

Zeitschrift: Revue de Théologie et de Philosophie
Herausgeber: Revue de Théologie et de Philosophie
Band: 38 (1950)
Heft: 157

Artikel: Conclusions d'un cours de philosophie du droit
Autor: Guisan, François
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-380539>

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>

CONCLUSIONS

D'UN COURS DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Je me propose de résumer en quelques points la conception du Droit — et de la science du Droit — à laquelle m'ont conduit mes années de pratique et le temps de mes méditations universitaires. Téméraire entreprise que de tenter un tel raccourci ! Je compte sur les souvenirs de mes élèves et la sagacité de mes lecteurs pour apporter à des thèses, qui auront nécessairement quelque chose d'abrupt, les développements et les nuances indispensables.

Ce travail n'apporte aucune découverte et ne cherche aucune originalité. Dans les sciences morales, me semble-t-il, l'on ne doit pas innover. Mais si tout a été dit, tout aussi, à son tour, a été oublié. De sorte que l'effort du serviteur fidèle doit être de revenir toujours à l'orthodoxie, de défendre et maintenir la doctrine vraie, sans cesse menacée par les hérésies. Elles rôdent autour de nous tous ; mais peut-être le praticien, parce qu'il est mêlé aux luttes de la vie, y est-il plus exposé. C'est au jurisconsulte théoricien, qui travaille dans la sérénité de l'abstraction, à signaler les déviations, à montrer constamment la voie royale du Droit et de la Justice. Heureux, s'il échappe lui-même à l'erreur, et présente dans toute sa pureté l'immuable vérité.

N. B. — Dernière leçon donnée en séance publique, le vendredi 7 juillet 1950, à la Salle Charles Secrétan, par M. François Guisan, professeur à la Faculté de Droit, qui a pris sa retraite à la fin du semestre d'été 1950.

I

Si, considérant les cent dernières années, je me demande quels sont les dangers qui ont menacé la jurisprudence — c'est-à-dire la science générale du Droit — je dirais que, d'abord, elle a été exposée aux déformations provenant de l'absolutisme juridique étatique. J'appelle de ce nom l'enseignement qui pose comme norme suprême, ne souffrant aucune réserve ni exception quelconque, qu'il faut obéir à la loi, à toute loi humaine, quels qu'en soient le fond et la matière, pourvu que dans la forme cette loi ait une origine constitutionnelle régulière. Car le Droit, c'est la volonté, ce n'est que la volonté du Législateur, Prince ou Peuple. Le texte écrit, l'intention qu'historiquement les auteurs de ce texte ont formulée, deviennent alors la source unique du Droit ; le jurisconsulte n'a point à regarder au-delà. « Je ne connais pas le Droit civil, je ne connais que le Code de Napoléon », disait l'Ecole de l'*Exégèse*.

Combien je comprends l'aversion ressentie par Fréd.-Charles de Savigny pour la codification ainsi comprise, et la crainte de voir cette grande œuvre législative compromettre la science même du Droit ! Qu'est-ce en effet qu'une science qui identifie le texte légal au Droit lui-même ? Il n'y a de science que d'un objet, extérieur à l'homme, que son effort intellectuel s'efforce d'atteindre. Cet objet ne saurait être la propre création volontaire de l'homme lui-même. Il doit s'imposer à lui comme une donnée nécessaire. Là où il n'y a pas de règles, pas d'enchaînement déterminé, mais choix supposé pleinement libre de l'esprit humain, choix de hasard, capricieux, comparable aux mouvements désordonnés d'une boussole sans point magnétique, là il n'y a pas d'objet concevable pour une science. Tout au plus, la jurisprudence serait-elle comme l'humble Cendrillon de la psychologie, puisqu'elle se bornerait à prédire ce qu'il est probable que le juge décidera dans un cas donné, pour reprendre la définition que le juge américain Holmes donnait de la science juridique. Non, on ne saurait appeler science la simple connaissance des lois humaines, arbitraires, que deux mots du législateur peuvent jeter demain à la maculature.

Pour peu qu'il ait quelque profondeur, le jurisconsulte perçoit, ou du moins pressent, l'insuffisance de ce positivisme agnostique, de ce volontarisme total. Il s'aperçoit que, croyant fortifier la loi humaine

en réclamant, pour elle seule, une obéissance totale et inconditionnelle, il détruit ce qui vraiment lui donne de l'autorité. Instinctivement il cherche à la jurisprudence un objet spécifique, qui ne se confonde pas avec la loi humaine.

Et c'est là mon premier point : Certes il faut obéir à la loi ! Mais ce principe essentiel n'est pas illimité. Car la science du Droit dépasse la seule exégèse ; elle a un objet, un donné permanent, nécessaire, qui ne vient pas de l'homme lui-même.

II

Cet objet, serait-il peut-être du nombre des « faits sociaux » qu'étudie la nouvelle discipline créée par Auguste Comte ? Les règles du Droit ne sont-elles que le produit de la société, que l'effet de ces forces sociales, qui, selon les sociologues, détermineraient les actions humaines, comme les lois physiques enchaînent de leurs séquences nécessaires les phénomènes naturels ? La naissance du juridique obéit-elle au principe universel de causalité ? Ne convient-il pas d'employer par conséquent les méthodes d'observation, et notre science consisterait-elle à découvrir les causes sociales des normes légales, afin de les comprendre ? Autrement dit, comme le veut Durkheim, étudierons-nous les faits sociaux, y compris le Droit, comme des choses ?

On se rappelle, sans doute, la vogue incroyable que la sociologie a eue à la fin du siècle précédent et au début de celui-ci. De nombreux sociologues ont vraiment cru, et ont fait croire aux autres, que la jurisprudence n'était qu'une province de la sociologie, et qu'il appartenait à cette dernière de fixer nos méthodes. Les jurisconsultes fidèles à la tradition étaient volontiers pris en pitié comme de pauvres métaphysiciens attardés. Beaucoup de juristes se sont faits sociologues, Eugène Ehrlich, l'Autrichien, disciple de Durkheim, au moment de la première guerre, l'Américain Roscoe Pound, hélas ! même notre maître Roguin, et combien d'autres ! Plus nombreux encore des sociologues ont envahi les terres des juristes ; non contents d'observer, ils ont prétendu prescrire et, ajoutant l'art à la science sociale, organiser scientifiquement la société humaine. C'est alors qu'ont fleuri ces formules : *die normative Kraft des Faktischen, ex facto oritur jus*. C'est alors que le libéralisme a été, dans la plupart

des Etats, supplanté par le dirigisme économique-social qui a l'ambition, au nom de la science, de régler toute notre conduite.

Ne peut-on pas dire aujourd'hui que l'expérience n'est pas heureuse ? Le dirigisme n'apporte ni sécurité, ni paix, ni joie. Il devient de plus en plus évident que quelque chose manque dans la formule sociologique : Ne serait-ce pas que ces savants, qui tiennent avant tout à passer pour réalistes, ont, en fait, bien mal vu la réalité humaine, quand ils ont voulu observer les faits sociaux comme des choses ? En fait, et en réalité, les hommes ne sont pas des choses ; ils ne sont point mus mécaniquement par des forces extérieures à la manière des choses. Ils sont eux-mêmes forces spontanées ; par leur raison, leur volonté, leur personne, ils sont eux-mêmes créateurs d'enchaînements causals, et l'explication de leur conduite relève du monde des normes, non du monde des faits. Cette course à la recherche de prétendues « lois sociologiques » est le fruit d'une illusion, d'une simplification illégitime, d'une philosophie moniste. Plus illégitime encore, la tentative de passer de l'observation à la prescription, et de formuler des règles juridiques au nom de la science. Que les sociologues se bornent donc à procéder, selon leurs bonnes méthodes, à des enquêtes exactes, qu'ils mettent tous leurs soins à nous apporter un matériel de faits soigneusement contrôlés, qu'ils se contentent de fournir à la jurisprudence de bonnes « *empiries* préparatoires », selon le mot si juste de Jacques Maritain. Mais qu'ils ne s'avisent pas de légiférer ! *Ne sutor ultra crepidam !*

C'est là ma seconde conclusion : Le sociologisme ne nous donne ni la méthode de la jurisprudence, ni le fondement du Droit.

III

Depuis que le poète Horace a écrit ce vers :

Atque ipsa utilitas, justi prope mater et aequi ⁽¹⁾,

la pensée juridique a souvent cherché dans la notion d'intérêt le fondement du Droit. Les lois ne seraient que des conventions utiles que les hommes auraient trouvé opportun de passer entre eux. La raison des lois serait « le plus grand bonheur du plus grand nombre ». C'est à la fin du XVIII^e siècle qu'on a forgé cette maxime, qui se

(1) *Satires* I/III, vers 98.

trouve chez Beccaria, chez Montesquieu. Bentham en a fait le centre de sa doctrine, la norme suprême de toute législation ; elle est à la base de l'utilitarisme anglais, représenté encore par les deux Mill, James, et son fils plus illustre, John Stuart. En Allemagne, sous l'impulsion de von Ihering, puis de Philippe Heck et de l'Ecole dite de Tubingue, l'utilitarisme a pris la forme appelée la « balance des intérêts » (*Interessenabwägungstheorie*), qui a connu de grands succès et dont on trouve les traces dans plus d'un arrêt du Tribunal fédéral. On pense qu'à force de considérer, comparer, peser les intérêts en conflit devant lui, le juge ou le législateur découvrira celui qui est le plus lourd, et que cette question de poids doit entraîner la préférence juridique.

Cette philosophie du Droit s'explique, je crois, comme suit : d'une part, on s'est rendu compte qu'il faut absolument donner au Droit, en dehors de la loi humaine, un point d'appui, un critère objectif d'appréciation. Mais, d'autre part, on veut que ce critère soit positif, exempt de métaphysique, agnostique, parce que, selon le préjugé du siècle positiviste, toute affirmation générale sur le juste et l'injuste est tenue pour une vaine spéculation, toute personnelle, subjective, sans force convaincante. On s'imagine donc que la notion d'intérêt fournira un tel critère. Ainsi le Droit ne vaut pas par lui-même : Il n'est plus qu'un moyen au service d'un but. *Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts*, a écrit Ihering.

Que penser de cette doctrine ? A mon avis, sa tentative est vaine, parce qu'il n'y a pas de notion obvie de l'utilité : ce qui est accepté comme but utile par l'un est rejeté par l'autre. L'intérêt, en son sens matériel, économique, ne saurait être général, il est toujours individuel. Il n'y a pas d'intérêt général incarnant « les intérêts identiques de tous les individus et de tous les groupes ». C'est le sociologue Gurvitch qui l'a écrit dans un petit livre intitulé : *Déclaration des droits sociaux*. Pour une fois que je suis pleinement d'accord avec un sociologue, ne manquons pas d'y insister : matériellement, économiquement parlant, je le répète, il n'y a pas d'intérêt vraiment général. Bien loin donc de fournir un fondement à l'ordre juridique, l'intérêt matériel général qu'on invoque à tout propos est, en réalité, un principe de désagrégation. Chacun le tire à soi. Il suffit d'ouvrir les yeux pour s'en convaincre. Au nom de l'intérêt, de l'utilité ou de ce fantôme légendaire qu'on appelle : l'Economie, les groupes puissants assaillent le Gouvernement et réclament à leur

seul profit des lois protectrices. Exportateurs, ouvriers, paysans, hôteliers, brodeurs, représentants commerciaux, et tant d'autres, tous veulent échapper au Droit commun, tous exigent un statut privilégié. Ils ont réussi à faire prévaloir cette formule absolument fallacieuse, et malfaisante, que le Droit professionnel doit être fait par les gens de la profession. Les gouvernements, qui perdent le sens des principes et « balancent » les intérêts, cèdent souvent à ces sollicitations, en oubliant qu'une loi dite « protectrice » se disqualifie par son titre même, puisqu'elle manque à la première des règles qui est l'impartialité. Elle devient une loi de partisans : *Qui autem parti civium consulunt, partem negligunt, rem perniciosissimam in civitatem inducunt, seditionem atque discordiam...* écrit Cicéron au traité des *Devoirs* (1).

C'est ainsi que, sous nos yeux, au nom de l'utilité, le Droit commun se décompose. On perd de vue que le vrai, que le seul intérêt général, c'est le respect par tous d'un ferme Droit commun, et le jurisconsulte se demande avec angoisse : comment arrêterons-nous ce sauve-qui-peut juridique ? Comment rassembler en un corps de Droit ces *membra disjecta* que sont nos innombrables lois ? Comment referons-nous une doctrine, un Etat ?

Peut-être touche-t-on ici à un danger spécifiquement suisse couru par la jurisprudence dans ce pays. Médiocre dialecticien, le Suisse craint par-dessus tout de passer pour doctrinaire ; souvent il se croit sage, parce que, sous le nom de nécessités pratiques, il donne le pas aux calculs de l'homme d'affaires sur les raisons de principe. Que le jurisconsulte sache braver l'impopularité en signalant les illusions de l'utilitarisme, et en lui opposant la noble devise de Cicéron : *Nil utile quod non honestum ! Nec quia utile honestum, sed quia honestum utile* (2).

C'est là ma troisième conclusion : on avilit le Droit en en faisant un simple moyen au service de l'utile. Le Droit est un impératif catégorique. Il vaut par lui-même. C'est ce que marque encore Cicéron : *jus et omne honestum sua sponte esse expetendum... per se igitur jus est expetendum et colendum* (3). Et Montaigne : « On argumente mal l'honnêteté et la beauté d'une action par son utilité. » (4)

(1) *De officiis*, livre I, chap. XXV.

(2) *De officiis*, livre III, chap. XXX.

(3) *De legibus*, I, XVIII, n° 48.

(4) *Essais*, livre III, fin du chap. I.

IV

Le service inappréciable que nous a rendu l'Ecole dite du « Droit pur », c'est d'abord d'avoir cru à l'existence d'une vraie science du Droit. Puis d'avoir clairement vu, et énergiquement défendu, au moins une des règles fondamentales de cette science : la cohérence logique. On se rappelle qu'Ernest Roguin a hésité quelque temps sur la formule à donner à la nouvelle discipline qu'il a appelée la science juridique pure : Suivra-t-elle la méthode d'observation, comme les sciences naturelles ? Ou bien sera-t-elle une science rationnelle, comparable aux mathématiques ? Il a fini par adopter la seconde opinion, et à qualifier la science juridique pure de théorématique du Droit. Hans Kelsen, lui aussi, a vu le propre de la juridicité dans l'assemblage, dans l'enchaînement logique des normes les unes aux autres et s'est représenté l'Ordre juridique comme un édifice classiquement bâti, un *Stufenbau*.

Qu'on nous permette d'insister sur la valeur de cet enseignement. Il est l'antidote, dont notre temps a un urgent besoin, à la jurisprudence sentimentale, à l'entraînement de l'instinct et de la passion, à cet *emotionelles Denken*, dans lequel certains sociologues ont vu le propre de tout jugement moral. Ne pas se contredire, être conséquent avec soi-même, c'est certainement un précepte essentiel de toute Justice. Ce qui fait le délinquant et lui mérite une peine, c'est que son délit implique contradiction : le voleur postule pour lui-même le droit de possession que, par son acte, il refuse au volé. C'est ce principe encore qui veut que le juge appuie sa sentence sur des considérants, et que le législateur donne un exposé des motifs de ses lois. Un jugement mal construit manque d'autorité, car le justiciable veut comprendre le pourquoi de l'ordre reçu, il veut qu'on lui donne raison ; comprenons ce mot dans son sens tout à fait littéral. Honneur donc et reconnaissance à la science juridique pure, qui nous a appris à honnir les raisonnements boiteux, à aimer la rigueur de la pensée !

Et pourtant, quand certains disciples maladroits ont poussé à l'extrême cette juste vue des choses, quand ils ont donné la cohérence systématique pour le vrai objet, le seul objet de la science du Droit ; quand ils ont ainsi voulu créer une jurisprudence purement mathématique, sans morale et sans philosophie, cela pour rester fidèles au positivisme agnostique du siècle, nous avons senti qu'à la

science juridique pure aussi, il manque quelque chose. La logique, à elle seule, ne saurait constituer notre science. La logique est méthode ; elle n'est point objet. Cette méthode même suppose une matière à laquelle elle puisse s'appliquer ; je veux dire que le postulat d'absence de contradiction ne se comprend que s'il y a une affirmation première, une affirmation non de forme mais de fond, qui puisse donner à la contradiction l'occasion de se produire. Il faut donc une norme fondamentale, qui, elle, n'est pas donnée par la seule logique, pour que l'édifice rationnel des normes puisse se construire selon la logique. Kelsen l'a bien vu, mais ne voulant pas poser en thèse la norme fondamentale, n'en faisant qu'une hypothèse, tout son appareil logique se meut dans le vide.

Remarquons ensuite qu'en formulant comme condition de toute juridicité la cohérence logique, nos théoriciens, en réalité, affirment eux-mêmes un axiome matériel qui dépasse la logique ; sans s'en rendre compte, ils sortent du pur positivisme et font du Droit naturel. Qu'est-ce, en effet, que leur exigence de rationalité, sinon un précepte, un impératif adressé au législateur et au juge ? Et quelle est la nature de cet impératif, s'il n'est pas donné comme un devoir ? Si nos théoriciens du Droit pur n'avaient pas été atteints du complexe anti-idéologique de leur temps, ils auraient vu que leur doctrine même, par son développement naturel, conduit à reconnaître que le lieu philosophique du Droit est dans la morale, que toute la jurisprudence tire son origine de premières affirmations morales ; car, comme l'a si bien dit Charles Secrétan, « le dernier mot de la logique n'est donc prononcé que par la morale. Réciproquement... le commencement de la morale est donné par la logique. » ⁽¹⁾

Ma quatrième conclusion sera donc celle-ci : La science juridique pure, malgré la vérité première qu'elle contient, les éminents services qu'elle rend, s'arrête à moitié chemin, comme paralysée par son préjugé positiviste. Il faut achever son développement.

V

Ce qui précède détermine ma cinquième et dernière conclusion, que je vais essayer de justifier en quelques mots, après l'avoir formulée comme suit :

⁽¹⁾ *Le principe de la morale*, 1883, p. 95.

Il n'y a pas de science vraie du Droit pour l'agnosticisme moral, car toute jurisprudence digne de ce nom se fonde essentiellement sur certaines affirmations premières de nature morale. Le lieu philosophique du Droit est d'abord dans la morale.

a) Quand le positiviste Auguste Comte, à la fin de sa vie, subjugué par sa passion pour Clotilde de Vaux, ajouta une septième science : la morale, aux six sciences fondamentales, qui seules avaient trouvé grâce dans le cours de philosophie positive, quand, dis-je, Auguste Comte essaya de comprendre et d'exposer la morale dans son *Catéchisme positiviste*, il fit appel (j'emploie ses propres expressions) aux « connaissances spontanées qui partout précèdent et préparent les études systématiques », ajoutant ces phrases caractéristiques : « La science constitue toujours un simple prolongement de la commune sagesse. Jamais elle ne crée réellement aucune doctrine essentielle. Les théories se bornent à généraliser et à coordonner les aperçus empiriques de la raison universelle... » (1)

Se doutait-il qu'il venait d'exprimer, en termes excellents, la doctrine traditionnelle du Droit naturel, que toute sa vie il a fait profession de haïr ? Dans le fond des choses il rejoint les grands philosophes grecs, Cicéron, le stoïcisme, les Pères de l'Eglise, saint Thomas d'Aquin, Grotius et son école. Sans le vouloir, certes, il renoue la vieille, l'indestructible tradition, et ses disciples consternés, restés positivistes purs, dirent que le maître avait perdu la tête. Et voilà que nous assistons, dans la pensée contemporaine, à une pareille conversion ! Avons-nous, dans notre jeunesse, suffisamment lu et entendu de sarcasmes dirigés contre le Droit naturel ? On le croyait définitivement mort, et nous avons la joie de le voir refleurir, plus vigoureux que jamais, en Allemagne même, dans le pays où il avait subi les plus violentes attaques. C'est au point que certains enthousiastes nous paraissent même aller un peu fort. Aussi nous sentons-nous pressé d'apporter quelques précisions à la doctrine du Droit naturel, elle aussi, sujette à l'erreur.

b) Auguste Comte l'a parfaitement bien dit : il y a en morale des « aperçus empiriques de la raison universelle ». Il y a une « commune sagesse », inhérente, pour ainsi dire, à la nature de l'homme et qui lui permet de poser des normes de conduite absolument simples. De ces normes, il a une « connaissance spontanée » ; elles s'imposent

(1) *Catéchisme*, 4^e entretien.

d'évidence à toute âme droite et loyale. « Voilà les lois que la nature a promulguées du fond des isles du Japon aux rivages de notre occident », écrit Voltaire dans le premier livre de l'*Essai sur les mœurs*. *Quod omnes, quod semper, quod ubique*, avait enseigné, à la fin de l'Antiquité, le *Commonitorium* de saint Vincent de Lérins, comme critère de la vérité. Depuis le *Décalogue*, le titre du *Digeste : de diversis regulis juris antiqui*, le *Sexte* de l'ancien recueil de Droit canon, les *leges legum* recueillies par François Bacon, et les nombreux recueils d'aphorismes juridiques qui étaient en mains des étudiants, il y a un siècle encore, toujours on a considéré qu'il y avait à la base du Droit des vérités fondamentales, des *principia communissima*, formant un étage d'axiomes moyen, et ne prêtant pas à controverse entre honnêtes gens ⁽¹⁾. C'est à cette tradition que je me rattache. Je vois dans les principes premiers le point de départ, les fondements indispensables, les bases que, sous aucun prétexte, on ne doit ébranler, de toute jurisprudence.

Ecartons certaines objections.

c) En faisant rentrer le Droit dans la morale, dira-t-on, vous supprimez une distinction absolument nécessaire, vous vous exposez à cette juste censure de Charles Secrétan : « L'identification de la morale et du droit est la grande erreur des Eglises ; c'est la malédiction de l'histoire moderne. » ⁽²⁾ Nullement. Je vois bien, et je maintiens, qu'un grand nombre de devoirs ne sont que conseillés aux hommes et je les distingue de ceux qui leur sont imposés par la loi. Car c'est bien la sanction de l'Etat, menaçant la violation de la règle, qui caractérise cette règle comme juridique. Il y a donc dans la morale, comprise en un sens large, ou éthique, deux catégories de normes, celles qui sont laissées au libre arbitre de chacun — c'est la morale proprement dite, la morale au sens étroit — et celles qui sont prescrites sous peine de sanction — c'est le Droit. Mais, remarquez que cette sanction même qui fait le Droit a une base nécessairement morale, au sens large, ou éthique. Car la sanction n'agit pas mécaniquement, elle n'est que l'effet de l'obéissance du législateur ou du magistrat, du prince à son devoir, son devoir d'intervention pour procurer la justice. Il est clair que c'est une question morale de savoir quand ce devoir d'intervention existe et quand, au

⁽¹⁾ LALANDE, *Illusions évolutionnistes*, p. 185.

⁽²⁾ *Le principe de la morale*, p. 210.

contraire, on doit laisser chacun être le seul juge et le seul responsable de son acte. La justice, en effet, consiste, d'une part, à ne pas léser autrui, à lui laisser sa liberté, mais, d'autre part, la justice impose le devoir positif d'empêcher, autant qu'on peut, le prochain d'être victime de l'injuste violence ! *Qui non repellit injuriam a socio cum potest, tam est in vitio quam ille qui facit* ⁽¹⁾, dit saint Thomas d'Aquin, d'après saint Ambroise, d'après Cicéron, d'après la sagesse antique et moderne.

« L'Eternel dit à Caïn : Où est ton frère Abel ? » Caïn fit cette réponse impie : « Je ne sais pas. Suis-je le gardien de mon frère ? » ⁽²⁾

Voulez-vous une anecdote grecque ? Deux hommes se rendaient ensemble à Delphes, au temple d'Apollon. Ils tombèrent dans une embuscade de voleurs, et l'un d'eux fut tué. L'autre, s'étant enfui sans lui porter secours, voulut consulter l'oracle. Mais le dieu le chassa, lui disant : « Placé au côté d'un ami qu'on assassinait, tu ne l'as pas secouru ; tu n'es pas pur. Sors de ce beau et saint lieu. » ⁽³⁾

Oui, je suis le gardien de mon frère. Cette maxime est à la base du devoir civique, elle justifie la contrainte légale, tout l'appareil de l'Etat. On le voit, le Droit certes est distinct de la morale au sens étroit, mais, comme celle-ci, le Droit, lui aussi, est l'accomplissement d'un devoir, il a donc un fondement éthique.

d) Passons à l'examen d'un autre malentendu : On a pu croire que je voulais revenir « à la conception du XVIII^e siècle d'un système législatif coexistant à côté de celui du droit positif » ⁽⁴⁾. Ce parallélisme entre deux ordres de règles, tous deux achevés et chacun suffisant, n'est pas ma pensée, ni la bonne tradition du Droit naturel. La scolastique n'appelaient de ce nom que les *principia communissima* ; elle reconnaissait que seuls les tout premiers principes ont le caractère d'évidence spontanée ; car c'est seulement en isolant une conduite humaine de toutes circonstances extérieures, en méditant sur l'acte en soi, à l'état pur, pour ainsi dire, que je puis, avec une parfaite certitude, poser spontanément des affirmations telles que : « tu ne tueras point, tu ne déroberas point. » Dès que je replace l'acte dans la vie concrète, c'est-à-dire dès que je tiens compte des circons-

(1) SAINT AMBROISE, cité par saint THOMAS, *Somme théol.* II^a II^{ae}, Q. 60, art. 6.

(2) *Genèse* IV, 9.

(3) SIMPLICIUS (philosophe grec du VI^e siècle) dans son commentaire sur Epictète.

(4) ALBERT PICOT, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1944, p. 212^a, en note.

tances variables à l'infini qui l'entourent toujours en pratique, je ne puis plus être sûr que jamais il ne pourra paraître juste de prendre la chose d'autrui, ou même de lui ôter la vie. Car les circonstances dont je tiens maintenant compte vont mettre en jeu d'autres axiomes encore, tel que celui de la légitime défense, de l'état de nécessité, de la fidélité à une consigne. Et je vois bien que la solution pratiquement juste ne dépend que bien rarement d'un seul axiome, mais qu'elle se place au point où des axiomes divers se coupent et se limitent les uns par les autres. Et je vois bien que ce point ne m'est pas donné d'avance avec évidence, mais qu'il n'est découvert que par un effort souvent long, par des déductions et des raisonnements sur la rectitude desquels je ne peux pas toujours compter. Voilà pourquoi, tout cas particulier ne dépend pas d'un texte unique, mais de toute la loi : *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere* ⁽¹⁾.

C'est dire que le Droit naturel n'est, à lui seul, en aucune façon un « système législatif », qu'isolé, il est inapplicable, qu'il suppose impérieusement sa mise en œuvre par le Droit positif, qu'il serait insensé de s'imaginer qu'on pourra se passer désormais de l'expérience amoncelée dans les commentaires et les arrêts, oublier des siècles d'histoire du Droit, et brûler tous les vieux livres en prétendant tout régler par les seules lois immédiatement évidentes de la nature. Redoutons les terribles simplifications des révolutionnaires ; à la fin du XVIII^e siècle, ils ont mérité les pénétrantes critiques d'Edmond Burke, les réserves de Savigny, et ils ont, pour cent ans au moins, dégoûté les meilleurs esprits du Droit naturel, précipitant la jurisprudence dans l'historicisme, le sociologisme et l'utilitarisme. Il n'y a de vraie science du Droit que si le respect des principes se complète d'une patiente et minutieuse casuistique. Casuistique ? N'ayons pas peur de ce mot que Pascal a rendu suspect : « ... celui qui ne veut point de casuistique ne veut point de morale applicable, il veut des mots et rien que des mots. » ⁽²⁾ C'est encore Charles Secrétan qui parle ainsi.

Mais à l'inverse, il serait tout aussi faux de ne vouloir connaître que la casuistique juridique, sans se préoccuper des premiers principes. Tout bon juriste n'aura de cesse qu'il n'ait rattaché aux prin-

⁽¹⁾ CELSE, loi 24, *Digeste* I/III.

⁽²⁾ *Le principe de la morale*, p. 244.

cipes incontestables toute solution concrète. Ne méprisons pas les adages. Ne disons pas que ce ne sont que des lieux communs sans utilité. Ne souhaitons pas, comme le juge anglais Maughan, « qu'on veuille bien renoncer à ces bouquets fanés par six siècles » ⁽¹⁾. N'écrivons pas, comme un distingué magistrat que tous en Suisse aiment et respectent, parce que tout au long de sa carrière il a prouvé qu'il aimait le Droit et la Justice ; imitons sa belle vie, mais n'écrivons pas comme lui : « Pour nous, le juste droit n'est pas axiomatique, mais au contraire adapté à la réalité concrète par une volonté de justice qui se manifeste en cherchant à respecter l'idéal final de la dignité humaine. » ⁽²⁾

Ne voit-on pas que l'auteur de ce texte se donne à lui-même un démenti, car cette phrase suffit à prouver le contraire de ce qu'elle nie ? Qu'est-ce, en effet, que cet « idéal de la dignité humaine » que la loi doit respecter, sinon une mesure du juste, et par conséquent un axiome ?

Ainsi l'éminent praticien, lui aussi, a posé un axiome ; il fait du Droit naturel, tout en s'en défendant. C'est qu'il ne pouvait faire autrement. Quiconque veut sortir de la simple exégèse volontariste des textes, échapper au marécage des matériaux de la loi, dépasser le pauvre argument d'utilité, quiconque cherche la légitimité de la loi et pratique la vraie exégèse par la *ratio juris*, devra forcément en appeler aux axiomes fondamentaux. Sans cette solide armature il n'est pas de construction convaincante, tout le système juridique devient un corps flasque, privé de son épine dorsale. Il est prêt pour la désagrégation, sous la poussée des intérêts particuliers. Méditons cette parole d'un théologien : « ... La puissance du droit réside tout entière dans le dogme qui, lui prêtant celle d'une loi première et nécessaire, le justifie à la raison, en même temps qu'il le divinise en le rattachant à Dieu ; et, en effet, tout droit qui ne remonte pas jusqu'à Dieu, qui n'a pas sa racine en Dieu, dans les lois éternelles du Souverain Etre, n'est qu'un droit chimérique, une ombre sans substance, une illusion de l'esprit. » ⁽³⁾

En faisant des réserves au sujet du terme « le dogme », en tant qu'il viserait la théologie particulière à une certaine Eglise, je sous-

(1) *Law Quartely Review*, juillet 1935, p. 428.

(2) ALBERT PICOT, *art. cité*, p. 212^a, en note.

(3) LAMENNAIS, *Le livre du peuple*, chap. XVI.

cris pleinement à ce beau passage. Le Droit doit absolument reposer sur une loi première et nécessaire, une loi éternelle du Souverain Etre, qui le justifie à la raison. C'est la condition de son autorité, et la seule origine de la compétence de celui qui l'impose à ses semblables. Car le Droit est fait pour l'homme, et l'homme est un être doué de raison.

Mais l'homme, lui aussi, est fait pour le Droit. Il y aspire de toutes ses forces, quand son âme n'est pas corrompue ou aveuglée par la passion. Il aime la Justice et naturellement il y tend. Ainsi le mot Justice — ne l'oublions jamais — a deux significations : il ne désigne pas seulement une vérité dans le Ciel, mais aussi une vertu dans nos cœurs. Cette vertu est la *constans et perpetua voluntas* qu'un texte classique a mis au centre de la définition de la Justice.

François GUISAN.
