

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	63 (1944)
Artikel:	Contre le relativisme juridique : à propos de deux thèses récentes
Autor:	Ossipow, Paul
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896444

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: 23.02.2026

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

Contre le relativisme juridique.

A propos de deux thèses récentes
par M. Paul Ossipow, docteur en droit, Lausanne.

Nous croyons discerner un mouvement contre ce que nous serions tenté de nommer la relativité du droit, phénomène qui, pour vague et encore indéfini qu'il soit lui-même, n'en est pas moins réel et dangereux. Nous allons essayer d'esquisser en quoi il consiste et la réaction qui se manifeste contre lui.

Deux thèses soutenues à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, depuis le début de la guerre, nous serviront à illustrer par des exemples pratiques des considérations quelque peu abstraites. Elles concernent le droit privé, mais traitent d'objets si différents, que, de prime abord, on a peine à leur prêter une seule idée commune. La plus récente est consacrée au mariage fictif¹⁾; l'autre à la lésion²⁾. Il ne saurait être question ici de tracer un parallèle entre ces deux travaux. Quelques analogies, tout externes, sont cependant flagrantes. Ainsi dans la méthode: une large place est faite à l'étude des législations étrangères. Le droit comparé aussi — ainsi que le révèle déjà le titre des deux ouvrages — est mis à contribution, en ce sens que les solutions du droit positif suisse sont rapprochées de celles d'autres Etats et examinées à la lumière de systèmes juridiques étrangers.

¹⁾ Courvoisier, Roger: Le mariage fictif en droit suisse, précédé d'une étude de droit comparé. Thèse. Lausanne, 1943.

²⁾ Ossipow, Paul: De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé. Thèse. Lausanne, 1940. Nous tenons à nous excuser ici de faire état d'un ouvrage dont nous sommes l'auteur. Mais l'idée que nous croyons découvrir chez Courvoisier est précisément intéressante parce qu'elle n'est pas isolée.

Le problème commun qui domine les deux travaux nous paraît être le suivant³⁾: doit-on admettre l'annulation par le juge d'un acte volontairement consenti par les parties? Il est bien évident qu'il s'agit dans l'un des cas d'un acte donnant naissance à un statut (le statut du mariage), dans l'autre d'un contrat⁴⁾. L'analogie ne doit donc pas être poussée trop loin. Mais si l'on considère la question dans sa généralité (telle que nous la posons), on constate que le droit suisse y répond affirmativement. Nous ne sommes pas dupe d'une facile analogie. Nous ne perdons de vue ni que nous sommes sur des terrains très différents, ni que les procédés dont use le juge pour atteindre un résultat semblable sont très distincts. Il se sert de la voie jurisprudentielle pour parvenir à la nullité des mariages fictifs. Il dispose d'un texte précis, l'art. 21 CO, pour anéantir le contrat lésionnaire. Mais nous pensons qu'au-dessus de leurs différences, ces moyens d'invalider un acte voulu par les parties ont une signification générale et présentent un danger commun. Le juge arrive à rendre nuls des actes que la tradition, la logique du droit et la sécurité de l'ordre juridique commandent de maintenir intacts, au prix parfois de mariages scandaleux ou

³⁾ Voici comment Courvoisier pose le problème (p. XXX): „étant donnée notre loi civile, un mariage peut-il être annulé pour la raison qu'il est fictif?“ — Nous-même, sans l'avoir expressément énoncé, l'avons, au cours de notre ouvrage, formulé en ces termes: (p. 301) „Par l'abandon de l'art. 21 CO laisserait-on sans secours des situations vraiment alarmantes?“ ou ailleurs (p. 12): „La vérité est que le fondement de la lésion n'est pas d'ordre juridique, mais d'ordre moral“, ou enfin (p. 187): „Comprendre dans une formule des règles morales, leur donner un aspect juridique, n'est possible que pour quelques-unes d'entre elles. En ce qui concerne la lésion, on est toujours en deçà ou au delà du précepte moral.“

⁴⁾ La similitude des actes dont l'annulation est discutée serait plus manifeste, si l'on admettait, à la suite „des principaux commentateurs de notre code“, que le mariage est tout honnêtement un contrat (voir Courvoisier, p. 228 et note 3).

de conventions usuraires. Chacun des procédés est vivement critiqué par les auteurs.

Courvoisier se prononce contre l'annulation des mariages fictifs, parce qu'on ne peut la fonder ni sur l'art. 120 CCS, dont l'énumération est limitative, ni sur „l'indéfinissable concept de l'abus de droit“, ni sur le moyen tiré de la simulation, qui impliquerait une doctrine des *bona matrimonii*, ignorée de notre droit civil (p. 255). Nous-mêmes avons rejeté la rescission pour cause de lésion parce que, son fondement n'étant pas d'ordre juridique, mais d'ordre moral, elle n'a pas reçu une expression suffisante en droit (p. 299); notamment les trois états susceptibles d'être exploités pour qu'il y ait lésion aux termes de l'art. 21 CO participent de notions psychologiques, littéraires, mais non juridiques (p. 258).

Dans les deux travaux, l'examen des législations étrangères confirme l'impossibilité d'admettre dans les cadres du droit privé tant du moyen jurisprudentiel (mariages fictifs), que de celui tiré de l'art. 21 CO (rescission pour lésion) comme causes d'annulation d'actes librement consentis.

Mais les auteurs ne se sont pas contentés d'une conclusion négative. Ils ont proposé des remèdes positifs nettement définis aux maux que l'un et l'autre déplorent. Il est cependant remarquable que tous deux les aient trouvés en dehors du droit positif. C'est ainsi que Courvoisier voit le moyen pratique pour faire cesser les abus des mariages fictifs, conclus aux seules fins d'acquérir la nationalité suisse, dans le droit constitutionnel, dûton, sur ce point, reviser notre charte fondamentale (p. 283). Quant à la lésion, il faut préconiser, outre une meilleure compréhension de la bonne foi contractuelle („A mal moral, remède moral“, p. 172), le recours à la loi pénale. Sur ce dernier point, on peut se féliciter de l'art. 157 du Code pénal suisse, qui punit l'usure, soit la forme la plus choquante de la lésion. On aurait aussi tout lieu d'être satisfait, croyons-nous, d'une revision de l'art. 54 de la

Constitution fédérale, en y introduisant un délai d'un an pour l'acquisition, par l'étrangère qui épouse un Suisse, du droit de bourgeoisie du mari.

Les auteurs que nous analysons, loin de nier la nécessité d'une intervention du juge, se refusent à l'accepter sur la base des textes civils que nous possédons. Ils recommandent, en revanche, le recours devenu indispensable au législateur, mais assignent à son activité un champ qui se trouve hors des limites du droit privé.

★

Ils n'ignorent pas le mal, auquel ils contestent des remèdes d'ordre civil. Le scandale des mariages fictifs, la honte des conventions lésionnaires les ont même engagés à entreprendre leur travail. Ce serait sot de prétendre qu'ils se bornent à constater l'impuissance du droit devant la vie. Ils ne pensent pas que, si l'on refuse les moyens tirés du droit privé aux juristes, ceux-ci soient incapables d'empêcher les mariages feints et désarmés pour lutter contre l'exploitation contractuelle, ni qu'ils n'aient plus qu'à poser leur plume, qu'à abandonner leurs travaux et à se livrer à ceux des champs, puisque l'agriculture réclame des bras. (On a, à tort selon nous, attribué cette opinion à Courvoisier.) Ce que les deux auteurs ne se résolvent pas à admettre, c'est la pénétration dans le système du droit privé d'idées nouvelles, inutiles et délétères. Ils sont conscients de n'être pas pleinement approuvés. Mais ils pensent que sous le couvert de considérations sociales, sous l'empire du besoin, par raison d'équité, on ne doit pas tolérer l'introduction en droit d'une jurisprudence d'opportunité. Le trouble profond des temps que nous vivons ne durera pas toujours: or les idées critiquées, une fois admises, risquent bien de se perpétuer dans le corps du droit. L'équité est très belle, mais elle est distincte du droit. Si celui-ci doit en tenir constamment compte, il ne peut se laisser envahir par elle au point de perdre beaucoup de sa rigueur, donc de sa force.

Là réside le danger. C'est vers lui qu'on s'achemine, si l'on ne réagit vigoureusement. Personne ne conteste que certaines situations abusives ou choquantes nécessitent un remède. Mais il ne doit pas être recherché en droit privé. Les deux auteurs dont nous rapportons les travaux indiquent des soulagements en dehors de lui, dans des domaines du droit moins solidement établis sur la tradition, plus faciles à reviser⁵⁾.

Si bien que toute la question se ramène à savoir si le vieil adage de droit naturel *pacta sunt servanda* doit

⁵⁾ Il peut sembler audacieux de parler de lois faciles à modifier, s'agissant notamment de la constitution. Mais nous nous plaçons sur le terrain exclusif de la technique juridique. (Voir à ce sujet Du Pasquier, Claude: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Paris, Neuchâtel, 1937, nos 174 et suiv. p. 164 et suiv., spécialement n° 176 p. 166, où l'auteur définit la technique juridique „l'ensemble des procédés par lesquels le droit transforme en règles claires et pratiques les directives de la politique juridique“.) Or les difficultés que rencontre la révision de la Constitution fédérale, par exemple, ne sont pas toutes d'ordre juridique. Tant s'en faut. Elles sont principalement politiques et économiques. Du point de vue de la technique législative, il est peut-être même recommandable de procéder, de temps à autre, à des adaptations des règles constitutionnelles aux besoins nouveaux. — Que le droit public soit moins immuable que le droit civil, nous en voyons confirmation dans le fait que les constitutions changent ordinairement au gré des régimes tandis que le droit privé est maintenu intact. La France, au 19e siècle et tout récemment encore, offre à cet égard une éclatante illustration. — D'autre part, une modification de la constitution ne signifie nullement, comme on veut le faire croire parfois, un bouleversement général. Rappelons ce fait trop souvent oublié que la Constitution fédérale de 1874 n'a pas subi moins de trente-six modifications de diverses importances depuis son entrée en vigueur jusqu'au 1 novembre 1931, sans en être sérieusement altérée et sans perdre aucune de ses éminentes qualités démocratiques. Vingt-cinq autres projets constitutionnels ont été rejetés pendant la même période. Peut-on en dire autant du droit civil? Evidemment non. Et ni la double refonte du Code des obligations, ni la révision du titre du cautionnement qui présentent un caractère massif, exceptionnel et définitif n'infirment aucunement cette observation.

rester une règle ferme du droit. Et les deux ouvrages ne laissent aucun doute: *pacta sunt servanda* ne doit pas seulement signifier qu'un acte juridique est obligatoire pour les parties qui l'ont conclu, mais encore pour le juge qui doit l'apprécier. Le magistrat ne pourra intervenir que dans des cas limitativement énumérés. Il est dangereux d'introduire de nouvelles causes de nullité d'actes, causes que l'interprétation saine de la loi ne peut tolérer (nullité du mariage pour simulation) ou que la loi accepte à tort (rescission du contrat pour lésion). Tout droit deviendrait alors relatif, c'est-à-dire soumis à des restrictions imprévisibles, contingent, variable suivant le justiciable et les motifs qui l'ont engagé à passer l'acte, arbitraire même. Il perdrait de sa généralité nécessaire. Il n'offrirait plus aucune sécurité. Tout mariage pourrait être annulé pour cause de simulation, pourvu que les époux s'y prennent habilement. Tout contrat courrait le risque d'être rescindé, car aucun n'implique l'équivalence, sinon approximative. Il faut empêcher ce relativisme⁶⁾ juridique. Le droit fini-

⁶⁾ Nous prenons ici le terme „relativisme“ moins au sens de la philosophie générale que dans l'acception qu'on lui donne dans les sciences mathématiques et physiques. Voir à ce sujet l'article de Dimock (Marshall, E.): „Le professeur Walter Wheeler Cook et le relativisme juridique“ dans Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 1932, p. 575. Il n'est pas dénué d'humour ni d'intérêt d'observer que le professeur Cook avait commencé par faire des études de physicien. Mais, observe Dimock, „le succès de ses professeurs qui prétendaient que toutes les lois physiques étaient connues fut de courte durée. Le scepticisme de leur élève a depuis appliqué avec succès à la prétendue rigidité de la jurisprudence les concepts, qui révolutionnèrent les sciences physiques et les mathématiques. Personne en Amérique n'a mieux adapté les méthodes nouvelles de la physique à la technique juridique.“ Nous ne possédons que des exposés fragmentaires de cette doctrine qui paraît toutefois bien résumée dans les considérations suivantes de Dimock (p. 576): „A l'inverse de ce qui a lieu dans les sciences physiques où les vérités universelles ont été remplacées par des hypothèses et des postulats, où la géométrie d'Euclide et les mathématiques ne sont plus considérées comme des axiomes et des réalités, mais comme une „trame logique“,

rait par être si fortement influencé par l'équité qu'il se réduirait à elle.

Il est déjà contaminé par les doctrines sociales et même politiques au point qu'il est parfois rendu méconnaissable. Et cette relativité du droit, tendance toute générale, est tous les jours plus marquée.

Le juge ne doit pas intervenir dans des matières traditionnellement laissées à l'autonomie des parties. Les résultats choquants peuvent être guéris sans appel au droit privé. Le mouvement d'érosion du droit ne doit pas continuer. Il est pourtant indéniable de nos jours. Que valent, hélas, les principes du droit romain et ceux du droit

d'une façon générale, la pensée juridique s'en tient encore aux idées du 19e siècle sur la symétrie logique et à l'emploi non critique du raisonnement syllogistique. Comme l'a dit le mathématicien Keyser, „les anciens absous cosmiques: le temps absolu, l'espace absolu, la matière absolue, la loi naturelle absolue, la vérité absolue, ont disparu. Le règne de la relativité inauguré par les sciences fondamentales doit accomplir une révolution correspondante, profonde, discrète peut-être, mais tout aussi inévitable, dans le domaine des idées et des institutions humaines.“ On croit rêver. Dimock énonce quelques propositions impliquées par la théorie du professeur Cook (p. 577): „Des cas nouveaux se présentent souvent aux tribunaux. Au contraire de l'ancienne notion qui déclare les règles et les principes inaltérables et parfaitement adéquats pour trancher toutes questions qui peuvent se présenter, la jurisprudence relativiste insiste sur le fait que de nouvelles règles doivent être créées afin qu'on ne soit pas obligé de déformer les anciennes et de provoquer ainsi une injustice inévitable.“ Et encore (p. 578): „Qu'ils le veuillent ou non, les juges sont obligés de légiférer. Justement parce qu'il n'y a pas deux causes identiques et par ce que des interprétations sont inévitables, le juge est obligé de choisir entre des analogies concurrentes et parfois de trouver des routes nouvelles. Il n'y a là rien de répréhensible, c'est une nécessité naturelle et inéluctable.“ Ces assertions, prises dans leur ensemble, sont stupéfiantes. Elles concernent en premier lieu, il est vrai, le système juridique anglo-saxon. Mais on songe avec effroi que leur portée prétend être générale et convenir aussi bien à l'Europe qu'outre-Atlantique. Elles autorisent des conséquences que leur auteur, en posant ces prémisses, n'a probablement pas aperçues en droit continental.

naturel! On ne saurait ni les mépriser, ni les délaisser. Ce sont eux qui nous ont légué le droit tel qu'il est parvenu encore au début du 20e siècle. On les renie pourtant ouvertement aujourd'hui, au nom de considérations politiques. Les deux auteurs ne contestent pas les besoins nouveaux. Ils ne croient pas qu'ils justifient un ébranlement de l'ordre juridique et des fissures à l'édifice du droit privé.

Ils n'imaginent pas, tels des Don Quichotte, des obstacles pour le plaisir de les combattre. Plusieurs relativismes juridiques, plus ou moins poussés ou en des matières différentes, sont concevables en tant que doctrines⁷⁾. La relativité du droit, elle, est actuellement incontestable. Elle n'est que la conséquence de l'abandon avec la complicité des juristes, des principes essentiels du droit⁸⁾. Nous avons choisi deux exemples dans des domaines bien distincts, il en est beaucoup d'autres⁹⁾.

★

La réaction contre l'effritement du droit nous paraît symptomatique. Il faudrait savoir si elle est générale. En l'occurrence elle émane de la jeune fraction de la Faculté de droit de Lausanne. Elle ne rencontre pas toujours une absolue approbation chez les maîtres qui ont formé ces élèves renégats. Elle est étonnante parce qu'elle se manifeste chez les jeunes qu'on aurait cru plus ouverts

⁷⁾ Voici par exemple en quels termes Ripert, Georges, formule le relativisme de Josserand, Louis: „De l'esprit des droits et de leur relativité“, Paris, 1927, dans „La règle morale dans les obligations civiles“, 3e éd. Paris, 1935, n° 103 bis, p. 195: „Elle (la doctrine de Josserand) tend en effet à placer toutes les actions humaines sous le contrôle du juge et à exercer ce contrôle moins sur la valeur morale des actes que sur leur valeur économique ou sociale.“

⁸⁾ Nous songeons uniquement aux principes du droit privé. L'abandon de plusieurs postulats du droit pénal, considérés comme surannés, constitue un incontestable progrès.

⁹⁾ L'admission en droit de la théorie de l'imprévision et l'annulation des contrats pour cette cause, l'abandon marqué du formalisme, les atteintes de plus en plus considérables au droit de propriété, etc., participent aussi du relativisme juridique.

aux innovations juridiques que leurs savants professeurs. Ils ont pris peut-être l'enseignement trop à la lettre, ils ont cru trop aveuglément à la sécurité du droit, de sorte que son ébranlement leur paraît périlleux. Peut-être trop frais émoulus de la Faculté, sont-ils plus royalistes que le roi. Néanmoins il semble que la conscience de tout juriste se révolte devant les facilités de la jurisprudence ou les innovations de la loi. Moins tolérants que leurs maîtres, les disciples croient être plus respectueux des vérités premières du droit.

Cette attitude de sincère intransigeance révèle une profonde inquiétude. Les deux auteurs n'ont pas eu, par leur ouvrage, la présomption de révolutionner la science du droit, ni même d'y apporter une contribution définitive. Ils ont jeté un appel, qui mérite d'être entendu. Le relativisme du droit signifie sa perte.

Si leur thèse se fonde sur la loi positive (mariages fictifs) ou sur l'expérience des siècles (lésion) pour rejeter des causes nouvelles de nullité, on ne peut toutefois pas classer ces auteurs, malgré une certaine apparence, parmi des „positivistes acharnés“, comme on a voulu le faire pour Courvoisier. Au contraire. Ils appellent à l'appui de leur thèse le droit naturel. Celui-ci n'enseigne-t-il pas l'indissolubilité du mariage? N'ordonne-t-il pas de tenir la parole donnée, par conséquent d'exécuter le contrat? C'est donc concilier le droit positif et le droit naturel que de s'élever contre une reconnaissance du relativisme en droit.

Voilà un aspect de la vie de la Faculté de Lausanne. Elle reste toujours, comme on le voit, un foyer ardent de l'étude du droit. Les thèses audacieuses s'y affrontent. Les opinions hardies y sont tolérées, quand elles peuvent être défendues. Les discussions franches qui y ont lieu contribuent grandement à resserrer les liens entre professeurs et élèves. Il est pourtant singulier et paradoxal que, de nos jours, on se fasse taxer d'original en soutenant de vieilles idées conservatrices et qu'on passe pour conformiste en adoptant ou en approuvant des principes nouveaux et subversifs.
