

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et le droit naturel¹

MICHEL TROPER

L'histoire du droit, en particulier l'histoire constitutionnelle, et la théorie générale du droit ont été trop souvent séparées. La théorie du droit, notamment la théorie du droit contemporaine d'orientation positiviste, analyse avant tout des aspects formels du droit, comme sa structure ou son mode de raisonnement spécifique, qui sont généraux et donc indépendants du contexte¹. Elle est donc ahistorique. L'histoire au contraire recherche ce qui dans le droit est dépendant du contexte, c'est-à-dire non sa structure, mais son contenu².

Pourtant, dans les faits, ces deux disciplines dépendent l'une de l'autre, mais sans une conscience critique de cette dépendance. L'histoire constitutionnelle ne peut éviter d'employer d'autres concepts que ceux de l'époque étudiée, des concepts tirés de façon acritique des analyses modernes, comme par exemple «contrôle de constitutionnalité des lois», dont elle est tentée, au risque de l'anachronisme, de chercher l'origine dans le jury constitutionnaire de Sieyès, dans les anciens Parlements, voire

dans le "graphe paranomon" ou bien de décrire les constitutions de la Révolution française à l'aide d'une classification moderne – et fautive – des régimes politiques, fondée sur la séparation des pouvoirs. De leur côté, les théoriciens du droit, sont tentés d'utiliser l'histoire pour produire des concepts à partir de la Révolution française, comme l'a fait par exemple la doctrine allemande du droit public et Carré de Malberg à sa suite, par exemple avec le concept d'organe, mais au risque de la déformation.

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 fournit une bonne illustration de cette interdépendance. La question que posent les juristes modernes, pas seulement les théoriciens, est celle de sa valeur juridique, une question qu'ils traitent à l'aide des critères habituels: la déclaration et les droits qu'elle garantir trouvent-ils leur fondement dans le droit naturel ou sont-ils l'expression de la volonté de ceux qui l'ont adoptée? La Déclaration constitue-t-elle le fondement de la validité de la constitution et des lois?

Mais tout cela présuppose des concepts de nature et de droit naturel, du rôle de la volonté dans le droit, une idée de la hiérarchie des normes ou du critère de la validité, qui sont parfaitement pertinents pour l'analyse des systèmes juridiques modernes, mais qui n'étaient pas ceux du 18^{ème} siècle.

En revanche, si l'on analyse les contraintes argumentatives qui ont pesé sur l'Assemblée nationale constituante, on peut espérer contribuer à une meilleure compréhension non seulement des concepts de l'époque, mais aussi de certains aspects, négligés par la théorie du droit contemporaine, du mode de raisonnement des juristes modernes.

Si cette théorie, spécialement la théorie d'inspiration positiviste, s'attache exclusivement à une analyse formelle du droit, c'est qu'elle se veut générale, c'est-à-dire qu'elle doit valoir comme analyse du droit positif non pas de tel ou tel pays, de telle ou telle époque ou de telle ou telle branche du droit, mais de tous les systèmes juridiques. Or, ce qui apparaît commun à tous les systèmes, c'est seulement la forme, tandis que le fond varie considérablement d'un système à l'autre. Ce courant théorique a donc délaissé les grandes questions qui occupaient les vieilles doctrines et qui touchaient au fond du droit, comme la famille ou la propriété et les questions jugées métaphysiques. Parmi ces questions, celle des fondements des droits de l'homme³.

Il est permis de regretter ce rejet, au regard même des buts de la théorie du droit et de la conception qu'elle se fait de la science du droit. Comme toute science, elle entend décrire son objet et cet objet est le droit. Mais le droit qu'il faut décrire, c'est le droit tel qu'il existe, c'est-à-dire tel qu'il est pra-

tiqué. Or, si l'on observe la manière dont raisonnent effectivement les juristes praticiens, les juges et les avocats en particulier, il faut constater qu'ils ne se contentent pas de raisonner en termes de hiérarchie des normes et qu'ils se gardent bien de négliger le fond du droit. Ils traitent bien de la famille ou de la propriété, et même ne peuvent éviter, bien que ce ne soit pas toujours explicite, de faire appel au droit naturel.

La question des fondements des droits de l'homme paraît en être un bon exemple. On dit qu'elle ne se pose pas parce qu'il suffirait de constater que ces droits sont proclamés et garantis par des textes nombreux, depuis les déclarations française et américaine du 18^{ème} siècle jusqu'aux déclarations internationales du 20^{ème}. La question de savoir s'ils trouvent ou non leur fondement dans le droit naturel serait donc parfaitement indifférente.

Il est pourtant fréquent que les textes constitutionnels invoquent le droit naturel ou l'autorité religieuse et que les tribunaux appliquent et interprètent les lois à la lumière de ces textes et, ce faisant, qu'ils invoquent eux-mêmes certains concepts du droit naturel. Qu'on pense à la dignité de la personne humaine.

Peu importe que le droit naturel n'existe pas, dès lors que ce mode de raisonnement existe en fait, la science du droit se doit d'en rendre compte, c'est-à-dire d'expliquer pourquoi les juristes ne peuvent l'éviter.

C'est-ce que l'analyse de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen devrait permettre d'éclairer. Je vais donc tenter de montrer d'abord que le texte de 1789 est bien une déclaration des droits, qu'elle renvoie bien à la nature et que le concept de nature est analogue au concept de na-

ture invoqué par les théories esthétiques de l'époque, puis que la construction de ce concept est le fruit de certaines contraintes argumentatives qui pèsent aussi sur le droit moderne.

- La Déclaration et la nature
- La construction du droit naturel : la fonction de justification.

La Déclaration et la nature

Dans la théorie juridique et politique française, deux interprétations de la Déclaration des droits se sont longtemps opposées : était-ce, comme son nom l'indique, une déclaration de droits ou dérivés de la nature ou au contraire l'expression de la volonté de ses auteurs correspondant à des préférences politiques et dans ce cas avait-elle valeur de droit positif?

On peut montrer que la controverse et son déroulement s'expliquent en grande partie par le contexte historique des 19^{ème} et 20^{ème} siècles et le développement de la jurisprudence administrative et surtout constitutionnelle. Quand des arguments historiques ont été mobilisés, c'était avant tout pour servir à une justification de l'état du droit positif du moment. Il faut donc analyser cette controverse avant de revenir à la conception que l'on se faisait de la déclaration en 1789 et de montrer qu'ils ne concevaient pas les droits comme des normes exprimant des volontés humaines, mais bien comme des droits inscrits dans la nature de l'homme, une conception liée non aux doctrines du droit naturel, mais aux théories esthétiques des Lumières.

A. La controverse

On a soutenu longtemps en France que la Déclaration avait le caractère d'une proclamation philosophico-politique sans valeur juridique, puis, plus récemment, qu'elle avait bien valeur de droit positif.

Comme la déclaration n'a pas de réalité empirique que l'on pourrait observer et décrire objectivement, une controverse de ce genre ne peut être tranchée facilement, mais elle peut avoir une grande portée politique et pratique. Si la déclaration n'est que l'expression d'une idéologie ou un programme politique, elle n'intéresse pas le juriste. Si elle a valeur juridique, alors elle s'impose aux organes de l'État, l'administration, les tribunaux, voire au législateur. Il se peut aussi qu'elle ait été voulue comme un texte juridique, mais que le droit positif n'ait pas su reconnaître cette valeur, auquel cas on peut en tirer argument pour recommander que le droit positif en tire toutes les conséquences, par exemple en instituant un contrôle de constitutionnalité des lois.

On a donc recherché ce que les auteurs de la Déclaration avaient fait ou entendu faire, mais une telle recherche de l'intention par l'analyse du texte et des débats ne peut que déboucher sur des interprétations contradictoires. A vrai dire, comme il arrive souvent, le regard qu'on porte rétrospectivement sur les institutions du passé dépendent du moment et des besoins pratiques. L'interprétation de la Déclaration de 1789 ne fait pas exceptions, et a beaucoup varié. En fonction des nécessités de l'argumentation.

En France, elle a longtemps été traitée par le droit positif, c'est-à-dire par la jurisprudence, comme sans portée juridique et cela jusqu'en 1971. Jusqu'à cette date, les

tribunaux ne contrôlaient pas la validité des lois par rapport à la Déclaration et ne pouvaient d'ailleurs pas le faire dès lors que leur rôle, défini par la loi des 16 et 24 août 1790 et les articles 5 et 6 du code civil, était limité à l'application des lois. Cette limitation découlait bien sûr directement de l'idée que la loi était l'expression de la volonté générale et que contrôler les lois serait usurper le rôle du législateur et se dresser contre la volonté souveraine du peuple. Appliquer une Déclaration conçue comme un rappel du droit naturel aurait été possible de forfaiture.

La Déclaration n'avait donc aucune valeur juridique et il fallait la comprendre comme la simple manifestation de l'idéologie des constituants qui adhéraient à la doctrine du droit naturel et proclamaient un idéal pour le législateur futur. Cet idéal était d'ailleurs partagé par les constituants républicains. Ils pouvaient proclamer les droits de l'homme de 89 et les compléter conformément aux idéaux de leur époque, ce qu'ils ont fait dans le Préambule de la constitution de 1946, mais n'ont pas entendu lier par ces textes les pouvoir législatif ou judiciaire. Si les droits de l'homme pouvaient être garantis par le droit positif, ce ne pouvait être que par la loi. Dans les facultés de droit françaises, d'ailleurs, on n'enseignait pas les droits de l'homme, mais les libertés publiques, c'est-à-dire seulement des règles législatives et jurisprudentielles.

La situation a changé avec la Vème République quand la constitution de 1958 a institué un Conseil constitutionnel avec un pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois. Ce pouvoir était certes limité, mais la grande rupture – on a même parlé de révolution – est intervenue en 1971, lorsque le Conseil constitutionnel a décidé qu'il

avait le pouvoir de contrôler la conformité des lois non seulement aux articles numérotés de la constitution mais aussi à son préambule et à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen à laquelle renvoie le dit préambule.

Désormais, si le Conseil constitutionnel et d'autres juridictions à sa suite appliquent la Déclaration de 1789, ce ne peut être que parce qu'elle fait partie du droit positif, ce que les constitutionnalistes s'efforcent de prouver au moyen de différents arguments⁴.

Le principal est tiré du texte de la constitution de 1958, sur lequel s'est fondé le Conseil constitutionnel en 1971:

Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789.

Aussi, malgré son titre, la Déclaration de 1789, serait donc bien l'expression de la volonté du peuple souverain, celui de 1958. D'ailleurs, le Préambule est bien inscrit comme un intertitre sous le titre général «Constitution».

À cela, on a tenu à ajouter des arguments historiques pour tenter de montrer que dès 1789 et malgré son titre, la Déclaration était bien conçue comme une partie du droit positif et même de la constitution.

D'ailleurs, comme celle de 1958, certaines éditions de la constitution de 1791 ne font-elles pas figurer la Déclaration sous le titre même de «Constitution» ? La conclusion logique, que, les révolutionnaires n'auraient hélas pas su ou pas osé tirer, mais à laquelle le Conseil constitutionnel serait lui heureusement parvenu, était que le contrôle de constitutionnalité des lois était impliqué par la Déclaration⁵.

Au demeurant, dit-on, le contenu de la Déclaration est bien loin de la «véritable» doctrine du droit naturel, celle de Pufendorf, de Grotius et de Wolff et la référence au droit naturel n'est qu'une tactique visant à masquer le véritable caractère de l'opération, la manifestation d'une volonté politique⁶.

Il est incontestable que la déclaration n'a pas de rapport avec la prétendue «véritable» doctrine du droit naturel, mais il n'est pas vrai que les constituants aient produit du droit positif, ni que les références au droit naturel aient été un masque. En effet, ils n'ont pas produit de normes, encore moins des normes juridiques et, bien que ce ne soit pas celle qu'on prétend «véritable», ils se sont bien inspirés d'une doctrine du droit naturel.

B. *Pas des normes*

Certes ce n'est pas non plus celle qu'on appelle aujourd'hui souvent *jusnaturaliste*, c'est-à-dire la doctrine selon laquelle il y aurait au-dessus du droit positif, issu de volontés humaines, un ensemble de normes qui, elles, n'auraient pas été produites par l'homme, objectives et connaissables par la raison et auxquelles le droit positif devrait se conformer sous peine de perdre sa validité. La critique du droit naturel qu'en font ses adversaires positivistes, notamment Kelsen, est précisément dirigée contre cette conception. Mais, rares sont en réalité les auteurs, qui professent une pareille doctrine⁷. On peut sans doute citer Radbruch, mais il est certain que cette conception n'est pas du tout celle des hommes de 1789.

Les principes énoncés dans la Déclara-

tion ne sont en effet pas des normes et ils ne sont nullement destinés à constituer le fondement de validité des normes juridiques.

Que les principes ne sont pas des normes juridiques, les constituants le proclament expressément. Ainsi, Sieyès écrit dans le préambule de son premier projet

une Déclaration des droits du citoyen n'est pas une suite de lois, mais une suite de principes...[dont il faut établir la vérité]⁸.

Des termes repris par d'autres, tout au long de la Révolution. C'est notamment le cas de Boissy d'Anglas dans le discours préliminaire prononcé à la Convention au nom de la Commission des Onze, le 5 messidor an III.

Cette déclaration, dit-il, n'est pas une loi, et il est bon de le répéter, mais elle doit être le recueil de tous les principes sur lesquels repose l'organisation sociale : c'est le préambule nécessaire de toute constitution libre et juste; c'est le guide des législateurs⁹.

Il y a d'ailleurs une raison politique puissante pour refuser que les principes soient des normes positives. La première question après le vote de la Déclaration est de savoir s'il faut la soumettre à la sanction du roi, comme on doit le faire pour les décrets législatifs. S'il s'agissait d'une loi, alors le roi devrait joindre sa volonté à celle de l'Assemblée nationale, mais la réponse est immédiatement négative, parce que comme le dit Barrière de Vieuzac le 5 octobre,

les droits des hommes sont antérieurs à ceux des monarques: ils furent toujours indépendants des trônes. La Déclaration des droits ne doit être que publiée par le roi¹⁰.

En 1795, on invoquera une autre raison politique : si la Déclaration était une loi,

les citoyens pourraient s'en prévaloir et ce serait l'anarchie. C'est pourquoi un député proposera même de dire expressément que

la Déclaration des droits et des devoirs n'est pas une loi. Elle doit être uniquement considérée comme la base du pacte social¹¹.

La déclaration n'est donc qu'un ensemble de principes. Aujourd'hui, on appelle «principes» un ensemble de prescriptions, écrites ou non, qui diffèrent des règles par plusieurs aspects, leur degré de généralité, le fait que contrairement aux règles, qui sont valides ou non, qui s'appliquent ou non, leur application est susceptible de degrés, qu'ils peuvent prévaloir sur une règle même récente et qu'on peut les mettre en balance¹². Certains considèrent que les principes juridiques sont de nature morale, mais, quelles que soient leurs différences, les principes et les règles sont deux espèces du genre «norme» ou «prescription», c'est-à-dire comme des propositions qui, contrairement aux propositions indicatives sont insusceptibles d'être vraies ou fausses, mais seulement valides ou non valides au regard d'une norme supérieure, suivies ou non.

Or, les principes contenus dans la Déclaration, on ne cesse de le proclamer, sont «vrais», c'est-à-dire que ce sont non des normes, mais des propositions indicatives ou des jugements de fait. Non seulement ce ne sont pas des normes, mais, comme on ne peut pas dériver une prescription d'une proposition indicative, ces principes ne pourraient en aucun cas constituer un fondement de validité pour des normes.

On objectera peut-être que, même si on la fait souvent remonter à Hume cette distinction entre propositions indicatives et propositions normatives ou jugements

de fait ou jugements de valeur, pouvait être ignorée des constituants de '89 qui auraient cru pouvoir qualifier des normes de vraies, puis, de ces normes, inférer d'autres normes¹³.

Mais alors dans quel sens les principes énoncés dans la Déclaration pouvaient-ils être conçus comme des propositions indicatives «vraies» ? Il faut ici distinguer d'une part les énoncés qui se présentent comme des jugements de fait, qui sont logiquement susceptibles d'être vrais ou faux, comme par exemple

«Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits» ou «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme»

et d'autre part celles qui ont la forme prescriptive comme

La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société,

qui ne peuvent être vraies ou fausses, mais qu'on peut lire en présupposant un jugement de fait

il existe un principe selon laquelle la loi n'a le droit de défendre...

Dans les deux cas, donc, les principes sont des jugements de fait et non des normes et les auteurs de la Déclaration les tiennent pour vrais s'ils correspondent à la nature. Ils considèrent en effet que les principes ont une existence objective antérieure à la Déclaration. Ce sont les lois de la nature qui donnent des droits aux hommes, ainsi qu'il est dit dans la déclaration d'indépendance américaine

il devient nécessaire pour le peuple de prendre, parmi les puissances de la Terre, la place séparée et égale à laquelle les lois de la nature et du Dieu de la nature lui donnent droit.

Troper

De même, le préambule de la déclaration de 1789 se présente comme un *rappel* des droits naturels qui ont été ignorés, oubliés ou méprisés.

La nature qui contient ces principes n'est évidemment pas le monde physique. L'auteur de l'entrée «droit naturel» de l'encyclopédie, Jaucourt, faisant l'éloge de Burlamaqui, l'introducteur de Puffendorf, écrit

Dans la première partie, qui concerne les principes généraux du droit, après avoir défini le droit naturel, il cherche les principes de cette science dans la nature & l'état de l'homme.

La nature, c'est seulement la nature humaine. Il ne fait aucune référence aux animaux. Encore ne s'agit-il pas principalement de la nature biologique de l'homme, mais surtout de ses désirs et de ses sentiments.

De même, l'auteur de l'article «droit des gens», Boucher d'Argis, faisant lui aussi l'éloge de Puffendorf, écrit qu'il

cherche d'abord la source du droit naturel & des gens dans l'essence des êtres moraux ... Il appelle êtres moraux certains modes que les êtres intelligents attachent aux choses naturelles ou aux mouvements physiques : en vue de diriger & de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme, & pour mettre quelqu'ordre, quelque convenance & quelque beauté dans la vie humaine.

La nature dont les lois déterminent le droit naturel est donc bien d'ordre moral. Le même Boucher d'Argis écrit d'ailleurs à l'article «droit naturel» que

Le droit n'est proprement autre chose que la science des mœurs qu'on appelle morale.

Diderot, dans un autre article «droit naturel», ne dira pas autre chose:

De ces idées générales que l'on vient de donner sur le droit naturel, il résulte que ce droit n'est proprement autre chose que la science des mœurs qu'on appelle morale; c'est la morale universelle, indépendante de tout culte particulier, de toute législation particulière. C'est la morale commune à tous les temps, à tous les lieux, à tous les peuples.

Mais, comme la morale tend au bien et que le bien et le beau sont une seule et même chose, le droit, la morale et les théories du beau des Lumières presupposent la même conception de la nature. Parmi beaucoup d'autres, Rousseau souligne cette identité:

J'ai toujours cru que le bon n'était que le beau mis en action, que l'un tenait intimement à l'autre, et qu'ils avaient tous deux une source commune dans la nature bien ordonnée¹⁴.

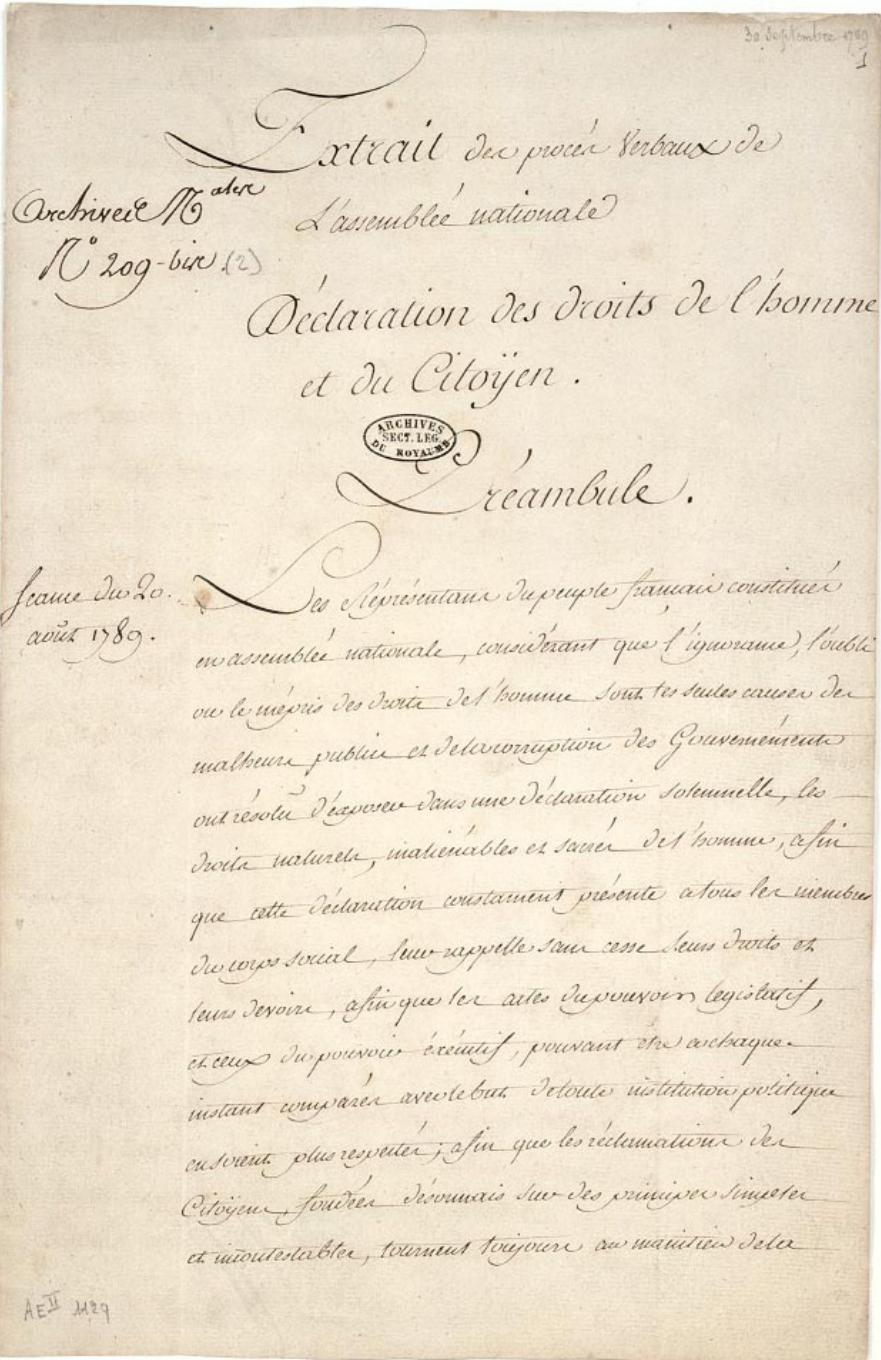
Dire que les droits sont fondés dans la nature, c'est dire qu'ils sont fondés dans la nature humaine et les émotions communes. C'est bien pourquoi les droits sont universels. Ainsi, pour La Fayette, l'un des premiers à proposer de faire une Déclaration des droits.

La Déclaration des droits a pour mission de rappeler les sentiments que la nature a gravés dans le cœur de chaque individu

et de même pour Champion de Cicé:

la Déclaration des droits n'a pas pour objet d'imprimer à des vérités premières une force qu'elles tiennent de la morale et de la raison; qu'elles tiennent de la nature, qui les a déposées dans tous les **cœurs** auprès du germe de la vie... donc seulement les rendre présents à nos yeux et à notre pensée¹⁵.

Ces émotions communes viennent de l'aspiration de tous les hommes au bonheur, de sorte que comme l'écrit Mercier,



Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Page 1, Archives Nationales

l'ordre des devoirs et des droits réciproques dans l'établissement est nécessaire à la plus grande multiplication possible des productions, afin de procurer au genre humain la plus grande somme possible de bonheur et la plus grande multiplication possible des richesses¹⁶.

Pourtant, de même que l'art ne consiste pas à imiter servilement la nature, car elle n'est pas toujours belle, mais seulement la belle nature, c'est-à-dire la nature telle qu'elle devrait être, autrement dit une nature reconstruite, de même la Déclaration des droits ne vise pas à satisfaire toutes les aspirations des hommes, mais celles qu'ils devraient avoir¹⁷. Boissy d'Anglas le dira expressément: Il faut régénérer la nation et l'un des procédés pour y parvenir est de développer les arts,

«On ne peut pas plus se contenter de notre sublime Déclaration des droits que les musulmans du coran, sous prétexte qu'il contient d'immortels principes... ». Le législateur, «comme la divinité, va régénérer et embellir la nature»¹⁸.

Telle est précisément l'ambition de la Déclaration: régénérer la nation pour la rendre conforme à la nature.

Mais il y a entre les arts et la législation d'un peuple libre une relation à double sens: les arts participent à la régénération, mais un régime de liberté fera fleurir les arts. C'était précisément l'idée de Condorcet: la liberté a besoin des lumières, donc des arts, mais les arts ont besoin de la liberté¹⁹. C'est-ce qui explique que les arts se soient épanouis à Athènes qui jouissait de la liberté, mais notre époque qui va établir une liberté nouvelle, verra s'accomplir dans les arts des progrès supérieurs. Il est peut-être plus difficile de comprendre qu'ils aient pu fleurir sous les despotes, mais on explique néanmoins que le sentiment du beau est universel et que, parmi les œuvres héritées de l'Ancien Régime, on

peut faire un tri et conserver celles qui n'offrent pas ce sentiment.

Si les arts et les droits, notamment la liberté sont dans cette relation mutuelle, c'est qu'il y a de grandes similitudes. Ils puissent également dans la nature et dans une nature reconstruite, mais ils se ressemblent aussi dans la manière de connaître, de reconnaître et de reconstruire la belle nature ou une nature propre à une société bien ordonnée et c'est aussi que, dans les deux cas, cette reconstruction presuppose une hiérarchie des talents.

Dans les deux cas, la connaissance de la nature résulte avant tout de l'évidence, définie comme «une certitude à laquelle il nous est aussi impossible de nous refuser qu'il nous est impossible d'ignorer nos sensations actuelles»²⁰.

Dans le discours du droit, l'évidence est non seulement l'instrument qui permet de connaître les principes du droit naturel, c'est aussi le critère, qui distingue le droit naturel du droit positif. Comme l'écrit Quesnay, «Le droit naturel des hommes diffère du droit légitime ou du droit décerné par les loix humaines, en ce qu'il est reconnu avec évidence par les lumières de la raison»²¹. C'est précisément cette idée qu'exprime la déclaration d'indépendance américaine

Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes: tous les hommes sont créés égaux; ils sont doués par le créateur de certains droits inaliénables²².

Mirabeau ne dit pas autre chose:

une Déclaration des droits, si elle pouvait répondre à une perfection idéale, serait celle qui contiendrait des axiomes tellement simples, évidents et féconds en conséquences qu'il serait impossible de s'en écarter sans être absurde, et qu'on en verrait sortir toutes les constitutions²³.

Ce terme d'axiome est-ce qui permet de considérer que les principes sont vrais, évidemment vrais. Dans son sens du 18^{ème}, il ne s'agit pas de propositions hypothétiques destinées à servir de point de départ à un raisonnement, mais de jugements spontanément perçus comme vrais, parce qu'ils résultent d'un sentiment commun à tous les hommes, et qui sont donc liés à la nature humaine.

L'évidence révèle ainsi qu'il existe un certain ordre, conforme aux caractéristiques naturelles de l'homme en général, et qu'il est parfois malaisé de distinguer de l'état de nature. Cet ordre, indépendant des conditions de temps et de lieu, est dévoilé par la raison, tiré par elle de la nature de l'homme²⁴.

Il en va de même du goût. A l'entrée «goût» de l'Encyclopédie, Voltaire écrit que:

la métaphore qui exprime par le mot goût le sentiment des beautés & des défauts dans tous les arts: c'est un discernement prompt comme celui de la langue & du palais, & qui prévient comme lui la réflexion

Sans doute, le recours à l'évidence ne va pas sans poser quelques problèmes²⁵. Il a une fonction rhétorique qu'il remplit imparfaitement parce que ce qui est évident pour les uns ne l'est pas pour les autres. Jefferson l'admet d'ailleurs implicitement puisqu'il écrit «we hold these truths...». D'ailleurs au cours des débats sur la Déclaration des droits, on retranche le mot *évidemment* de l'article 5 qui était d'abord rédigé ainsi «La Loi n'a le droit de défendre que les actions évidemment nuisibles à la Société», parce qu'on craint que les citoyens ne contestent les lois dont ils prétendraient qu'elles défendent des actions qui, à leurs yeux, ne seraient pas évidemment nuisibles²⁶.

L'appel à l'évidence se heurte donc rapidement, comme pour la vérité du droit naturel, à la variété des opinions et des goûts. C'est que le beau, la belle nature, n'est pas une qualité inhérente aux objets. C'est nous qui les trouvons beaux.

Il n'est toutefois pas impossible de concilier la relativité des perceptions de ce qui est évident et l'universalisme du droit naturel, comme on le fait pour la variété des langues ou les différences de goût en invoquant «le plan magnifique de la variété de la nature», parce que, comme la nature est variée, les différences de goût reflètent la nature elle-même²⁷.

On peut aussi retrouver une certaine homogénéité des goûts. Nous avons des goûts communs comme le sont nos jugements moraux, parce qu'ils sont fondés sur des émotions et que celles-ci viennent de la nature humaine, commune à tous les hommes²⁸. La communauté des goûts peut aussi provenir de l'éducation. Diderot dira que c'est l'interaction entre les hommes qui crée cette communauté ou comme le dit aussi Voltaire, il y a un bon goût qui

se forme par l'étude de la belle nature» et il peut alors se répandre. «Le goût se forme insensiblement dans une nation qui n'en ait pas, parce qu'on y prend peu à peu l'esprit des bons artistes; et cet esprit se répand ensuite dans toutes les classes de citoyens.

Mais qui sont les bons artistes? ceux qui imitent la nature conformément aux règles, mais d'où viennent les règles? Si le goût s'acquiert, il faut bien qu'il y ait des standards, et ceux-là ne peuvent venir des artistes ordinaires, mais seulement peuvent venir que du génie, ce talent particulier qui permet de découvrir l'évidence avant les autres. Les hommes de génie ne sont pas ceux qui appliquent les règles, mais ceux qui les créent,

ce sont ceux qui possèdent un don particulier pour discerner la belle nature.

L'étendue de l'esprit, la force de l'imagination, & l'activité de l'âme, voilà le génie. ... L'homme de génie est celui dont l'âme plus étendue frappée par les sensations de tous les êtres, intéressée à tout ce qui est dans la nature, ne reçoit pas une idée qu'elle n'éveille un sentiment, tout l'anime & tout s'y conserve²⁹.

Kant écrira de même

Le génie est le talent (don naturel) qui donne la règle à l'art. Puisque le talent, en tant que faculté productive innée de l'artiste, appartient lui-même à la nature, on pourrait aussi s'exprimer ainsi: le génie est la disposition innée (*ingenium*) par laquelle la nature donne la règle à l'art.³⁰

Cette idée d'une hiérarchie entre le génie et le talent, universellement acceptée dans le domaine de l'art, éclaire aussi le rapport entre la Déclaration des droits et les lois.

Nous sommes habitués à penser la hiérarchie sur le modèle de la hiérarchie militaire ou de la hiérarchie des normes, selon laquelle le supérieur ordonne et le subordonné exécute. Mais. Il s'agit ici d'un autre type de hiérarchie et il ne faut pas prendre ce terme dans le sens qu'il a dans la théorie du droit: une relation telle qu'en cas de conflit entre une norme supérieure et une norme inférieure ou un acte quelconque, le second doit être sanctionné, par exemple être invalidé. Dans le domaine de l'art évidemment, rien de tel n'est concevable, mais on peut donner à ce terme de hiérarchie un sens plus général: le génie a une valeur plus grande: c'est lui qui crée les règles que d'autres, avec un talent ordinaire, appliqueront mais qu'un génie ultérieur pourra éventuellement transgresser pour fonder de nouvelles règles.

L'enseignement que reçoivent les artistes consiste dans la transmission de ces règles. Ils pourront ensuite les appliquer et c'est en cela que consistera leur talent, mais s'ils ne les appliquent pas ou les appliquent mal, on ne parlera pas de violation et ils n'auront commis aucune transgression, tout au plus un mauvais tableau ou une mauvaise sculpture. Il se peut même qu'en bouleversant les règles, ils aient fait comme Werther la preuve de leur génie et créé des règles nouvelles³¹.

Entre la Déclaration des droits et la constitution ou la loi, c'est une hiérarchie du même type. Rousseau utilise d'ailleurs ce même vocabulaire à propos du législateur, qui ne se confond pas avec le titulaire du pouvoir législatif – celui-là, c'est le souverain lui-même – mais qui est celui qui organise les institutions, comme Moïse ou Solon:

s'il est vrai qu'un grand Prince est un homme rare, que sera-ce d'un grand Législateur? Le premier n'a qu'à suivre le modèle que l'autre doit proposer. Celui-ci est le mécanicien qui invente la machine, celui-là n'est que l'ouvrier qui la monte et la fait marcher³².

Mais il n'y a de génie que dans le cas d'une création radicalement nouvelle.

«Pierre (le grand) avoit le génie imitatif; il n'avoit pas le vrai génie, celui qui crée & fait tout de rien»³³.

Ainsi, le législateur organise les institutions, mais il n'est pas en position hiérarchique. Il dessine des institutions, mais n'intervient pas dans l'exercice du pouvoir et n'habilite même pas ceux qui l'exercent (le peuple) et ce qu'il ne fait ne sert même pas de standard pour évaluer la volonté et déterminer si elle est bien la volonté générale.

La hiérarchie entre la déclaration d'une part, la constitution et la loi de l'autre est du même type. La Déclaration des droits n'est pas supérieure aux lois ou à la constitution. Une loi contraire ne perd pas sa validité. Mais la Déclaration des droits inspire et guide. Et tel est bien le rôle du droit naturel. Ce n'est pas un fondement de validité, mais c'est un outil de justification irremplaçable. Et c'est bien cette fonction qui a rendu nécessaire la construction d'une forme de jusnaturalisme qui persiste dans les systèmes de droit contemporains.

L'irréductible droit naturel

La construction d'une doctrine des droits naturels de l'homme et sa persistance s'explique par une même contrainte argumentative liée au besoin de justification ; dans un système normatif, chaque proposition est justifiée par une autre plus générale et de valeur plus élevée, mais la proposition la plus élevée ne peut être justifiée de la même manière puisque, par hypothèse, il n'existe pas dans le système de proposition plus élevée et l'on ne peut plus donner de justification sans faire appel à une proposition métasystémique. C'est cette contrainte qui conduit à concevoir une Déclaration des droits pour sortir du paradoxe du pouvoir constituant et qui explique aussi les avatars du jusnaturalisme dans le discours juridique contemporain.

C. *Le paradoxe*

En 1789, L'Assemblée nationale s'apprête à rédiger une constitution. Mais de quel droit? les députés se proclament représentants du peuple français et font donc une constitution en son nom, mais de quel droit le peuple français peut-il faire une constitution?

La réponse des constitutions modernes n'est guère satisfaisante. Nombreuses sont celles qui proclament que la souveraineté appartient au peuple ou à la nation. Mais là est justement le paradoxe: si le peuple est souverain en vertu de la constitution, il ne peut pas avoir fait la constitution qui l'habilite et il n'est d'ailleurs pas véritablement souverain parce que, comme le dit la constitution italienne, il n'exerce son pouvoir que «dans les limites de la constitution». Ou en d'autres termes, la constitution qui institue le peuple comme souverain, a elle-même été faite au nom du peuple souverain, mais de quel droit celui-ci a-t-il fait la constitution?

La fameuse théorie de la norme fondamentale de Hans Kelsen représente une tentative fructueuse pour sortir du paradoxe. Un juriste quel qu'il soit, dit Kelsen, s'il tient pour valide une norme juridique quelconque, un acte administratif, un jugement ou un contrat, doit nécessairement supposer que cette norme trouve son fondement dans une norme supérieure, elle-même valide, par exemple le contrat dans une loi, la loi dans la constitution. Si la norme supérieure n'était pas elle-même valide, elle ne serait pas apte à servir de fondement à une autre norme. Mais en montant ainsi, de degré en degré, dans la hiérarchie du système juridique, on en arrive à la constitution, qui ne peut trouver

elle-même son fondement dans une norme encore supérieure. Le juriste est alors face à un dilemme : ou bien la constitution n'est pas une norme, mais un simple fait. Or un fait n'est pas obligatoire et ne peut fonder la validité de la loi, qui, alors n'est pas non plus une norme etc. Ou bien, il lui faut supposer qu'elle est une norme obligatoire. Ce présupposé est la norme fondamentale. Cette norme fondamentale n'a pour contenu que «on doit obéir à la constitution» ou, dans une meilleure formulation, «la constitution est une norme valide», mais elle ne prescrit pas de donner à la constitution un certain contenu.

Bien évidemment, une telle norme fondamentale n'existe pas. Malgré certaines formulations de Kelsen, elle ne prescrit rien, même pas d'obéir à la constitution. C'est simplement une hypothèse ou plutôt un présupposé nécessaire, sans lequel on ne pourrait tenir aucune norme pour valide, une fiction au sens de Vaihinger³⁴. Ce n'est même pas une hypothèse que le juriste forme consciemment, mais un présupposé inconscient. Kelsen dit même expressément que sa théorie n'a pour fonction que d'amener ce phénomène à la conscience.

Cependant, la théorie de la norme fondamentale n'est qu'en partie satisfaisante. Elle répond certes à la question du fondement de validité de la norme supérieure du système, mais se heurte à plusieurs objections. La principale est qu'elle n'est qu'un présupposé et, contrairement aux autres normes, elle ne peut servir de standard pour mesurer la validité des normes inférieures. Une constitution ne peut être jugée contraire à la norme fondamentale. Elle ne peut non plus, puisqu'elle n'a pas de contenu, servir à justifier le contenu des règles énoncées dans la constitution.

Elle a cependant le grand mérite de faire comprendre qu'on ne peut pas se passer d'un principe métasystémique³⁵. Pourtant, même si les auteurs de la Déclaration des droits avaient pu la connaître, elle n'aurait été pour eux d'aucune utilité parce qu'elle n'a pas de contenu, qu'elle consiste seulement dans l'affirmation que la constitution est une norme valide et qu'elle n'habile pas le peuple à produire une constitution

Mais il faut tout de même comprendre comment il peut produire une constitution sans y être habilité. La réponse est simple : nul besoin d'une habilitation si le peuple est souverain par nature, comme l'était le roi, c'est-à-dire *suo jure*. Le recours au droit naturel résulte donc bien d'une nécessité logique.

D. Comment il subsiste: le droit naturel et la fonction de justification

On a rappelé les arguments positivistes contre le jusnaturalisme : notamment l'absence de principes universels ou l'impossibilité de dériver d'un *Sein* un *Sollen*. C'est un fait que les hommes mentent, mais on ne peut pas en conclure qu'ils ne doivent pas mentir ou au contraire que le mensonge est parfaitement licite. Donc pour des raisons logiques, le droit naturel ne peut pas servir de fondement de validité et une norme positive contraire au droit naturel ne perd pas sa validité. C'est pourquoi le droit positif ne peut être limité.

Il faut cependant distinguer deux fonctions du droit naturel. Outre celle de servir de fondement de validité, il y a une fonction de justification.

Or, c'est un fait que les juristes invoquent de façon plus ou moins ouverte le droit naturel non pas pour faire dépendre la validité du droit positif de quelque principe de droit naturel, mais pour justifier l'affirmation que des normes doivent recevoir ou ne doivent pas recevoir tel ou tel contenu supposé présent dans le droit naturel.

Dans sa critique du droit naturel, Kelsen l'envisage seulement dans sa prétention à être le fondement de validité du droit positif et il est en effet certain qu'il ne peut jamais l'être. Même s'il arrive qu'une norme juridique positive ordonne de considérer comme valide une règle conforme au droit naturel et comme nulle une norme contraire au droit naturel, le droit auquel les normes devront se conformer ne sera pas le droit naturel mais seulement le droit positif.

En revanche, Kelsen néglige entièrement la fonction de justification³⁶. C'est que la Théorie pure du droit vise à décrire ce qu'il appelle un *Sollen* objectif. Le droit est un système de normes objectivement valides, c'est-à-dire obligatoires – les deux termes sont pour lui synonymes – et elles ne sont valides que si elles ont été produites par une autorité habilitée et selon la procédure prescrite par une norme supérieure. Sans doute, la norme supérieure peut-elle prescrire de donner à la norme inférieure un certain contenu, mais même si celle-ci a un contenu contraire, elle ne perd pas sa validité tant qu'elle n'aura pas été annulée par une autre autorité compétente, par exemple une juridiction. Kelsen écrit clairement qu'il ne peut pas y avoir de norme nulle, ce qui serait une *contradiccio in adjecto*. Il y a seulement des normes annulables.

Le contenu est donc purement contingent. Tandis que la structure for-

melle et les conditions de validité caractérisent tous les systèmes de droit positif, le contenu des normes dépend de la volonté et des préférences des hommes. Le droit positif est donc apte à recevoir n'importe quel contenu.

Quant à la science du droit, qui doit seulement décrire le droit positif, elle ne doit décrire que des normes valides, valides parce qu'elles remplissent les conditions de validité prescrites par les normes supérieures. Cela entraîne une conséquence importante : le raisonnement des juristes, leur mode d'argumentation, n'est appréhendé que lorsqu'il a pour objet la recherche d'un fondement de validité et l'appel au droit naturel, qui est en réalité fréquent, ne peut être considéré par la science du droit que comme hors de propos, comme pourrait l'être l'invocation de convictions religieuses ou morales.

Mais la réalité du travail des juristes est toute différente. La recherche d'un fondement de validité n'en est qu'une partie et pas la plus importante. Ils donnent aussi un contenu aux normes qu'ils produisent ou qu'ils recommandent de produire et il leur faut justifier leurs décisions, parfois parce que, comme pour les juges, cela leur est prescrit, mais dans de nombreux autres cas parce qu'il serait socialement ou politiquement difficile de les faire accepter en se bornant à la formule du roi d'Ancien Régime « tel est notre plaisir ». Il leur faut donc justifier en présenter leur décision comme cohérente avec un principe plus général³⁷. Il n'est évidemment nullement nécessaire que ce principe soit un principe juridique. On rencontre même fréquemment des décisions justifiées par l'affirmation de leur utilité pratique ou une référence à des principes moraux ou religieux.

Quand on se réfère au droit naturel afin de justifier une décision, il n'est nullement nécessaire qu'il soit conçu comme un ensemble de normes prétendument découvertes dans la nature, c'est-à-dire déduites de jugements de réalité et dotées d'une valeur supra positive comme un ensemble de normes. Il suffit que l'on puisse lui donner une apparence d'objectivité l'énoncer au moyen d'une suite de propositions indicatives présentées comme vraies.

Tout d'abord, elles peuvent être vraies parce qu'elles ont pour objet des faits

(Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit, la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme, toute société dans laquelle...).

On a vu qu'elles sont considérées comme vraies. Elles ne sont pas vraies empiriquement, mais peuvent être vraies de trois manières, comme des axiomes nés de l'évidence ou de l'intuition ou bien analytiquement:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution...

est vrai si une constitution est définie comme une séparation des pouvoirs. Elles peuvent encore être considérées comme vraies malgré leur forme prescriptive, lorsqu'elles expriment un jugement existentiel («il existe un principe selon lequel ... Nul ne doit être inquiété pour ses opinions»).

La nature et le droit naturel ainsi conçus constituent ainsi des réponses parfaites à la question *de quel droit?* Mais ce mode de justification n'est pas propre à l'Assemblée

nationale. A vrai dire, il persiste dans l'argumentation réelle des juristes, dès qu'il s'agit de justifier ou de critiquer le fond du droit. On en trouve de nombreux exemples, mais il suffira ici d'en mentionner deux usages principaux. On peut d'abord invoquer des normes écrites ou non, dont on affirme l'existence incontestable, comme on le fait par exemple avec le principe de dignité. On peut le faire sans pour autant situer ces normes dans le droit naturel, en les rattachant plus ou moins directement à un texte³⁸.

On peut aussi invoquer la nature des choses. Ainsi, la discussion sur le suffrage universel à la Convention nationale. On souhaite donner le droit de vote à tous les citoyens, mais cela conduit à inclure des catégories qu'on préfère écarter, comme les enfants en bas âge et les femmes. On invoque bien sûr des arguments pratiques – les enfants ne peuvent pas voter, les femmes elles seront soumises à l'emprise des prêtres ou de leurs maris – mais la justification la plus forte repose sur une distinction entre le droit de suffrage, qui est universel, et l'exercice, réservé à ceux qui en sont «naturellement» capables, ce qui écarte les enfants, les fous et les femmes. L'invocation de la nature permet de réunir dans la même catégorie les femmes et les enfants et de masquer les préférences politiques.

C'est un argument analogue qu'emploient les adversaires du mariage entre personnes de même sexe. Rares sont ceux qui soutiennent qu'il viole une règle de droit naturel et qu'une loi qui l'autorise est privée de validité, mais la nature revient sous une autre forme: il s'agit de la nature du mariage, qui relèvait de catégories anthropologiques fondamentales ou fonda-

trices, dont le droit devrait assurer à tout prix la préservation³⁹. On remarque que dans ces deux cas, on ne prétend pas que les principes invoqués constitueraient le fondement de validité des décisions, en ce sens qu'une loi contraire serait privée de validité, mais seulement qu'une loi est bonne si elle se conforme à ce qui est la nature des choses, la faiblesse des femmes ou la nature anthropologique du mariage.

Conclusion

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen est bien une déclaration de droit naturel. A vrai dire, il ne pouvait en être

autrement. Les constituants de '89 étaient soumis aux mêmes contraintes argumentatives que tous les juristes quand il leur faut prendre des décisions qui ne sont pas strictement déduites d'une norme juridique et justifier l'exercice d'un pouvoir discrétaire. Ils doivent soit invoquer des normes métajuridiques, soit affirmer qu'ils tirent toutes les conséquences de propositions tenues pour vraies. En 89 pour justifier l'écriture d'une constitution au nom du peuple, il fallait bien que ce peuple, comme autrefois le roi, fût souverain par nature.

¹ On vise ici principalement la Théorie pure du droit de Hans Kelsen, mais aussi d'autres courants du positivisme juridique.

² Je me permets de renvoyer à M. Troper, *Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle*, dans «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XCIVIII, To. I, 2022.

³ N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», a. XLII, 1965, p. 302.

⁴ Voir par exemple L. Favoreu, P. Gaia, R. Chevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scalfoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2024⁴⁶, p. 156.

⁵ G. Vedel, *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, Pouvoirs, 13, 1988, pp. 209-219.

⁶ M. Thomann, *Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme (1789) - Quelques résultats inédits*

⁷ P.A. Hamburger, *Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions*, in «The Yale Law Journal», 102, 1993, 4, pp. 907 ss.; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford; New York, Oxford University Press (Clarendon Law series), 2011⁴⁷, pp. 26 ss.

⁸ S. Rials (éd.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 591.

⁹ *Moniteur universel*, vol. 25, p. 109.

¹⁰ Rials (éd.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cit., p. 260.

¹¹ Il s'agit du député Lehardy, (26 thermidor, «Moniteur universel», p. 501). Sans doute, Dau-nou obtient-il le rejet de cet ar-

ticule, mais c'est en soutenant non pas qu'elle est bien une loi, mais qu'il serait dangereux de dire qu'elle n'en est pas une.

¹² R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Préface de Pierre Bouretz, Paris, PUF, 1995; R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, 2, pp. 131-140.

¹³ D. Hume, *Traité de la nature humaine*, III.1.1.

¹⁴ J.-J. Rousseau, *Nouvelle Héloïse*, partie I, lettre XII.

¹⁵ Cité par Rials (éd.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cit., p. 378; Thomas Paine repren-dra les mêmes termes: *Les droits de l'homme* (1791), Paris, Belin, 2009.

¹⁶ Cité par M. Luftalla, *L'évidence, fondement nécessaire et suffisant de l'ordre naturel chez Quesnay et Morelly*, dans «Revue d'histoire économique et sociale», 41, 1963, 2, pp. 213-249.

¹⁷ C. Batteaux, *Les Beaux arts réduits*

Troper

- à un même principe, Paris, chez Durand, 746. Sur la belle nature, Diderot dira la même chose en termes plus radicaux: «la belle nature n'existe pas dans la nature; c'est une vue de l'esprit, un être tout à fait idéal» dans *l'Essai sur la peinture* (1765), dans *Œuvres esthétiques*, éd. Paul Vernière, Paris, Garnier, 1968, p. 527.
- ¹⁸ F.-A. Boissy D'Anglas, *Convention nationale. Quelques idées sur les arts; Sur la nécessité de les encourager, sur les Institutions qui peuvent en assurer le perfectionnement, & sur divers Etablissements nécessaires à l'enseignement public*, 1794, Sourcee gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, pp. 3-8.
- ¹⁹ J.-A.-N. Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1794), Paris, Flammarion, 2001, «Les progrès de la législation, devenant plus conforme à la raison et à la nature, assureront de plus en plus la liberté, l'égalité et la sûreté. Ils rendront la perfectibilité de l'espèce humaine réellement indépendante de toute puissance qui voudrait la retenir dans les chaînes de l'ignorance ou de la servitude», pp. 221-223; «C'est dans Athènes libre que les arts, les sciences et la philosophie prirent cet essor rapide qu'aucune nation n'avait connu avant elle. [...] C'est à la liberté qu'il faut attribuer cette fécondité de génie, cette émulation généreuse qui multiplia les talents et les chefs-d'œuvre», pp. 125-126.
- ²⁰ F. Quesnay, article «Évidence» dans *l'Encyclopédie*.
- ²¹ F. Quesnay, *Observations sur le Droit naturel des hommes réunis en société*, s. d., <<https://www.taieb.net/auteurs/Quesnay/drtnatt.html>>; cf. Luftalla, *L'évidence, fondement nécessaire et suffisant de l'ordre naturel chez Quesnay et Morelly*, cit.
- ²² Sur le site du département d'État américain, *Déclaration d'indépendance*, traduite de l'anglais par Thomas Jefferson, <<https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/French-translation-U.S.-Declaration-of-Independence.pdf>>.
- ²³ Cité par Rials, éd., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cit., p. 200.
- ²⁴ Luftalla, *L'évidence, fondement nécessaire et suffisant de l'ordre naturel chez Quesnay et Morelly* cit.
- ²⁵ S.V. Levinson, *Self-Evident Truths in the Declaration of Independence*, in «*Texas Law Review*», 57, 1979, pp. 84758; K. Tunstall (ed. By), *Self-Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, New York, Bloomsbury, 2012; M.P. Zuckert, *Self-Evident Truth and the Declaration of Independence*, in «*The Review of Politics*» 49, 3, 1987, pp. 31939; D. Baranger, *Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme)*, <<http://juspoliticum.com/article/Notes-sur-l-apparition-de-la-souverainete-et-des-droits-de-l-homme-656.html>>.
- ²⁶ Séance du vendredi 21 août 1789, au matin, «Archives Parlementaires», 1ère série, to. VIII, p. 464
- ²⁷ G. Girard (1677-1748), *Les vrais principes de la langue françoise... (Reprod. en fac-sim.) / abbé Gabriel Girard*; introduction par Pierre Swiggers, 1747, <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k8254q>>.
- ²⁸ T. Grayck, *Hume's Aesthetics*, dans E.N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2021, Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- ²⁹ Article de *l'Encyclopédie* «Génie» (Saint-Lambert).
- ³⁰ *Critique de la faculté de juger*, trad. Philonenko, Paris, Vrin, 1965, § 46 - *Du génie*, pp. 169-170.
- ³¹ W. Goethe, *Les Souffrances du jeune Werther* (1774), trad. Angeloz, Paris, Flammarion: «Les règles! Celui qui agit par génie ne connaît pas de règles. [...] Si l'on voulait observer les règles, aucune grande œuvre ne verrait jamais le jour. [...] Un homme de génie agit parce qu'il ne peut faire autrement».
- ³² *Contrat Social*, chap. VII.
- ³³ Ivi, chap. VIII.
- ³⁴ H. Vaihinger, *The philosophy of «as if»*, trad. par C.K. Ogden, Abingdon, Oxon, New York, 2021^{re} H. Kelsen, *Die Funktion der Verfassung*, dans *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien, Europa-Verlag, 1968, Band II, pp. 1971-1975; C. Kletzer, *Kelsen on Vaihinger*, SSRN Scholarly Paper, ID 2599954, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015.
- ³⁵ H. Thevenaz, *Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen*, dans «*Droit et Société*», 4, 1986, 1, pp. 435-443.
- ³⁶ Il écrit certes «In fact, one of the most essential functions of all natural-law doctrines is to justify the establishment of positive law or - what amounts to the same thing - the existence of the state competent to establish the positive law» (*The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in «*The Western Political Quarterly*», vol. 2, 1949, n. 4, pp. 481-513), mais il vise la fonction de justification par le droit naturel du droit positif en général ou de l'État et non pas la justification de décisions particulières. D'autre part, le droit naturel dont il parle est fait de normes (ou de principes entendus comme des normes) et non pas de faits, comme c'est le cas aussi bien dans la Déclaration des droits que dans le raisonnement des juristes. Je dois cette remarque à l'attention et à l'érudition de Pierre Brunet.
- ³⁷ «To provide a reason for a decision is to include that decision within a principle of greater generality than the decision itself» (F. Schauer, *Giving Reasons*, in «*Stanford Law Review*», 47, 1995, 4, pp. 633-659).
- ³⁸ O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître: à propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard (Le débat), 2002.
- ³⁹ Conseil constitutionnel, 28 janvier 2011 (n. 2010-92 QPC, Mme Corinne C. et autre: «Le législa-

teur, en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, a estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille; qu'il lui appartient de veiller à la sauvegarde des catégories fondamentales de l'anthropologie humaine dont dépend notamment l'organisation sociale».