions. On peut conclure que si le positivisme juridique *dogmatique* est en contradiction avec la doctrine du droit naturel, le positivisme juridique *hypothétique*, lui, ne l'est pas. Tandis que la doctrine du droit naturel valorise le droit positif sur la base du droit naturel, le positivisme juridique hypothétique se limite à exposer les normes d'un ordre juridique normatif, sans se prononcer sur son caractère moralement obligatoire ou non-obligatoire.

On voit par là le caractère historico-systématique de *La philosophie occidentale du droit*, que nous avons signalé plus haut. L'ouvrage offre ainsi une synthèse de la pensée juridique de Verdross, confrontée avec l'évolution d'ensemble de la pensée juridique, telle qu'elle s'est manifestée depuis ses premiers balbutiements chez les poètes et les philosophes de la nature de la Grèce antique jusqu'à nos jours.

Nous avons fait allusion au livre de Verdross sur le droit naturel statique et dynamique de 1971. Publié dans une collection destinée aux étudiants universitaires, il reprend, empreint d'un souci pédagogique que rehausse la clarté de l'exposé, la question centrale de la philosophie du droit, à savoir, la question du droit naturel, un droit qui, rappelle-t-il d'emblée, se trouve, depuis Karl Bergbohm, sous le soupçon d'être une idéologie. On peut y voir une réaffirmation des thèses déjà développées dans l'ouvrage sur la philosophie du droit du monde occidental, dont il reproduit pour l'essentiel, en une synthèse concise et dense, la structure, les cinq sections du livre antérieur se réduisant ici à trois, intitulées respectivement: «Le concept de droit naturel et les doctrines jusnaturalistes», «L'essence de l'homme», «Morale sociale et

droit naturel primaire et secondaire». Et l'on retrouve au coeur de l'exposé, comme le titre lui-même le met en relief, le problème central de l'adaptation du droit naturel, notamment du droit naturel secondaire, aux exigences variables du bien commun des sociétés dans le temps. La solution verdrossienne s'écarte décidément de la généralité abstraite de l'Ecole rationaliste des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, qui suscita la réaction de l'Ecole historique du droit et de Hegel, et se rapproche du sens plus aigu du concret et de la diversité dans la condition humaine, propre au jusnaturalisme de Thomas d'Aquin et des classiques espagnols, dont la théorie suarézienne de la mutabilité du droit naturel en raison de la mutabilité de la matière de son application, est sans doute l'expression historique la plus marquante.