

I. Droit naturel et droit positif

A. La diversité des lois positives

L'observation immédiate invite au relativisme, car les lois effectives varient suivant les temps et les lieux. Michel de Montaigne (1533-1592), qui vit à l'époque des grandes découvertes, avait une conscience aiguë de la grande diversité des cultures, donc des coutumes et des lois à travers le monde :

La vérité doit avoir toujours le même visage, universel. Si l'homme rencontrait la droiture et la justice incarnées et avec une existence réelle, il ne les attacherait pas à l'état des coutumes de telle ou telle contrée ; ce ne serait pas de la fantaisie des Perses ou des Indiens que la vertu tirerait sa forme, car il n'est rien qui soit plus sujet à un changement continu que les lois. Depuis que je suis né, j'ai vu celles de nos voisins les Anglais changer trois ou quatre fois, non seulement dans le domaine politique, qui est celui pour lequel on ne s'attend guère à la stabilité, mais sur le sujet le plus important qui soit, à savoir : la religion. (...) Et j'ajoute que chez nous, ici même, j'ai vu des choses considérées comme des crimes méritant la peine capitale devenir légitimes. (...)

Que peut nous dire ici la philosophie ? De suivre les lois de notre pays, c'est-à-dire cette mer fluctuante des opinions d'un peuple, ou d'un prince, qui me peindront la justice d'autant de couleurs, et lui donneront autant de visages qu'il y aura en eux de changements de passion ? Je ne puis me contenter d'un jugement aussi flexible. Quelle valeur a cette chose, que je voyais hier en crédit et qui demain ne l'est plus ? Ou que le tracé d'une rivière change en crime ? Quelle vérité est-ce là, qui devient mensonge au-delà des montagnes qui la bornent ?

Michel de Montaigne, *Essais* (1595), II, 12, Apologie de Raymond Sebond

Au siècle suivant, Blaise Pascal, s'inspirant de Montaigne, reformule les mêmes idées :

Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.

Ils confessent que la justice n'est pas dans ces coutumes, qu'elle réside dans les lois naturelles, connues en tout pays. Certainement ils le soutiendraient opiniâtement, si la témérité du hasard qui a semé les lois humaines en avait rencontré au moins une qui fût universelle ; mais la plaisanterie est telle, que le caprice des hommes s'est si bien diversifié, qu'il n'y en a point. Le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les actions vertueuses. (...) Il y a sans doute des lois naturelles ; mais cette belle raison corrompue a tout corrompu.

Blaise Pascal (1623-1662), *Pensées*, éd. Brunschvicg, § 294

Ce relativisme extrême vous étonnera sans doute. Quoi ! N'y a-t-il donc rien d'universel ? Pas même l'interdiction du vol ou du meurtre, ou au moins de l'inceste ? Mais non : par exemple, Montaigne nous rappelle que le vol n'était pas interdit à Lacédémone¹. Il y était même valorisé et encouragé, pour entraîner les citoyens à être habiles et à surveiller leur bien. Ainsi, la ration alimentaire des jeunes était réduite pour les encourager à voler la nourriture en cuisine. Si un spartiate se faisait prendre à voler, il était certes puni, mais pas pour avoir volé, seulement pour s'être fait prendre. La relativité de l'interdiction du meurtre est encore plus évidente : toute société autorise de tuer dans certaines conditions (Inquisition, guerres saintes et guerres de religion, peine de mort, légitime défense, etc.). Montaigne affirme même la relativité de la prohibition de l'inceste, en se référant à Ovide. Nous discuterons ce point dans le cours sur la culture.

Il est donc indubitable que le droit positif est essentiellement variable d'une société à une autre. A partir de ce constat, deux attitudes sont possibles : (1) on peut récuser l'idée de droit

¹ Aujourd'hui Sparte, ville grecque sur l'île du Péloponnèse.

naturel et affirmer qu'il n'y a pas de droit avant la loi ; (2) mais on peut aussi maintenir l'idée d'un droit naturel, et dire que toutes les sociétés ne l'ont pas encore atteint.