

Zeitschrift: Revue de Théologie et de Philosophie
Herausgeber: Revue de Théologie et de Philosophie
Band: 28 (1940)
Heft: 114-115: Mélanges offerts à M. Arnold Reymond

Artikel: Note sur le droit naturel
Autor: Guisan, François
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-380383>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 03.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

NOTE SUR LE DROIT NATUREL

*Remota itaque fustitia, quid sunt regna
nisi magna latrocinia?*

S. AUGUSTIN, *De Civ. Dei*, IV, 4.

Le philosophe auquel s'adresse l'hommage de cette Revue est de ceux à qui il fait bon se confier, car sa science est abondante, généreuse, accueillante, amicale. Un juriste qui en sait la profondeur et le charme voudrait lui offrir l'état de ses réflexions sur le problème fondamental, éternel, semble-t-il, de la science du Droit; il a retrouvé de nos jours un regain d'actualité.

Y a-t-il un Droit naturel? Le pouvons-nous connaître? Dans quelle relation serait-il avec la loi humaine? Qui médite sur les fondements de la science juridique doit répondre, et par sa réponse forcément prendre place dans l'un des deux grands groupes de philosophes du Droit: les « monistes » et les « dualistes ». Les premiers, rejetant toute métaphysique hors de la jurisprudence, veulent étudier le Droit comme un « phénomène » et le traiter comme un *fait*. Que ce fait soit pour eux la genèse des lois et institutions s'engendrant les unes les autres au cours du temps (historicisme), qu'il soit pris plutôt comme le produit de l'évolution et l'effet de causes sociales prétendues aussi nécessaires que celles de la nature (déterminisme sociologique), ou qu'enfin on voie ce fait simplement dans le *dictamen* de l'État, l'acte d'une volonté humaine au delà de laquelle il n'y a rien à chercher (positivisme normativiste), seul le Droit tel qu'il a été, tel qu'il est, tel qu'il devient, le Droit promulgué et appliqué, seul ce donné serait la matière de la science, et la préoccupation d'un devoir être lui demeurerait étrangère. Au contraire les juristes dualistes disent qu'essentiellement la jurisprudence doit établir les normes d'un devoir être, qu'ainsi elle doit faire rentrer dans le champ de son

étude un élément métaphysique et moral, que toutes les doctrines positivistes qui traitent le Droit en phénomène, et en donnent des explications causales, passent à côté du vrai problème. L'analyse de la règle de Droit est la pierre de touche de cette différence. Les monistes se contentent d'une définition *formelle* comprenant seulement l'origine constitutionnelle (la source) de la règle et sa structure logique, son contenu éthique étant quelconque. Les dualistes y ajoutent un élément *matériel*, c'est-à-dire qu'ils exigent, pour qu'il y ait règle de Droit, une concordance du contenu ou du fond même de la loi avec une valeur ou une justice supérieure que traditionnellement on appelle le Droit naturel.

L'auteur de ces lignes appartient au second groupe. La place manque pour justifier ce choix par une critique des divers positivismes ; elle a d'ailleurs été faite souvent ⁽¹⁾. On se proposera ici une tâche plus difficile : essayer de préciser cette notion de Droit naturel et lui assigner son rôle dans la science et la pratique du Droit positif. La philosophie juridique résumée dans les cinq thèses qui vont suivre n'a aucune prétention à l'originalité ⁽²⁾. Puisse-t-elle rester fidèle à la ferme orthodoxie, oubliée par notre temps pour son plus grand malheur !

I

IL Y A UN ORDRE JURIDIQUE PRÉÉTABLI, IMMuable,
DESTINÉ A RÉGLER LES RELATIONS HUMAINES.

C'est poser la *réalité* du Droit naturel.

Cette réalité, cela va de soi, n'est pas celle du fait physique qui tombe sous nos sens. Elle est du même ordre que celle de la Personne divine, de la volonté de Qui le Droit naturel émane, étant un des aspects de Sa perfection. Portion de cette *lex aeterna* qui régit tout l'univers, le Droit naturel contient l'ordonnancement voulu par Dieu des relations des hommes dans le cadre de l'Etat.

Le Droit naturel est *préétabli*. On veut dire qu'il précède toute loi positive humaine, et que cette dernière en procède en quelque manière. Autrement dit, le Droit décrété par le législateur n'est pas une création *ex nihilo* de la volonté arbitraire de l'homme, il n'est pas

(1) J'ai tenté une critique du positivisme normativiste dans un article à paraître sous le titre « La science juridique pure... Roguin et Kelsen ». (*Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1940 — tirés à part chez F. Rouge et Cie, Lausanne). —

(2) Il s'agit d'une esquisse, la place manquant pour les développements, les citations et les notes. Ce sera comme le plan d'un livre qu'on voudrait écrire.

constitutif ; il découvre et formule un Droit supérieur, il est déclaratif ⁽¹⁾. Francis Bacon exprimait ainsi cette pensée :

Recte jubetur ut non ex regulis jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat ⁽²⁾.

Le Droit naturel est *immuable* en ce sens que, parfait et absolu en sa transcendance, il ne change pas selon les temps et les lieux, et n'a pas, comme certains auteurs l'ont dit, un « contenu variable ». Nous verrons plus loin (n° IV) pourquoi et comment la loi positive humaine peut et doit se mouler aux circonstances sans cesser de se rattacher au Droit naturel.

Nous disons enfin que le Droit naturel est un ordre *juridique*, voulant marquer qu'il appartient à la province du Droit, non à celle de la Morale. Certains auteurs catholiques ⁽³⁾, et même quelques protestants ⁽⁴⁾, rejettent le Droit naturel hors de la « juridicité » et le rendent à la morale. Se rapprochant à cet égard des positivistes, ils ont quelque peine à appeler Droit ce qui n'est pas formulé par une autorité constituée. Avec d'autres, et parmi eux aussi des catholiques ⁽⁵⁾, nous retiendrons le Droit naturel dans le champ de la jurisprudence. La conformité de la règle positive au Droit naturel est une condition de sa juridicité (nos IV et V ci-après), et par conséquent un élément essentiel de la recherche scientifique du Droit. Il faut d'ailleurs se garder d'exagérer la distinction entre le Droit et la Morale. Ce sont là deux chapitres proches voisins de la morale au sens large ou éthique. Tandis que la morale *sensu stricto*, dit-on, fait appel à la conscience pour obtenir l'obéissance à ses normes, le Droit réglerait les relations sociales sous menace de contrainte. C'est juste, mais cela ne va pas tout au fond des choses, car cette contrainte ne peut résulter en dernière analyse que de ce que le Prince a le devoir d'intervenir, et de

(1) Il y aura lieu de nuancer cette affirmation, et de reconnaître qu'il y a place, dans le système des lois positives, pour des règles qu'on peut appeler constitutives de Droit ; elles sont toujours subordonnées au Droit déclaratif (voir fin du n° IV ci-après). — (2) FRANCIS BACONII, Angliæ quondam cancellarii, *Tractatus de fontibus universi juris per aphorismos*, 85^e aphorisme. Voir aussi sur cette question : LORIMER, *The institutes of law*, Edinburgh, 1880, p. 255 ss. et CICÉRON, *Est enim unum jus, quo divincta est hominum societas* (*De legibus*, I, 15, 42). — (3) M. Jean DABIN, professeur à Louvain, que notre Université eut le privilège d'entendre l'an passé, dans son ouvrage : *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Sirey, 1929, p. 35, 309, 312, 407 et 408. — (4) Notre collègue et ami, M. Claude DUPASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris, Sirey et Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1937, n° 335, p. 330. — (5) Abbé Jacques LECLERCQ, *Leçons de Droit naturel*, Namur, 1933, vol. I, p. 48, 72 ss.

ce qu'il obéit à l'impératif qu'entendit Moïse lorsque, voyant deux Hébreux qui se querellaient, « il dit à celui qui avait tort : pourquoi frappes-tu ton prochain ? » (Exode II, 13). Ainsi le Droit, lui aussi, en tant que sanction des relations sociales, repose sur un appel à une conscience humaine ; on pourrait le définir : la règle d'intervention de la personne revêtue du pouvoir public dans les conflits humains, le devoir professionnel du prince qui lui prescrit l'usage à faire et à ne pas faire de sa force.

La réalité du Droit naturel peut-elle se *prouver* ? Ni plus ni moins que l'existence de Dieu. On ne forcera pas la conviction *more geometrico* en une matière où est intéressé ce quelque chose qui est au centre le plus intime de la personnalité humaine, et que nous appelons notre liberté. Mais on peut donner des raisons.

Un besoin inné tout d'abord de « tirer des traites sur l'ordre du monde et l'absolu », pour reprendre l'image commerciale du Belge De Page ⁽¹⁾. Il déclare — les positivistes déclarent — ne pas en comprendre la nécessité. En fait, dès l'antiquité, la plupart des hommes sont d'obstinés tireurs de traites sur l'absolu, persuadés de bien placer leur crédit. C'est un trait de notre nature : *Recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* ⁽²⁾. Il est difficile de nier que l'instinct du juste ne fasse constitutionnellement partie de l'âme humaine, et que cet instinct ne comporte la conviction de la réalité de son objet. Simple « fonction », a-t-on dit, « illusoire projection de l'esprit qui réalise ses propres créations » ⁽³⁾. A ce compte-là, pourquoi ne doutons-nous pas aussi du témoignage de nos sens, et n'en faisons-nous pas de simples fonctions de notre corps réalisant un monde matériel par une illusoire projection ? *Naturæ congruens*, notre droite raison se sent correspondre à une « nature des choses » d'ordre moral, extérieure à elle-même.

Empiriquement, on peut, pensons-nous, constater en fait la présence de l'éternel, de l'immuable dans le Droit. A-t-on assez tiré argument, contre le Droit naturel, dès les sophistes grecs, des variations du Droit positif ? « Quelle vérité que ces montagnes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au delà ! » ⁽⁴⁾. Des études

(1) Henri DE PAGE, professeur à Bruxelles : *L'idée du Droit naturel*, dans la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1936, p. 34. — (2) CICÉRON, *De Re Publica*, III, 22, texte conservé par Lactance. — (3) M. AILLET, dans les *Archives de philosophie du Droit*, 1933, p. 29 ss. — (4) MONTAIGNE dans l'*Apologie de Raymond Sebonde*, *Essais*, II, 12, éd. Villey, 1922, t. II, p. 338.

attentives de Droit comparé montreraient plutôt la superficialité de ces déclamations. Souvent, sous des rédactions et des formes très différentes, les lois arrivent dans l'application à des résultats semblables. Et quand le législateur ou le juge humain, parce qu'il a une volonté libre et que parfois il s'aveugle, s'est écarté de la vérité juridique, il y est comme ramené peu à peu, à mesure que ses passions se relâchent et que diminuent ou cessent les causes de son aberration. On pourrait montrer, par exemple, le Droit soviétique, en moins de vingt années, tendant à revenir des excès de l'union libre aux principes du mariage. Il est inexact que « trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence » (1).

Indirectement enfin la réalité du Droit naturel s'établit encore par les difficultés où l'hypothèse négatrice contraire jette la pensée juridique. La doctrine des sources du Droit, par exemple, ou celle de l'interprétation des lois, d'autres encore, prennent dans les systèmes positivistes un caractère artificiel, mécanique et glacé, qui rebute et persuade qu'un pareil Droit sans âme ne suffit pas à sa tâche sociale. Puis la théorie de l'Etat devient très difficile à faire. Si en effet le Droit n'a d'autre source que la volonté du prince, d'où le prince lui-même tire-t-il la légitimité de son pouvoir de dire ce Droit ? C'est le fameux cercle vicieux du Droit public dont le positivisme ne peut pas sortir. Il essaie de s'en tirer par divers procédés peu satisfaisants, par exemple en postulant une règle formelle suprême (la *Grundnorm* de Kelsen), ou en faisant une sorte d'assimilation confuse du Droit au fait (le droit résulterait du fait de la force), bref en posant un *preconstitutional Dogma*, comme dit un auteur anglais, qu'on se dispense de démontrer. Affirmation pour affirmation, celle de la réalité du Droit naturel ne permettra-t-elle pas de trouver à l'Etat un titre d'une toute autre noblesse et solidité ?

II

CE DROIT NATUREL, L'HOMME PEUT EN APPRÉHENDER CE QUI LUI EST NÉCESSAIRE POUR DIRIGER SES ACTES ET SENTENCES JURIDIQUES.

L'instinct du juste ne se borne pas à instruire l'homme de l'existence d'un ordre juridique transcendant ; il l'exhorte à y conformer ses décisions pratiques et l'avertit du succès ou de l'échec de cet effort.

(1) PASCAL, *Pensées*, éd. Havet, article III, n° 8, p. 140.

Il convient de nuancer cette affirmation en écartant certaines exagérations.

Celle d'abord de l'école dite « théologique ». Elle enseigne que le Droit naturel aurait été révélé par Dieu et que le dépôt de cette révélation demeurerait confié à telle ou telle confession ou Eglise. Les juristes n'auraient qu'à s'en enquérir auprès des théologiens et moralistes, gardiens de la doctrine éternelle. Ainsi M. Dabin ⁽¹⁾ écrit : « ...S'il est légitime de reconnaître aux juristes... une certaine compétence..., néanmoins il paraît logique de poser en thèse que, dans les matières morales, y compris la matière de la justice.. la parole doit revenir d'abord aux spécialistes de la morale, et qu'en tout cas le dernier mot leur appartient ». Quels spécialistes ? quelle morale ? La morale catholique, répond-on, qui, seule complète, seule cohérente, est seule à détenir les solutions vraies. Il y a aussi, ou en tout cas il y a eu, des protestants pour chercher dans la Bible la révélation définitive du Droit naturel. Mais on peut voir en Dieu « la source primaire du Droit naturel », et rejeter la conception théologique ⁽²⁾. C'est le meilleur avis. Certes, entre théologiens, moralistes et jurisconsultes une collaboration et des échanges sont nécessaires et bienfaisants, mais le Droit naturel, il faut y insister encore, appartient à la jurisprudence. Loin qu'il ait été révélé une fois pour toutes, l'homme ne le découvre que par un effort pénible et des expériences parfois douloureuses.

A l'autre extrême d'autres disent que jamais nous ne saurions le trouver ⁽³⁾. Le sens du juste chez la plupart donne un démenti à cette opinion. En présence des problèmes juridiques concrets, l'homme éprouve cet instinct comme une énergie, comme une tension de l'âme, comme une volonté consciente de pouvoir réaliser pratiquement un bien, peut-être impossible à formuler, senti cependant comme juste, la décision contraire apparaissant comme injuste. Ainsi le mot « Justice » a une signification subjective autant qu'objective, il est volonté et vertu avant d'être l'objet extérieur, le vrai juridique, atteint par cette volonté. C'est pourquoi nous ne pouvons souscrire à cette critique que notre cher collègue de Tourtoulon a faite de la

(1) *Ouvr. cité*, p. 407 s. — (2) James LORIMER, *The Institutes of Law*, Edinburgh, 1880, livre d'inspiration très religieuse, cependant adversaire décidé de l'école théologique. Voir p. 21 s et p. 38 s. — (3) « Il est croyable qu'il y a des lois naturelles, comme il se voit es autres créatures ; mais en nous elles sont perdues... » MONTAIGNE, *Ouvr. cité*, p. 339 s.

fameuse formule d'Ulpien ⁽¹⁾ : « *Suum cuique*, pure tautologie, formule inféconde et condamnée d'avance par sa seule structure. Qu'est-ce que le *sien* qu'il faut donner à chacun, sinon ce qu'il faut lui donner ? » ⁽²⁾. A notre avis, c'est mettre à tort l'accent sur *suum cuique*, alors que les mots essentiels sont *constans et perpetua voluntas*. Le jurisconsulte n'a pas donné une formule suprême résumant toute la justice objective, il a défini psychologiquement la direction d'intention qui permet à l'homme de la trouver. Mais si le texte ne dit pas en quoi consiste le Droit naturel, il implique son existence et affirme la possibilité de l'appréhender. Si nous ne partageons pas cette conviction, ferions-nous tant d'efforts pour bâtir la jurisprudence ? Ne tirerions-nous pas plutôt les causes aux dés ? Or vraiment le juge Bridoye est un type très exceptionnel de magistrat.

Confiance de l'homme en sa faculté intuitive d'appréhender pragmatiquement le juste. Il ne faut pas outrer cette confiance. On ne saurait adhérer à ce passage de J.-J. Rousseau : « La conscience est la voix de l'âme... trop souvent la raison nous trompe... mais la conscience ne trompe jamais... la conscience, juge infaillible du bien et du mal » ⁽³⁾. Non ; aucune faculté, aucun sens infaillibles dans l'homme. On citerait mainte aberration morale de gens intimement persuadés d'agir en toute conscience. Toutefois, dans le domaine du Droit, quelque chose rassure. Le propre de l'œuvre juridique est d'intervenir en tiers désintéressé dans les conflits des autres. Sans vouloir attribuer à l'homme l'innocence de l'état de nature, nous pensons que rarement il fera volontairement tort, sans y avoir d'intérêt, à qui lui demande justice. Désirant le juste pour autrui, il y a des chances sérieuses qu'il le trouve. « Le prince le plus dissolu », dit Joseph de Maistre, « n'empêche pas qu'on poursuive les scandales publics dans les tribunaux, pourvu qu'il ne s'agisse pas de ce qui le touche personnellement ». Et plus haut : « L'homme étant juste, au moins dans son intention, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de lui-même, c'est ce qui rend la souveraineté, et par conséquent, la société possible » ⁽⁴⁾.

(1) *Iustitia est constans et perpetua voluntas jux suum cuique tribuendi*. (Dig. I, 1, loi 10 pr.) — (2) Pierre DE TOURTOULON, professeur à l'Université de Lausanne, *Les trois justices*, Paris, Sirey, 1932, p. 52. — (3) *Passim*, au quatrième livre de l'*Emile*, dans la confession de foi du vicaire savoyard. — (4) Joseph DE MAISTRE, *Du Pape*, II, 1.

Même pensée dans un livre récent de notre collègue Baumgarten ⁽¹⁾. Il y a une garantie de vérité dans cette rencontre de deux hommes aussi différents que le vieux conservateur savoyard et le professeur de Bâle, qui n'est rien moins que réactionnaire. Nous en tirerons cette première maxime de Droit naturel : nul n'est juge en sa propre cause.

Mais au fait, le Droit naturel se laisse-t-il formuler en maximes ? Ou bien, l'homme ne peut-il le saisir qu'intuitivement, pragmatiquement, de cas en cas, pour les besoins d'une cause concrète ?

III

LE TRAVAIL DE SA RAISON S'AJOUTANT A SON EXPÉRIENCE PRATIQUE,
L'HOMME PEUT FORMULER EN MAXIMES CERTAINES VÉRITÉS
DE DROIT NATUREL.

Si le Droit naturel ne s'appréhendait que pratiquement, par l'instinct spontané, il ne serait point objet de science. Mais la raison explique et éclaire l'expérience du juste; elle en tire certaines formules générales, intelligibles, qui prolongent, conservent cette expérience et nous enrichissent de vérités absolues.⁽²⁾

L'école des XVII^e et XVIII^e siècles, dite du Droit naturel, croyait la raison humaine capable d'en établir un système complet et définitif que le législateur n'aurait qu'à transcrire, après quoi il goûterait un repos éternel.

« Le Droit naturel est le système, l'assemblage ou le corps de ces mêmes lois (naturelles) » ⁽³⁾.

Ainsi nos pères du siècle des lumières trouvaient possible de codifier en un seul livre « toutes les obligations légales auxquelles le citoyen doit être soumis. Rédaction complète, voilà donc la première règle. Tout ce qui n'est pas dans le corps de loi ne sera pas loi » ⁽⁴⁾. C'était

(1) Arthur BAUMGARTEN, professeur de philosophie du Droit à l'Université de Bâle : *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Berne, Huber, 1939, p. 120 s. —

(2) BAUMGARTEN, *Ouvr. cité*, p. 67 : « Schliesslich sucht aber auch der Glaube immer wieder nach Gründen ». C'est avec raison, et dans une large mesure, avec succès. — (3) J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du Droit naturel*, Genève, 1748, II^e partie, chap. 1, § 2. — (4) *De la codification*, extrait de divers ouvrages de M. Jérémie BENTHAM par ETIENNE DUMONT, Paris, 1828, sections I et II. Bentham se proclamait adversaire du Droit naturel. En réalité, son programme d'une codification intégrale en procédait directement. Voir encore : *Traité de Législation civile et pénale* de BENTHAM-DUMONT, 3^e éd., Paris 1830, t. III, p. 73 : « Le code universel, voilà de tous les livres le plus important et presque le seul qui soit nécessaire à tous. S'il ne l'était pas comme livre de droit, il le serait comme livre de morale ».

trop présumer des forces humaines et méconnaître la transcendance du Droit naturel. Dans sa totalité et dans sa perfection, il nous échappe, il est inexprimable. Heureuse erreur d'ailleurs, puisqu'elle a donné le courage d'entreprendre les grandes codifications dont nous vivons aujourd'hui !

L'erreur contraire consiste à nier toute possibilité de poser des maximes de Droit naturel ayant une valeur absolue. M. Walther Burckhardt ⁽¹⁾, dans ses beaux ouvrages de philosophie du Droit, fait une large place à « l'idée du juste », admettant qu'elle appartient au concept même du Droit ⁽²⁾. Mais d'autre part il enseigne que le « principe du juste ne peut se définir, parce qu'il ne se laisse pas analyser en ses éléments » (*zerlegen*), pas plus qu'on ne pourrait le faire pour d'autres idées simples comme le bien et le beau ⁽³⁾. Le juste ne pourrait s'affirmer que d'une solution concrète, dans un cas historiquement donné, sans que jamais il soit possible de poser d'avance aucun principe de justice de validité générale et abstraite ⁽⁴⁾. Et pourtant M. Burckhardt s'élève contre ceux qui disent que les jugements de valeur sont toujours « subjectifs » ⁽⁵⁾. Je ne puis m'empêcher de trouver là quelque chose de contradictoire : si ces jugements ont une validité objective, cela ne peut être dit qu'en les rapportant à une norme plus générale également objective ⁽⁶⁾. M. Burckhardt devrait donc admettre que l'on peut poser de telles normes.

En fait les juristes en posent, et l'ont toujours fait, comme les théoriciens de la musique ont formulé les règles de l'harmonie, et les architectes les justes proportions des masses, des pleins et des ouvertures. Les jurisconsultes répètent donc : *Pacta sunt servanda* ; ils affirment l'autonomie de la personne, l'égalité des hommes ; ils

(1) Au moment de remettre ce manuscrit, nous apprenons avec beaucoup de peine la mort du professeur Burckhardt (16 octobre 1939). Spécialiste du Droit constitutionnel, Burckhardt a consacré la fin de sa carrière à la théorie générale et à la philosophie du Droit. Il a fait paraître, dans cette discipline, trois livres et plusieurs articles qui sont d'une lecture très profitable par l'abondance de l'information, la pénétration et l'indépendance de la pensée. Si nous concevons un peu autrement que lui l'idée de Justice et le Droit naturel, nous sentons bien tout ce que nous lui devons et éprouvons une vive reconnaissance pour ce savant, ce maître, ce très aimable collègue. — (2) *Methode und System des Rechts*, Polygraphischer Verlag, Zurich, 1936, p. 57 s. — (3) *Methode*, § 11, p. 244, 246 et le dernier ouvrage de M. BURCKHARDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, même éditeur, 1939, p. 230 s. — (4) *Methode*, § 11, p. 247 à 250. *Einführung*, sous e), p. 228. — (5) *Methode*, § 10, p. 242, et *Einführung*, p. 229. — (6) Il dit lui-même : « Gäbe es kein objektives Kriterium, so hätte es in der Tat keinen Sinn, nach dem richtigen Gesetzesinhalt zu forschen ». *Methode*, p. 251.

inscrivent sur la porte du Tribunal : *Audiat et altera pars* et se servent constamment, dans toutes les disciplines juridiques, de maints aphorismes semblables.

Si l'on considère la portée de ces maximes, on donnera raison en ceci à M. Burckhardt qu'aucune d'elles n'enferme *toute* la justice, chacune n'en montre qu'un aspect limité. Mais dans cette mesure chacune nous apparaît comme juste d'une justice absolue, immuable et éternelle. Même réunies en aussi grand nombre que l'on voudra, elles ne sont jamais *le* Droit naturel, cela est vrai ; chacune est cependant *de* Droit naturel, par ce caractère de vérité axiomatique que nous venons de relever.

Il y a encore ceci d'exact dans l'opinion de M. Burckhardt que toute norme et tout jugement de justice ne sont jamais prononcés qu'à propos d'un *fait*, réel ou hypothétique. C'est précisément pour cela que nous sommes hors d'état d'embrasser la totalité du juste en une seule et suprême formule. Ainsi le *Pacta sunt servanda* suppose le fait que deux consentements ont été échangés. Mais ce « fait soumis au Droit », pour employer la terminologie de Roguin, est plus ou moins compliqué. Par un travail d'abstraction, notre raison peut le dépouiller des mille circonstances de temps, de lieu, de particularités personnelles qui l'accompagnent dans la vie, et le pousser au dernier degré de simplification concevable. On ne verra plus que ceci : il y a eu échange de consentements. Alors se simplifie aussi la conséquence juridique : il nous paraît évident que le pacte doit être tenu ; nous repousserions sans hésiter la réponse contraire. Quand, de plus, nous constatons que tous les âges ont admis ce principe, qu'il a rencontré une adhésion universelle, nous ne doutons plus tenir une vérité élémentaire de la jurisprudence. *Omnium consensus naturæ vox* ⁽¹⁾. Ou avec M. André Lalande : « Il existe un étage d'axiomes moyens, comme disait Bacon, sur lesquels l'accord s'établit d'une manière à peu près complète... C'est ce que Spinoza nomme énergiquement : les dogmes qui ne peuvent donner lieu à controverses entre les honnêtes gens... » ⁽²⁾.

(1) CICÉRON, *Tusculanes*, I, 13 et 15. C'est le *quod omnes, quod semper, quod ubique* du *Commonitorium* de VINCENT DE LÉRINS. — (2) André LALANDE, *Les illusions évolutionnistes*, Paris, Alcan, 1930, p. 185 s. Lalande ajoute : « Cette idée d'une morale réellement donnée, qui s'impose à l'éthicien comme la nature au physicien, n'a été clairement élucidée que de nos jours ; mais on voit qu'elle était latente chez de grands moralistes classiques ».

Ces maximes sont-elles semblables aux proverbes populaires, issus comme inconsciemment de la vie et de la sagesse des nations ? Ou bien les devons-nous à la haute spéculation des philosophes méditant sur l'homme et sa condition naturelle ? Sans nous arrêter à cette question, disons que l'œuvre juridique, pour être vraiment solide, doit provenir d'une collaboration et d'un contrôle l'un par l'autre du spontané et du rationnel. On reviendra au rationnel que notre époque a trop dédaigné au profit de l'instinctif, pour ne pas dire du sensationnel et du passionnel.

Le rationnel est le propre de la science. Voyons le rôle des principes du Droit naturel dans la science du Droit.

IV

UNE TÂCHE ESSENTIELLE DE LA SCIENCE DU DROIT EST DE FORMULER
LES AXIOMES DU DROIT NATUREL ET DE FONDER SUR EUX LE SYSTÈME
DES LOIS POSITIVES.

On faisait autrefois un grand usage de ces maximes. Dans le *Corpus juris civilis*, le dernier titre du *Digeste* en contient beaucoup, de même la fin du *Sexte* (décrétales de Boniface VIII) dans l'ancien *Corpus juris canonici*. Puis on s'en est détourné. Récemment un juge anglais souhaitait « qu'on veuille bien renoncer à ces bouquets fanés par six siècles » ⁽¹⁾.

C'est une réaction excessive. Mais les abus avaient été certains.

Sous prétexte de Droit naturel, on a multiplié les brocards douteux. Par exemple, avons-nous assez entendu répéter : L'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier ? A en croire Fleiner ⁽²⁾, la législation contemporaine serait basée sur ce principe. C'est pourtant le type de la maxime suspecte ; elle est loin d'avoir obtenu l'adhésion universelle. Montesquieu l'appelle un « paralogisme » ⁽³⁾ et Rosmini enseignait que « l'utilité du plus grand nombre est un principe immoral, par ce qu'il est injuste de sacrifier le droit même d'un seul individu à l'avantage de la majorité » ⁽⁴⁾.

Non seulement on avance à la légère de prétendus axiomes de

(1) Propos de Maugham L. J., rapporté dans la *Law Quarterly Review*, juillet 1935, p. 428. — (2) Au début de l'opuscule *Einzelrecht und öffentliches Interesse*. — (3) *Esprit des lois*, XXVI, 15. — (4) Guido GONELLA, *La Filosofia del Diritto secondo Antonio Rosmini*, Roma, 1934, p. 189.

Droit naturel, mais encore on use mal à propos et contre tout bon sens de ceux qui sont bien établis. Hume remarquait que le philosophe, quand il est parvenu à s'emparer de son principe favori, l'étend à toute la création, faisant souvent une violence absurde à la raison ⁽¹⁾. C'est le fait d'esprits simplistes qui ne saisissent pas l'infinie complexité des choses. Les demi-juristes volontiers s'imaginent qu'on peut maîtriser la vie sociale au moyen de deux ou trois proverbes juridiques. Toute science a ses charlatans. Ce n'est pas une raison pour jeter le discrédit sur la science elle-même et sa méthode. Notre méthode devrait se pénétrer de cette règle de Celse, une des plus profondes du *Corpus juris* :

Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere ⁽²⁾.

Autrement dit : Chaque solution particulière repose sur *tout* le Droit, car le Droit est un *système*.

Ici nous touchons aux relations que la science doit établir entre les maximes du Droit naturel et la loi positive systématique. Parce que ces maximes concernent chacune un seul fait hypothétique, réduit au dernier degré de l'abstraction afin qu'apparaisse dans toute sa pureté le principe de justice, elles ne sont pas des lois, elles ne s'appliquent pas immédiatement et directement aux faits réels. Car dans la vie les circonstances varient et s'enchevêtrent. En négliger une, c'est fausser la solution. Or chacune de ces circonstances de fait pourrait à son tour être soumise au travail d'abstraction que nous avons dit, chacune prise à part correspond à une maxime de justice absolue. Il en résulte que, s'agissant de résoudre un cas réel, où toutes les circonstances doivent être considérées ensemble, la réponse dépendra, non pas d'une, mais de plusieurs maximes de justice se coupant les unes les autres, comme sur un plan un point est déterminé par l'intersection de deux lignes. Eclairons ce qui précède par un exemple. Nous sommes sûrs de cet axiome : *Pacta sunt servanda*. Mais si, à la circonstance qu'il y a eu échange de consentements, vous ajoutez qu'un de ces consentements a été surpris par une fraude, ou qu'il a porté sur un objet illicite, ou qu'il émane d'une personne atteinte d'une maladie mentale, vous douterez que le pacte doive être tenu. *Furiosi nulla voluntas*. C'est aussi un axiome de Droit naturel, aussi

(1) *Essays moral, political and literary*, by David HUME, part I, Essay 18, the Sceptic. — (2) *Dig.*, I, 3, loi 24.

absolu que le premier, qu'il vient limiter dans le cas particulier. On voit que la jurisprudence trouve les solutions positives en combinant les unes avec les autres les maximes du Droit naturel.

Elle fait souvent le travail inverse. Recevant une loi toute faite des mains du législateur, elle cherchera les principes de justice qui lui servent de *raison*. C'est la méthode d'interprétation par la *ratio juris*. L'exégèse positiviste a eu le tort de la remplacer par la recherche historique de la volonté des auteurs de la loi. Elle a enseigné qu'il faut considérer le « but » de ces personnes, que la loi n'est qu'un moyen technique dont le prince se sert pour atteindre des fins économiques, sociales, librement fixées par lui et extrinsèques au Droit. L'interprétation consisterait à faire en sorte que l'instrument légal atteigne effectivement cette fin, en dehors de toute considération de justice. Inadmissible conception ⁽¹⁾ : le Droit n'est pas au service de buts économiques et sociaux. Il vaut *per se*, parce qu'il est le Droit. Une des pires erreurs dont souffre notre temps est d'avoir méconnu l'ordre hiérarchique de l'économie et de la jurisprudence, enlevant à cette dernière son droit d'aînesse. Non pas les « intérêts » matériels, mais les principes du Droit naturel donnent au prince la *recta ratio imperandi atque prohibendi* ⁽²⁾.

Une réserve s'impose toutefois. Il serait exagéré de vouloir trouver à toute règle légale quelconque une raison de Droit naturel. A côté des grandes lois fondamentales qui forment le corps et l'ossature du Droit civil et du Droit public, des textes fort nombreux ont une valeur seulement *réglementaire*, et ne sont inspirés que par l'opportunité ⁽³⁾. Cela est légitime. Par exemple : Faut-il ordonner que les automobiles suivent leur droite ou leur gauche sur la route ? Les lois continentales ont choisi la droite, celles de l'Angleterre la gauche. Ni les unes ni les autres, cela est clair, ne violent le Droit naturel. En ce sens, on peut dire qu'il existe aussi du Droit constitutif. Il reste cependant subordonné au Droit déclaratif, car si directement et dans

(1) Au moins concernant le Droit *déclaratif*. Nous admettrons tout à l'heure qu'il y a aussi des règles de Droit *constitutif*. Il est légitime de les expliquer par leurs fins pratiques, mais toujours dans le cadre du Droit naturel. — (2) CICÉRON, *De legibus*, I, 15, 42. — (3) DOMAT, l'ami de Pascal, *Traité des Loix*, chap. XI, § 1 : « Les loix immuables s'appellent ainsi, parce qu'elles sont naturelles et tellement justes toujours et partout qu'aucune autorité ne peut ni les changer ni les abolir ; et les loix arbitraires sont celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir selon le besoin ». *Sic* DE FÉLICE, *Leçons de Droit de la nature et des gens*, Yverdon, 1769, leçon V.

ses prescriptions de détail, il ne découle pas d'axiomes du Droit naturel, jamais il ne peut leur être contraire ⁽¹⁾. Ces axiomes restent donc toujours les points fixes ou les barrières inébranlables qui entourent le champ laissé à la liberté et à la prudence du souverain.

Que si ce souverain les outre passe ? Grave question à laquelle notre cinquième et dernière thèse tente de répondre.

V

LE DROIT NATUREL EST LA SOURCE DE L'AUTORITÉ DU DROIT POSITIF.

LE RESPECT DU DROIT NATUREL EST LE TITRE DE LÉGITIMITÉ
DU POUVOIR PUBLIC.

On représente souvent le Droit naturel et le Droit positif comme deux systèmes complets, parallèles, dont le premier serait l'archétype du second. Telle n'est pas leur vraie relation. Qu'il y ait dans la perfection de la Volonté divine un ordre, merveilleusement général et miraculeusement détaillé, reliant harmonieusement à l'idée suprême de justice absolue ce que devrait être la moindre, la plus concrète, de nos démarches juridiques, nous le croyons, puisque nous croyons à la réalité du Droit naturel transcendant. Mais nous avons ajouté que l'homme n'en possède pas la révélation, et ne peut saisir que fragmentairement telle parcelle infime de cette Vérité transcendante, à propos d'un fait simplifié et isolé. C'est dire que les maximes de Droit naturel que nous parvenons à poser sont forcément aussi isolées les unes des autres. Nous ne sommes pas capables d'en faire un *système* qui, en tant que système, ait une valeur immuable, absolue. Car dès que nous combinons ces maximes pour les appliquer à la vie réelle, nous faisons déjà œuvre de jurisprudence positive et nous ne pouvons plus compter sur l'évidence et le consentement universel pour nous préserver des erreurs. Les premières toutefois et les plus simples de ces combinaisons restent à un degré d'abstraction qui les rapproche du Droit naturel absolu, et leur donne une fixité et une certitude presque parfaites ⁽²⁾. Elles forment les normes fondamentales

(1) On peut et on doit se demander, par exemple, s'il est compatible avec le Droit naturel que les automobiles des Postes fédérales aient le privilège du côté montagne sur les routes des Alpes. On répondra d'ailleurs affirmativement, je pense. —

(2) L'Ecole distinguait autrefois le Droit naturel *premier* du Droit naturel *second* « qui suppose quelque fait ou quelque établissement humain ». BURLAMAQUI, *ouvr. cité*, II^e partie, chap. IV, § 24.

du Droit public et du Droit civil : On ne mettra guère en doute les principes essentiels des devoirs des juges, de l'obéissance aux lois, du mariage, du testament, de la compensation des créances, etc. mais dès que la loi va plus avant dans le concret afin de suivre la réalité vivante, les variations seront possibles, même nécessaires selon les pays, les temps et les lieux. Ces variations ne suppriment d'ailleurs jamais ce postulat que la loi positive doit se fonder sur le Droit naturel. Je veux dire qu'elle ne peut en contredire une maxime que si elle trouve sa justification dans une autre maxime venant limiter la première. C'est ainsi que le Droit naturel forme le noyau de toute loi positive. C'est ainsi que le Droit naturel et le Droit positif se compénètrent au point qu'on ne peut se les représenter séparés ⁽¹⁾ : à eux seuls, isolés les uns des autres, les axiomes du Droit naturel seraient sans vie et comme stériles, et la loi positive, si on la prive de sa raison éthique, ne mérite plus le nom de Droit.

Plusieurs contesteront ce dernier point. Sans repousser le Droit naturel, ils en feront seulement une règle désirable, un idéal auquel le prince aura le devoir moral de conformer sa loi et ses actes. Notre thèse va plus loin : elle exige cette conformité comme un élément nécessaire du Droit positif, comme la condition *sine qua non* de sa juridicité. Il y a d'ailleurs une présomption que toute loi remplit cette condition. Mais quand, malgré tous les efforts de l'exégèse, il devient certain qu'un texte légal ou une sentence heurtent un axiome de Droit naturel, sans avoir de fondement dans un autre axiome limitant le premier, cet acte du Pouvoir est vide d'autorité juridique, il usurpe le nom de loi ou de jugement. Comme l'a écrit le pape Pie XI : « Des lois humaines qui sont en contradiction insoluble avec le Droit naturel sont marquées d'un vice originel qu'aucune contrainte, aucun déploiement extérieur de puissance ne peut guérir » ⁽²⁾. Cette loi n'est plus qu'un fait s'imposant par la violence, *vis quædam legem simulans* ⁽³⁾.

On obéira sans doute, parce qu'on ne peut faire autrement. Et si on peut faire autrement ? Parfois on aura le devoir d'obéir quand

(1) Je ne puis donc pas approuver DUPASQUIER quand il parle de l'« hétérogénéité du droit naturel et du droit positif » et appelle le premier « un élément étranger », *ouvr. cité*, n° 332, p. 327. — (2) Dans la lettre encyclique *Mit brennender Sorge*, du 14 mars 1937, d'une lumineuse fermeté, qui a rempli toute la chrétienté d'une respectueuse reconnaissance. — (3) Premier aphorisme de FRANCIS BACON.

même, pour éviter un plus grand mal. Parfois aussi, quand un prince en général bien intentionné a péché par erreur, la réparation viendra sans violence, insensiblement, par la désuétude par exemple. Portalis, un des rédacteurs du *Code Napoléon*, l'a très bien vu et très bien dit :

« Peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semble protéger la Société contre les surprises faites au législateur et le législateur contre lui-même » (1).

Tous les praticiens connaissent de ces textes mal venus qui restent lettre morte, ou qu'une jurisprudence éclairée, avec les mille ressources dont elle dispose, arrive à rendre inoffensifs.

Il n'en va malheureusement pas toujours ainsi. Le danger est plus grave quand la violation du Droit naturel a été consciente. Parce que le vrai Droit est un système, il y a aussi une logique et un engrenage de l'iniquité. Par exemple, quand un gouvernement abaisse brusquement le titre de la monnaie, puis ordonne : « le franc vaut le franc », il se sent en contradiction évidente avec la raison de justice du privilège régalien de battre monnaie, qui était de garantir par l'effigie du prince l'honnêteté des moyens de paiement. Ce premier manquement au Droit naturel entraîne un second : l'Etat se met à limiter arbitrairement la libre fixation des prix dans les contrats particuliers, contrairement au principe d'autonomie qui domine les relations de Droit privé (2).

Si des actes semblables se répètent, ce n'est plus isolément qu'ils sont sans autorité, ils portent à douter en général de la *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi* du prince. Comme on a, depuis Aristote, toujours et à juste titre, appelé tyran non seulement celui qui s'empare par ruse ou par force du pouvoir public, mais encore celui qui, l'ayant obtenu par les voies régulières, en use contrairement au Droit naturel, l'autorité de ce prince est ébranlée, elle tend à perdre sa légitimité et à devenir un simple fait de violence tyrannique. Alors commencent les grandes secousses. Alors surgit le problème juridique redoutable du droit du sujet ou du citoyen de

(1) Dans le « discours préliminaire », FENET, t. I, p. 469 ss. — (2) On trouverait peut-être des exemples encore plus criants de violations du Droit naturel, mais il faudrait franchir nos frontières, ce que je n'ai pas voulu faire.

résister à la tyrannie. Faisons un dernier appel à Cicéron. Il dit du premier Brutus qui chassa les Tarquins :

Qui, quum privatus esset, totam rem publicam sustinuit primusque in hac civitate docuit, in conservanda civium libertate esse privatum neminem (1).

Le Droit naturel admet, et doit logiquement admettre, ce droit subjectif de résistance ; il l'entoure d'ailleurs de conditions sévères qui le rendent sans danger pour le prince animé de justice. Les positivistes le nient comme logiquement inconcevable, puisque l'ordre juridique positif ne saurait l'accueillir sans se renier lui-même, et qu'en dehors de cet ordre juridique positif ils ne reconnaissent pas de Droit. Ils espèrent exorciser ainsi le démon de la révolution et de l'anarchie (2). En dépit de ces pauvres cautèles, lorsque les peuples ont assez souffert, un Brutus se lève pour arracher la République au tyran.

Quant à la pensée philosophique, toujours elle reviendra des hérésies positivistes à l'orthodoxie du Droit naturel, parce que seul il confère aux lois leur autorité et leur force, seul il donne au Pouvoir cette légitimité constitutionnelle qui tient les citoyens réunis en Etat, seul enfin il procure au genre humain un temps d'espérance, lorsque, pénétrant de ses vérités les gouvernements, il les rend attentifs aux lois pacificatrices de la *civitas maxima* voulue entre nations par la justice et l'amour divins.

François GUISAN.

Lausanne, octobre 1939.

(1) CICÉRON, *De Re Publica*, Livre II, § 25. — (2) DUPASQUIER, *ouvr. cité*, p. 327-328.