

**CLAUDE DU PASQUIER**

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL  
MEMBRE DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE DU DROIT  
ET DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE  
JUGE AU TRIBUNAL CANTONAL NEUCHÂTELOIS

---

**Introduction**  
**à la théorie générale**  
**et à la philosophie**  
**du Droit**



**LIBRAIRIE**  
**DU RECUEIL SIREY**  
**PARIS 5<sup>e</sup>**  
**22, Rue Soufflot**

**ÉDITIONS**  
**DELACHAUX & NIESTLÉ s.à.**  
**NEUCHÂTEL**  
**4, Rue de l'Hôpital**

1937



## AVERTISSEMENT

« Je ne puis songer sans inquiétude, — écrit M. Paul Cuhe, — au désarroi d'une intelligence qui chercherait actuellement à s'initier sans guide à la philosophie du droit <sup>1</sup>. » Il faut reconnaître en effet que les idées générales dans le domaine du droit souffrent de confusion ; les limites des notions essentielles restent contestées et incertaines ; le vocabulaire est anarchique. Sans doute est-ce là ce qui éloigne de cette étude la masse des juristes.

Le livre que nous publions aujourd'hui n'a d'autre but que de servir de guide aux esprits désireux de creuser les problèmes généraux du droit ; c'est une « introduction », au sens le plus exact du terme. Il s'agit d'orienter progressivement le lecteur en partant des réalités les plus simples pour l'amener ensuite jusqu'aux problèmes les plus abstraits. Aussi avons-nous renoncé délibérément à donner aux chapitres du début une rigueur scientifique. Nous avons également évité l'emblée les termes techniques, nous efforçant, dans le cours de l'ouvrage, de les expliquer et de les faire assimiler graduellement.

Peut-être cette entreprise paraîtra-t-elle présomptueuse près les Introductions à l'Etude du Droit de M. May et de M. Bonnecase, après les brillantes séries de conférences

<sup>1</sup> Arch. Phil. Dt, 1931, p. 195.

*philosophiques publiées par M. Renard, après les lumineuses Leçons de Philosophie du Droit de M. Del Vecchio, après l'Einführung in die Rechtstheorie présentée sous forme de dialogue platonicien par M. von Hippel, après d'autres ouvrages encore, écrits à l'intention des étudiants par des professeurs non moins éminents. Toutefois notre livre ne correspond à aucun de ces types. Il s'efforce de tracer les traits essentiels du droit et d'en serrer de près la terminologie; là où apparaissent des divergences d'opinions, il embrasse méthodiquement l'ensemble des courants entre lesquels se partagent la théorie et la philosophie du droit de l'Europe continentale; il vise à fournir succinctement des renseignements objectifs en éclairant les doctrines modernes, y compris les plus récentes, comme la doctrine nationale-socialiste; mais il ne cherche pas à exposer une théorie personnelle, — se réservant simplement de prendre position par un chapitre de conclusions. Nous ne connaissons pas d'ouvrage de langue française qui réalise actuellement ce dessein. Nous croyons qu'il y a là une lacune et nous avons voulu la combler.*

\* \* \*

*Les pages qui vont suivre ne prétendent à aucune originalité de pensée. Si cependant on veut bien leur reconnaître une marque personnelle, c'est d'abord le plan général qu'il faut retenir. En effet, contrairement à la tradition, nous n'avons pas commencé par rechercher ce qu'est le droit; cette question est au contraire la dernière que nous traitons, car c'est la plus haute et la plus complexe. Une première*

partie familiarise le lecteur avec les manifestations courantes du droit et avec ses sources. La seconde partie s'attache à la théorie générale du droit, c'est-à-dire à l'analyse des instruments logiques dont se sert le raisonnement juridique. Enfin la porte de la philosophie du droit est ouverte par la troisième partie : il s'agit de se reconnaître entre les multiples conceptions du droit qui s'affirment dans la doctrine.

Une autre particularité de ce livre consiste dans son recours fréquent à des illustrations fournies par des décisions judiciaires. Joignant la qualité de juge à celle de professeur, nous avons en effet la préoccupation constante de rester sur le terrain des réalités. Où trouver une image plus réelle de la vie du droit que dans les litiges ? C'est pourquoi plusieurs chapitres sont suivis d'un appendice qui reproduit textuellement des extraits d'arrêts. Ceux-ci ont été empruntés au Tribunal fédéral suisse. La plupart d'entre eux étant rédigés en allemand, il a fallu les traduire ; aussi ne faut-il pas s'étonner si l'on n'y trouve ni l'élégance ni la concision des arrêts français.

\* \* \*

C'est tout d'abord aux étudiants qu'est destiné ce livre, fruit de quatorze ans d'enseignement à l'Université de Neuchâtel et de six semestres d'enseignement intérimaire à l'Université de Lausanne. S'il concerne en première ligne les étudiants suisses, nous croyons cependant qu'il pourra être utile aux étudiants d'autres pays et c'est pourquoi, autant que possible, nous avons choisi des exemples communs au droit suisse et au droit français.

*Notre ambition va cependant plus loin. Nous serions heureux que les praticiens, trop souvent rebutés par l'abstraction des ouvrages de science pure, prissent occasion de ces pages pour s'intéresser aux idées générales qui dominent ou imprègnent le droit. Ils pourront s'abstenir des chapitres I et II, trop élémentaires pour eux; puis, lorsqu'ils rencontreront un sujet qui leur est familier, il leur suffira de parcourir le paragraphe qui lui est consacré; mais nous attirons spécialement leur attention sur les chapitres VI et suivants.*

*Si, d'autre part, en dehors des milieux adonnés au droit, des esprits curieux de philosophie juridique veulent se mettre au courant, ils trouveront dans la troisième partie un aperçu général.*

\* \* \*

*La matière de cet ouvrage est immense. Il envisage des problèmes sur lesquels ont coulé des flots d'encre et dont les répercussions sont infinies. Dès lors, il ne peut qu'esquisser à grands traits. Il y a sans doute quelque témérité à vouloir aborder en un si bref exposé un tel monde d'idées. Nous nous résignons d'avance au reproche de superficialité, mais nous répétons que c'est une introduction qui, en traçant des avenues dans l'épaisseur de la forêt, doit simplement préparer à de nouvelles explorations et à d'autres lectures.*

*En outre nous avons dû renoncer à établir des listes de bibliographie. Nous nous excusons auprès de tous les auteurs qu'il aurait fallu citer et que nous avons passés sous silence. Nous nous sommes borné à indiquer soit des*

*ouvrages modernes devenus classiques, soit des publications récentes. C'est au sujet des auteurs suisses que nous avons estimé devoir nous montrer le moins incomplet*<sup>1</sup>.

*Les littératures juridiques de langues française, allemande et italienne ont fourni notre documentation. Nous nous sommes ainsi souvenu de la mission qu'assume historiquement la Suisse, carrefour de plusieurs civilisations : mettre en contact les cultures française, germanique et italienne*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La bibliographie des ouvrages que nous citons est indiquée en note, généralement lors de la première citation. La table des auteurs, à la fin du volume, porte en caractères gras les numéros des pages où figure la bibliographie complète d'un ouvrage. Lors donc qu'en consultant notre livre, on rencontre une référence dont on voudrait connaître la bibliographie (année, lieu, éditeur), il faut chercher le nom de l'auteur à la table spéciale, puis trouver la page (ou les pages) dont le chiffre est inscrit en caractères gras.

<sup>2</sup> C'est pour cette raison également que, conformément au vœu émis naguère par la Conférence des Facultés suisses de Droit, nous avons fréquemment indiqué entre parenthèses le mot allemand correspondant au terme technique français.

---

## CHAPITRE XI

# CONCLUSIONS

### § 51. *Qu'est-ce que le droit positif?*

314. **La réalité juridique.** — Nous avons vu au N<sup>o</sup> 268 que l'accord n'est pas réalisé concernant les frontières du droit positif; les uns ont une conception plus « juridique » et « légaliste », les autres une vision plus sociologique<sup>1</sup>. Entre des textes qui commandent et une société qui n'obéit pas, il faut se prononcer, non pas pour approuver ou critiquer, mais pour fixer la notion du droit positif.

Cette notion ne doit pas être déduite de principes; elle ne peut que s'induire de la réalité. Or la réalité donne la prépondérance au droit tel qu'il est appliqué; peu lui chaut la lettre morte et, même, peu lui chaut la rigueur logique. Lorsqu'une règle édictée par l'autorité étatique reste sans effet, c'est une branche d'où se retire la sève; elle se dessèche. Le droit positif est le droit vivant; il incombe au juriste d'y accommoder son raisonnement et nous accordons au juge une grande liberté à cet égard.

Cependant, si nous ne sommes pas légaliste, nous refu-

<sup>1</sup> Les exemples XXXVIII et XXXIX annexés à ce chapitre montrent comment le droit positif peut être considéré soit comme une dépendance logique de l'Etat dont il émane, soit, au contraire, comme une réalité sociologique.

sons notre adhésion aux subtilités artificielles du sociologisme psychologiste d'un Duguit et d'un Gurvitch; ce que ce dernier appelle du « droit social inorganisé » n'est qu'un ensemble d'idées éparées dans la masse, mais sans force juridique. Parce qu'en juin 1936, les foules ouvrières de France ont occupé impérativement les usines avec l'idée qu'il s'agissait d'un moyen légitime de revendication et parce que le gouvernement les a laissé faire, cela ne signifie pas encore que le droit de propriété se soit effondré. Il faudrait une pratique plus longue et plus répétée, confirmée par les tribunaux, pour que cette conclusion pût être tirée.

Nous croyons que l'Ecole sociologiste exagère lorsqu'elle dépeint le divorce entre le droit et l'Etat. Dans les sociétés contemporaines, les exemples de lois sans efficience sont exceptionnels. Le cas normal est celui des règles qui reçoivent de leur application par les organes de l'Etat la confirmation, sans cesse renouvelée, de leur force obligatoire. Il suffit d'ailleurs de constater avec quel empressement les groupements économiques cherchent à obtenir des lois et des ordonnances en faveur de leurs intérêts pour se rendre compte combien l'Etat est, à l'heure actuelle, au centre de toute réalité juridique.

315. La sanction. — Nous ne considérons pas la sanction comme une condition *sine qua non* de la qualité juridique; nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet (N<sup>o</sup> 262). La règle de droit positif est consacrée par un pouvoir social qui dispose de la sanction publique, — en droit international par la pratique et la reconnaissance de l'ensemble des Etats civilisés. Mais le fait qu'une règle déterminée qui présente ce caractère n'est pas pourvue d'une sanction ne lui enlève pas sa positivité juridique.

316. La primauté du droit international. — C'est aussi du point de vue de la réalité qu'il faut résoudre une ques-

tion que la théorie du droit international agite intensément depuis quelques années. Certains auteurs, en particulier l'Ecole de Vienne, au nom de l'unité logique du droit, et G. Scelle prétendent résoudre par la suprématie de la norme internationale les antagonismes possibles entre une règle de droit interne et une règle de droit international. Le droit interne serait dès lors lui-même conditionné, quant à sa validité, par le droit international, à qui appartiendrait la positivité suprême (positivisme moniste, N<sup>o</sup> 311 *in fine*).

Cette construction satisfait peut-être la logique, mais ne correspond pas à la réalité, du moins pour les Etats qui n'ont pas eux-mêmes incliné leur droit positif devant le droit international. Sans doute les violations du droit international dont se sont, au cours de l'histoire, rendu coupables divers Etats, n'ont pas pour effet de dissoudre le droit international : une règle reste positive tant que, dans l'ensemble des nations, elle est respectée et considérée comme obligatoire; sa validité ne dépend pas du bon vouloir de tel ou tel Etat pris isolément. Mais il n'en est pas moins vrai que cette reconnaissance tacite des divers Etats est le seul support de la règle internationale et que le système du droit des gens n'est pas l'œuvre d'une autorité supérieure. C'est dans ce sens que se vérifie le principe anglo-américain : « International law is a part of the national law. »

**317. La positivité du droit canon.** — Le droit canon est la réglementation organique de l'Eglise catholique. Il s'est développé dès les premiers siècles du moyen âge en un corps de droit qui a trouvé son couronnement dans la codification de 1917. Pendant plusieurs siècles, — en France jusqu'à la Révolution, — il fut admis que certaines institutions juridiques, en particulier le mariage, étaient réservées au droit canon; l'administration civile

exécutait certaines sentences des tribunaux ecclésiastiques. Il y avait là une sorte de délégation consentie par les sources ordinaires du droit en faveur de l'Eglise. Pour ces matières, les règles canoniques étaient donc agrégées au système juridique positif.

Actuellement il n'en est plus de même. La plupart des législations ignorent le droit canon et règlementent de leur chef le mariage, la sépulture des morts, etc. Dès lors le droit canon, en dehors de la cité du Vatican, n'a plus que la portée du statut interne de l'Eglise ou de règles auxquelles les fidèles catholiques se soumettent volontairement; l'Etat ne les sanctionne pas. Cette portée est néanmoins très grande en raison de la puissance de l'Eglise et des sanctions particulières qu'elle applique soit aux clercs, soit même aux laïques (censure, excommunication, etc.). Aussi le droit canon est-il généralement considéré comme un système juridique propre.

Il faut reconnaître que la société civile régie par l'Etat et la société religieuse se juxtaposent et, parfois, se heurtent. La première, seule, dispose de la force matérielle. L'Eglise catholique possède une réglementation détaillée, appuyée sur une longue tradition et développée scientifiquement; le droit canon a donc une technique juridique, mais il n'a pas la positivité au sens où nous l'avons entendue, ou du moins, il n'a qu'une positivité particulière et restreinte. Un système juridique ne peut souffrir de contradictions; là où le droit canonique et le droit étatique s'opposent, un seul des deux peut avoir la positivité; de nos jours, c'est l'Etat qui l'emporte.

**318. Définition.** — En finale, nous définissons le droit positif comme l'ensemble des règles régissant la conduite humaine et effectivement imposées par le pouvoir social.

§ 52. *Le droit et les valeurs*

**319. Jugements de valeur et sociologie.** — Si l'on se cantonne dans un positivisme pur, on se déclare satisfait lorsqu'on a déterminé la notion du droit positif. Mais si l'on pousse ses investigations jusqu'à l'esprit et au fondement du droit, on est conduit au problème des valeurs dans le droit, c'est-à-dire des critères en vertu desquels on décide que telle règle est bonne, telle autre mauvaise.

La sociologie a eu l'ambition de trouver en elle-même, sur un terrain purement scientifique, un principe régulateur du droit. S'inspirant de la biologie et de la notion de santé ou de maladie, elle a posé la distinction du normal, considéré comme un bien, et du pathologique, considéré comme un mal<sup>1</sup>. Grâce à la connaissance des lois qui président à la vie des sociétés, elle pourrait ainsi juger si telle règle est bonne ou mauvaise suivant qu'elle est favorable ou non à l'équilibre normal de la société. Bien que développée avec ce talent, cette théorie n'a pas fait fortune. On lui oppose la fragilité et l'inconsistance de son critère : il est en effet bien malaisé de reconnaître le normal du pathologique social ; si le normal se mesure à la fréquence d'un acte, devra-t-on considérer comme normaux, dans une société où ils foisonnent, l'avortement ou le divorce<sup>2</sup> ?

**320. Conception relative et conception absolue de la justice.** — Quelles que soient leurs divergences, toutes les théories que nous avons parcourues admettent que le droit reçoit certaines impulsions du sentiment de la jus-

<sup>1</sup> DURKHEIM, *Les Règles de la Méthode sociologique*, Paris, Alcan, 2<sup>e</sup> éd. 1901, chap. III.

<sup>2</sup> LE FUR, *Revue de Droit international*, 1925, p. 66.

tice soit par l'intermédiaire de l'État qui s'efforce de réaliser le juste, soit par l'influence des consciences dont l'accord dans une société constitue une force, soit encore directement par le poids des principes rationnels qui s'imposent à tout homme réfléchi.

Mais cette unanimité se disloque dès que l'on cherche à préciser, car les uns ont de la justice une conception toute relative, les autres une conception absolue. Pour les premiers, il s'agit de la justice telle que veut bien la comprendre l'État ou encore de la justice telle qu'à une époque donnée, une société donnée se la représente <sup>1</sup>. Pour les seconds, il s'agit de la justice fondée sur certains postulats immuables, indépendants des fluctuations et des éclipses que leur fait subir dans l'esprit des masses la versatilité des sociétés. Bref, pour les uns la justice, comme le droit, est un produit social; pour les autres, c'est un idéal gravé dans l'âme humaine à titre indélébile, une valeur spirituelle <sup>2</sup>.

**321. Essais de conciliation entre le sociologique et l'absolu.** — Ce fossé entre la réalité sociale et l'idée, entre le droit positif et le droit désirable, préoccupe dès longtemps les auteurs qui pensent le droit. Aussi de nombreuses tentatives ont-elles été faites pour les concilier en ramenant l'idée dans l'orbite de la réalité.

Déjà le philosophe Alfred FOUILLÉE, dans un livre aujourd'hui trop oublié <sup>3</sup>, entendait concilier l'idéalisme,

<sup>1</sup> Cette dernière notion est celle des sociologues et de DUGUIT; c'est également celle de DJUVARA (*Droit rationnel et Droit positif*, Recueil Gény, tome I, p. 257-258). De même A. AFFOLTER établit la notion du *droit éthique* qui trouve son expression dans l'opinion publique (*Das ethische Recht und der Staat*, Stuttgart, 1928, p. 22). Voir l'exemple XL annexé à ce chapitre.

<sup>2</sup> Cette divergence est illustrée par la controverse entre LE FUR et GURVITCH, Arch. Phil. Dt., 1933, Cahier II, p. 72-73.

<sup>3</sup> *L'Idée moderne du droit*, Paris, Hachette, nouvelle édition, 1920.

le réalisme et l'utilitarisme par la notion de l'*idée-force*, attribuant à certaines idées une puissance effective qui tend à les réaliser dans la société.

Plus tard, rappelons-le, DUGUIT (N° 277) et SCELLE (N° 280) ont fait dériver le droit qui régit une société, du sentiment de « socialité » et de solidarité répandu dans la masse. DAVY, après une étude critique des principales doctrines contemporaines, se place dans le sillage de Durkheim et pense trouver dans « la conscience collective » à la fois la réalité sociologique et l'idéalisme psychologique<sup>1</sup>.

HAURIU et RENARD (N° 278) voient dans « l'institution » le milieu social qui couve la spiritualité du droit.

Enfin GURVITCH (N° 279) acclimate la notion de « fait normatif » due au juriste russe PETRASIZKI et voit dans le droit « un essai de réaliser la justice » sur la base de faits sociaux créateurs de normes, phénomènes de communion. Ceux-ci engendrent, à côté du droit positif formel, un droit positif « intuitif », c'est-à-dire des normes issues d'une vision plus ou moins idéalisée, impliquée dans la mentalité d'une communauté. Il revendique pour cette conception l'étiquette *d'idéal-réalisme*<sup>2</sup>.

Toutes ces constructions sont fort ingénieuses, mais elles retombent malgré tout dans le sociologisme parce qu'elles s'en remettent aux jugements de valeur émanant de la masse et ne fondent pas le droit sur autre chose que les sables mouvants de l'opinion. Comme l'écrit Gaston Richard<sup>3</sup>, « la philosophie du droit et la sociologie juridique sont engagées dans un conflit insoluble si

<sup>1</sup> *Le Droit, l'Idéalisme et l'Expérience*, Paris, Alcan, 1922.

<sup>2</sup> *L'Idée de Droit social*, chap. IV, § 2.

<sup>3</sup> *Le Droit naturel et la philosophie des valeurs*, Arch. Phil. Dt., 1934, cahier I, p. 19.

les jugements de valeur (notamment la valeur morale) sont ramenés à des jugements de réalité que la société porterait sur elle-même. »

322. La valeur humaine. — Pour fonder le droit sur une valeur absolue, il faut donc renoncer à le rattacher exclusivement à l'ambiance sociale. C'est à l'idée de la valeur propre de l'homme que se rallient les partisans d'une notion absolue de la justice, conception traditionnelle à laquelle nous adhérons.

Cette idée n'a pas pour conséquence nécessaire de ramener la justice à un catalogue de droits individuels; elle ne se résout pas en un subjectivisme intransigeant. Elle interdit seulement de regarder autrui comme un simple moyen<sup>1</sup>. Elle implique, comme l'a montré Aristote (N<sup>o</sup> 221 *in fine*), une certaine égalité entre les hommes, mais à d'autres égards, elle proportionne à leurs mérites personnels ou à leurs ressources ce qu'elle leur attribue ou leur impose (*cuique suum*).

Evidemment le principe qui oblige l'homme à respecter en autrui son semblable n'est pas susceptible d'une démonstration logique. La raison pure est impuissante à soutenir cette notion de la justice contre une doctrine qui la taxerait de faiblesse ou, selon l'expression de Nietzsche, de « morale d'esclave ». Il faut faire appel à un sens plus profond et plus intime que l'on peut fort bien qualifier d'intuition<sup>2</sup> ou de sens spirituel<sup>3</sup>. C'est cet instinct qui s'indigne devant l'écrasement des faibles, devant l'arbitraire et la partialité. Et puisque la nécessité de respecter la valeur de l'homme ne se démontre pas, puisqu'elle repose sur une certaine conviction, une cer-

<sup>1</sup> Voir exemple XLI.

<sup>2</sup> GÉNY, *Science et technique*, tome II, p. 8.

<sup>3</sup> LE FUR, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1927, tome III, p. 388. Voir exemple XLII.

taine foi, il faut bien admettre qu'elle nous fait pénétrer dans le domaine de la métaphysique <sup>1</sup>.

Toutefois il faut se garder de dissoudre la justice dans le sentiment. S'il est vrai qu'elle a un fondement spirituel, s'il est vrai que, à défaut de règles positives, on a besoin de l'intuition pour accorder « à chacun le sien », il n'en reste pas moins qu'une fois rattachée à la dignité humaine, la justice se développe avec l'appui de la logique.

**323. La justice formelle.** — La justice, conçue comme le respect de la personne d'autrui, est logiquement antérieure au droit positif; ses principes sont valables indépendamment de toute règle juridique.

Mais on conçoit souvent aussi la justice comme l'application rigoureuse et impartiale des règles de droit: elle est égale pour tous et ne fait pas acception de personnes. Son effigie classique la représente les yeux bandés parce que son attention ne doit porter sur autre chose que sur le fléau de la balance. C'est là une notion formelle de la justice; elle ne nous indique pas ce que la formule *cuique suum* attribue à chacun (matière du droit), ni ce que constitue une lésion *illicite* d'autrui; elle implique seulement une limite apportée à la sphère d'action individuelle par des règles qui établissent la parité <sup>2</sup> et la réciprocité entre plusieurs sujets <sup>3</sup>.

**324. La sécurité juridique.** — Le fruit de la justice formelle est la sécurité juridique (*Rechtssicherheit*). Si le droit positif est appliqué de façon rationnelle et équilibrée, si la stabilité règne dans la vie juridique, les justiciables savent qu'ils peuvent en toute confiance se reposer sur le droit. Si, au contraire, c'est l'anarchie qui règne,

<sup>1</sup> LE FUR, Préface aux *Leçons de Philosophie du Droit* de Del Vecchio, p. XIV; *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 591.

<sup>2</sup> Voir exemple XLIII.

<sup>3</sup> DEL VECCHIO, *La Giustizia*, 2<sup>e</sup> éd., 1924, §§ IX à XI.

si les tribunaux se montrent versatiles et capricieux, si les pouvoirs législatif ou exécutif, par des décrets d'occasion, font des accrocs répétés à la constitution (voir exemple XLIV), la sécurité juridique est ébranlée<sup>1</sup>.

325. *L'équité.* — La justice n'est pas l'équité. Aristote déjà avait différencié ces notions, caractérisant l'équité comme la justice tempérée par la charité. La justice est générale; elle ne se préoccupe que des principes. L'équité, au contraire, s'intéresse aux circonstances particulières du cas et plie aux considérations qu'il suggère la rigidité de la règle<sup>2</sup>. Même un article de loi peut être plus équitable que juste: ainsi lorsqu'un acte illicite a causé un dommage à autrui, le juge peut, sauf le cas de faute grave, réduire «équitablement» les dommages-intérêts si la réparation intégrale du dommage expose le débiteur à la gêne (C.O. art. 44 al. 2). La justice exigerait une réparation totale et ne prendrait pas en considération la situation financière du fautif; seule l'équité apporte un tempérament.

Dans la pratique, les tribunaux se laissent souvent diriger par des considérations d'équité. Ils ont généralement raison<sup>3</sup>. Le législateur lui-même les y a encouragés en leur laissant souvent un large pouvoir d'appréciation et en leur recommandant alors d'appliquer «les règles du droit et de l'équité» (C.C.S. art. 4). Quant aux jurys criminels, ils sont aussi indifférents à l'idée de stabilité

<sup>1</sup> Sur le malaise causé en Suisse par le «droit de crise», voir le discours rectoral de HAAB, *Krisenrecht*; — GIACOMETTI, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft, Festgabe Fritz Fleiner*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1937, p. 45 et suiv.

<sup>2</sup> Voir exemple XLV.

<sup>3</sup> C'est aussi l'opinion d'Henri DE PAGE (*A propos du Gouvernement des Juges. L'Équité en face du Droit*, Bruxelles, Bruylant — Paris, Sirey, 1931).

que sensibles à la pitié; plus que de la justice ils s'inspirent de l'équité, — ou de ce qu'ils prennent pour l'équité.

**326. L'ordre.** — Souvent on rattache la justice à l'ordre. Si, par là, on entend l'ordre social tel que nous l'avons caractérisé au N<sup>o</sup> 11, on affirme que la justice en est un élément nécessaire.

Hauriou, cependant, n'hésitait pas à déclarer que la justice et l'ordre social sont souvent en opposition, la justice ayant pour but *l'aequum et bonum*, tandis que l'ordre social tend à la fois à la stabilité et au développement évolutif<sup>1</sup>.

Il est certain que, dans une société bien réglée, l'ordre social et la justice vont de pair. Mais entre ces deux notions, il n'y a pas identité. Une majorité peut opprimer une minorité : l'ordre social, mais non point la justice, y trouve son compte. Dans certaines crises, un gouvernement peut être obligé, pour sauvegarder l'ordre, de consentir à l'injustice. Lors du procès du Christ, c'est pour sauvegarder l'ordre social que Pilate a fait relâcher Barabbas et crucifier l'innocent. Lors de l'affaire Dreyfus, les partisans de la revision n'auraient-ils pas sauvegardé l'ordre social s'ils avaient sacrifié la justice en abandonnant leur campagne ?

On prête fréquemment au mot « l'ordre » un sens plus étendu et plus philosophique; on y englobe l'ordre moral, reflet lui-même de l'ordre universel : c'est le point de vue thomiste. « La raison humaine, écrit Renard, n'est qu'un instrument de recherche propre à nous faire découvrir l'Ordre du monde, dont le droit naturel n'est qu'un palier et, par delà l'Ordre du monde, la Raison souveraine du Créateur du monde<sup>2</sup>. » La notion de l'ordre pivote ainsi

<sup>1</sup> *Précis de Droit constitutionnel*, p. 36 et suiv.

<sup>2</sup> *Le Droit, l'Ordre, et la Raison*, p. 97.

sur elle-même et nous projette en pleine métaphysique religieuse.

**327. Le bien commun.** — Nous retrouvons l'École thomiste en ceux qui font du bien commun une des valeurs primordiales du droit. Il s'agit ici d'un point de vue *téléologique* qui subordonne le droit à un but déterminé. Nous avons vu au N<sup>o</sup> 303 plusieurs définitions qui gravitent autour de cette idée. L'intérêt collectif qui sert de mesure est, pour le droit interne, celui du pays qui constitue la communauté juridique; pour le droit international, on invoque l'intérêt général de l'ensemble des nations en spécifiant qu'il prime l'intérêt national.

Il faudrait avoir le goût du paradoxe pour nier que le droit ne doive servir le bien public. Seules font fi de l'intérêt général les doctrines politiques qui prêchent la lutte de classes pour assurer la prédominance d'une partie de la population sur l'autre <sup>1</sup>.

Toutefois la notion du bien commun est fort élastique. Elle n'est pas toujours susceptible de fournir un contenu solide. Les intérêts opposés se neutralisent souvent et, même si le but est précis, l'aptitude d'un moyen à l'atteindre est souvent sujette à controverses. Que d'hésitations, par exemple, a fait surgir le fameux dilemme contemporain : inflation ou déflation !

Au surplus, entre le bien commun et la justice ne règne pas un accord nécessaire et permanent. C'est pour satisfaire au bien commun, pour éloigner un homme politique dont la présence suscitait des rivalités funestes, que les Athéniens pratiquaient l'ostracisme, mesure souvent injuste.

Enfin la finalité de l'intérêt collectif risque parfois de s'enfler au détriment de la liberté individuelle. Le natio-

<sup>1</sup> LE FUR, *Les grands Problèmes du Droit*, p. 95.

nalisme juridique l'a hypertrophié au point d'effacer parfois toute autre considération. « Dans l'Etat national-socialiste, écrit le Dr Franck, commissaire du Reich à la Justice, le droit ne peut jamais être qu'un moyen pour le maintien de la sécurité et le développement de la communauté de la race et du peuple <sup>1</sup>. »

**328. Les relations de la justice, du bien commun et de la sécurité juridique.** — Comment combiner les diverses valeurs dont s'inspire le droit et que nous venons de relever ? C'est à peu près le problème auquel a été consacré, en avril 1937, la troisième session de l'Institut international de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. La question était posée en ces termes : « Le but du droit : bien commun, justice, sécurité juridique. »

La quasi-unanimité des orateurs a reconnu que le but essentiel du droit était la justice. Encore celle-ci a-t-elle été conçue sous diverses nuances ; les uns lui ont donné un aspect *formel*, soulignant le caractère de généralité nécessaire à ses règles et l'égalité que doit comporter leur application ; les autres ont incliné vers la *matière* de la justice et l'ont rattachée à la valeur de l'homme, substance spirituelle.

Ceci posé, il s'agissait de savoir si le but du droit était uniquement la justice ou si celle-ci entraînait en concurrence avec le bien commun et la sécurité juridique. C'est alors qu'on a vu se dessiner des divergences. D'une part les constructeurs, les intellectualistes ont élaboré d'admirables synthèses, intégrant le bien commun et la sécurité juridique dans la justice, réalisant ainsi une harmonie doctrinale et assurant au droit l'assise de l'absolu ; à cet effet, ils appréciaient le bien commun en fonction de la

<sup>2</sup> *Nationalsozialismus im Recht*, N° 1 de l'*Akademie für Deutsches Recht*, p. 8.

personne humaine <sup>1</sup>. D'autre part, les analystes, les réalistes ont souligné les conflits qui peuvent surgir entre les exigences de la justice et celles du bien commun ou de la sécurité juridique; ils comprenaient le bien commun soit comme la réalisation de l'ordre public, soit surtout comme le bien de l'Etat, voire même comme l'opportunité politique <sup>2</sup>. D'un côté, c'était plutôt le point de vue de la philosophie, de l'autre, celui de la sociologie.

A notre avis, l'euphorie reflétée par les tendances harmonisatrices doit être regardée comme l'état normal du droit qui satisfait à la fois la raison et les besoins sociaux; c'est le but qu'il doit atteindre. Mais il ne s'ensuit pas que, dans la réalité, la justice, le bien commun et la sécurité juridique prennent toujours des directions convergentes. La vie du droit, comme celle du corps humain, a des faiblesses qui s'échelonnent du simple malaise à la crise aiguë. Un sain équilibre entre le sens moral et le sens pratique, chez les gouvernants et chez les juges, est seul susceptible de les prévenir ou de les guérir.

### § 53. *Qu'est-ce que « le droit » ?*

329. Notion, fondement, but, idée. — Après avoir déterminé les valeurs auxquelles doit satisfaire le droit pour accomplir la haute mission qui lui incombe, il nous reste à savoir s'il convient de les intégrer dans la notion du droit.

A ce sujet, une fois de plus, nous devons relever une

<sup>1</sup> Rapport du R. P. DELOS, Discours inaugural de LE FUR, communications de DJUVARA et de RÉGLADE.

<sup>2</sup> Rapport de RADBRUCH, qui voit même entre ces trois notions une véritable antinomie; communications d'Alessandro LEVI et de Gerhard LEIBHOLZ.

certaine confusion dans la terminologie, qui accuse même un certain trouble dans les idées. Entre la notion, le fondement, le but, l'idée du droit, les distinctions sont nébuleuses; suivant les auteurs, on emploie indifféremment l'un ou l'autre de ces termes pour exprimer des pensées analogues. On dit, par exemple, que la justice s'incorpore à la notion de droit ou qu'elle est le fondement du droit ou le but du droit ou qu'elle représente l'idée du droit; on emploie même d'autres vocables encore comme le principe ou l'essence.

La *notion* d'une chose est fournie par les éléments qui servent à la définir : genre prochain et différence spécifique<sup>1</sup>. Elle indique à la fois les caractères essentiels et les limites de cette chose. Bref la notion du droit nous dit ce qu'est le droit. C'est à peu près ce qu'on entend lorsqu'on parle de l'*essence* ou de la *nature* du droit.

Le *fondement*, c'est soit la base logique, soit la justification morale. C'est le principe premier duquel on déduit les principes seconds. Le terme de fondement donne une image empruntée à l'art du bâtiment; il implique une construction qui s'élève de bas en haut; le fondement est le point de départ. Il est plaisant de constater que si l'on pense à des déductions successives, c'est plutôt une image descendante qui surgit : ainsi la « norme fondamentale » du système de Kelsen peut être représentée comme la règle initiale à laquelle est *suspendu* l'ensemble d'un droit positif.

Il n'est pas nécessaire de définir le *but* ou, en langage philosophique, la *fin* : il implique l'idée d'un résultat désirable parce que bon, donc un jugement de valeur; il comporte aussi la différenciation du but et du moyen.

<sup>1</sup> Le *Vocabulaire de la Philosophie*, de LALANDE, au mot « notion », renvoie à « connaissance » dont le sens B est énoncé comme suit : « Acte de la pensée qui pénètre et définit l'objet de sa connaissance. »

Enfin l'idée du droit, en tant que pensée animatrice de la substance du droit, se rapproche soit du fondement, soit du but (v. N<sup>o</sup> 310).

Ces précisions posées, est-ce du point de vue de sa notion, de son fondement, de son but ou de son idée qu'il faut envisager les relations du droit avec les valeurs qui l'inspirent ?

Le sujet proposé pour sa troisième session par l'Institut international de philosophie du droit considérait la justice, le bien commun, la sécurité juridique, comme des buts du droit. Mais la philosophie thomiste enseigne qu'en toute chose, il y a identité entre son principe et sa fin<sup>1</sup>; le droit, « étant ajustement de l'action à un but, tient de ce dernier sa vertu régulatrice et motrice »<sup>2</sup>. De même, dans son rapport à cette session de l'Institut de philosophie du droit, le R. P. Delos déclarait qu'on ne peut poser les buts du droit en dehors de l'ordre juridique lui-même; ils lui sont à la fois immanents et transcendants. Del Vecchio rattache le fondement du droit à la conception téléologique<sup>3</sup>. Demogue<sup>4</sup>, Gény<sup>5</sup>, Bonnecase<sup>6</sup>, sous la rubrique de « notion de droit », traitent le même problème que Le Fur<sup>7</sup> et Réglade<sup>8</sup> sous le titre de « fondement du droit », ou Stammler sous celui d'« idée du droit »<sup>9</sup>.

En somme, tout se ramène à la nature du droit. Il n'y a guère que les néo-kantiens qui s'attachent à la distinction entre la notion formelle et l'idée. Ce qu'il faut déter-

<sup>1</sup> R. P. LACHANCE, *Le Concept de Droit selon Aristote et St Thomas*, p. 91.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 84.

<sup>3</sup> *Lezioni* p. 338-341.

<sup>4</sup> *Les Notions fondamentales du Droit privé*, chap. I.

<sup>5</sup> *Arch. Phil. Dt.*, 1931, p. 9.

<sup>6</sup> *La Notion de Droit en France*.

<sup>7</sup> *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 7.

<sup>8</sup> *Arch. Phil. Dt.*, 1933, Cahier II, p. 166.

<sup>9</sup> *Theorie der Rechtswissenschaft*, VI.

miner, c'est si certaines valeurs sont inhérentes ou non au droit, si elles s'incorporent à sa notion : c'est le problème que nous avons posé au N° 254.

**330. Le procès de la notion du droit.** — La notion du droit positif ayant été élucidée (§ 51), il reste à savoir si la justice ou telle autre valeur s'y amalgame et si c'est leur union qui constitue la notion du droit. Ou bien, au contraire, la justice est-elle un élément extérieur au droit ?

Que l'assujettissement du droit positif à la justice soit souhaitable, c'est évident. Qu'en fait, le droit positif des nations civilisées s'inspire largement de la justice, c'est incontestable. Néanmoins des conflits sont possibles; le passé et le présent fournissent assez d'exemples de règles juridiques contraires à la justice. Le droit positif, lorsqu'il est injuste, a-t-il encore la qualité de *droit* ou faut-il, au contraire, dire avec Le Fur qu'« un droit injuste est la négation du droit »<sup>1</sup> ? Selon cette dernière théorie, il n'y a droit que si une règle est à la fois positive, c'est-à-dire consacrée par l'autorité sociale, et juste. Sa validité dépend ainsi de la justice et n'est acquise que par un contrôle d'ordre philosophique. Le vrai droit est le droit naturel.

**331. Le droit injuste.** — Le conflit entre le droit positif et le droit naturel est la pierre de touche du problème. Il est lui-même une des questions classiques de la philosophie du droit. La Déclaration des Droits de l'homme l'avait résolu de façon quelque peu simpliste en proclamant le droit de résistance à l'oppression. Mais quelles sont les circonstances constitutives de l'oppression ? Quand la résistance est-elle légitime ?

Les auteurs contemporains qui admettent la primauté

<sup>1</sup> *Arch. Phil. Dt*, 1935, Cahier II, p. 15; *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 119.

du droit naturel s'inspirent à la fois de la tradition catholique qui permet de refuser l'obéissance à la loi humaine contraire aux ordres de Dieu, et des idées libérales de la Révolution; ils paraphrasent ainsi la formule fameuse : « sortir de la légalité pour rentrer dans le droit ». Mais ils n'approuvent l'insubordination que dans des cas vraiment graves, l'entourant d'un « réseau de restrictions » et se lançant dans de délicates distinctions. Gény n'autorise la résistance que pour le maintien des droits individuels de l'homme et lorsque la loi oppressive est entachée d'une injustice « grave, évidente, irréparable »<sup>1</sup>. Judicieusement comprise et sagement contenue, elle reste, à son gré, « le palladium suprême de la justice et du droit »<sup>2</sup>.

Hauriou, en 1929, proclame que le gouvernement soviétique, qui rompt avec les institutions civilisées, ne saurait être reconnu comme pouvoir de droit; la résistance à son oppression est donc légitime<sup>3</sup>.

**332. Hétérogénéité du droit naturel et du droit positif.** Ainsi les théoriciens qui proclament la supériorité effective du « droit » sur la légalité font pénétrer dans le droit positif un élément étranger, capable de le paralyser, voire même un élément révolutionnaire. Evidemment, il arrive souvent que le droit positif apporte lui-même un correctif à l'injustice de son application, par exemple en refusant la protection de l'abus du droit ou en prévoyant l'annulation de l'abus de pouvoir; il absorbe alors une parcelle de droit naturel qu'il légalise; dès lors il n'y a plus de

<sup>1</sup> *Science et Technique*, tome IV, p. 122.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 134; voir aussi *Zft f. schw. R.*, tome 49, p. 92. Dans le même sens : RENARD, *La Valeur de la Loi*, p. 233 et suiv. et DABIN, qui cependant ne considère pas le problème comme concernant le droit proprement dit, mais le résout par « la prévalence du droit moral sur le droit juridique » (*La Philosophie de l'Ordre juridique positif*, p. 167).

<sup>3</sup> *Précis de droit constitutionnel*, p. 32.

conflit. Mais si, contre un impératif incontestable du droit positif, on intronise un « droit de résistance » fondé sur le droit naturel, on ménage dans l'édifice du droit une fissure capable d'en compromettre la solidité. L'ordre juridique positif et l'Etat qui toléreraient cette insubordination se renieraient eux-mêmes.

Même les partisans les plus convaincus du droit naturel admettent que le juge reste soumis au droit positif et que rien ne l'autorise à fonder ses jugements sur le droit naturel<sup>1</sup>. Cela revient à dire que seul le droit positif régularise la vie sociale et que le droit naturel manque d'efficience.

On voit clairement que, sinon par sa matière, du moins par ses sources et ses effets, le droit naturel est une discipline profondément différente du droit positif. Entre les principes du premier et les règles du second, des conflits peuvent être aigus; l'un est enraciné dans la réalité des faits, l'autre reflète l'idéal humain. On ne saurait les ramener à une notion unique du droit.

**333. Droit naturel et morale.** — Dès lors, faut-il se rallier à la terminologie d'une certaine tradition et admettre le droit naturel, tout en se souvenant des profondes différences qui le séparent du droit positif? — Ce dualisme ne porte en soi rien qui nous choque. Mais est-il bien nécessaire? Ne nous conduit-il pas à un « trialisme » superflu : droit positif, droit naturel, morale? Et le droit naturel ne se confond-il pas avec la morale?

Ici les adeptes du droit naturel se récrient. Ils s'opposent à ce qu'ils considèrent comme « la résorption du droit dans la morale » et comme un romantisme dangereux<sup>2</sup>. A leurs yeux, c'est confondre le *juste*, valeur sociale,

<sup>1</sup> GÉNY, *Science et Technique*, tome IV, p. 122.

<sup>2</sup> BONNECASE, *Science du droit et Romantisme*, Paris, Sirey, chap. IV.

objet du droit, et le bien, valeur humaine, objet de la morale <sup>1</sup>.

Personnellement, nous trouvons artificiel ce compartimentage du droit naturel (ou justice) et de la morale. Pour nous, le juste est un des aspects du bien; l'un et l'autre sont fondés sur la valeur propre de l'homme <sup>2</sup>. Et si l'on veut à tout prix les séparer, auquel des deux faudra-t-il attribuer l'équité ?

D'ailleurs, sur ce point, les théoriciens du droit naturel ne sont pas tous d'accord entre eux; il en est plusieurs qui en font simplement une partie de la morale <sup>3</sup>. C'est de ces derniers que nous nous déclarons le plus proche <sup>4</sup>.

**334. Le fondement de l'obligation.** — Ainsi se résout fort aisément la question du droit injuste, qui revient à celle du fondement de l'obligation.

Le droit, nous l'avons vu, pose des injonctions et,

<sup>1</sup> De même, René CAPITANT (*L'Illicite*, p. 123 et suiv.) sépare ce qu'il appelle « le droit idéal » et la morale, le premier visant la réalisation d'un ordre social, le second celle d'un ordre individuel. Mais il nous semble que les fins sociales et individuelles sont entremêlées. Selon Capitant (p. 177), la règle juridique d'assistance aux indigents est formulée en vue d'une meilleure organisation sociale « parce que les indigents semblent un danger et une laideur dans la société ». Nous pensons au contraire que l'assistance aux indigents se fonde sur l'idée que le corps social a le devoir de sauver ceux qui n'ont pas le nécessaire, devoir de charité, donc devoir moral transposé en règle juridique.

<sup>2</sup> Aucun des critères par lesquels on a cherché à différencier le droit naturel de la morale ne nous paraît déterminant. Le plus net est celui qui reconnaît le droit naturel au caractère impératif-attributif de ses règles. Mais nous avons vu au N<sup>o</sup> 264 que la morale aussi peut être attributive.

<sup>3</sup> DABIN, *La Philosophie de l'Ordre juridique positif*, p. 25; RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 95 et suiv.; MOOR, *Arch. f. Rechts-u. Soz. Phil.* tome 28, p. 347.

<sup>4</sup> Au surplus, le dualisme du droit embrouille la terminologie: ainsi RENARD, à propos de l'injuste législation de la Russie actuelle, explique qu'il l'appelle « le droit soviétique » bien que ce ne soit pas du droit (*La Valeur de la Loi*, p. 56).

dans de nombreux cas, les renforce de sanctions. Mais, par le fait de son hétéronomie, il ne saurait régenter les consciences. C'est la morale qui « oblige » à respecter le droit <sup>1</sup>. En présence d'une règle de droit injuste, c'est la morale qui décide s'il est permis de la violer sans manquer à ses devoirs d'homme et de citoyen.

« Et qui donc décide de l'obligation d'obéir au droit ? » demande à son père l'étudiant dans le dialogue imaginé par von Hippel <sup>2</sup>.

— « Ce sont actuellement les instances de l'Etat, donc les tribunaux, répond le père, mais en dernière instance, c'est chacun qui décide de cette obligation dans sa propre conscience. Il n'y a pas d'autre issue...

— « Ne tombe-t-on pas dans le subjectivisme si on s'en remet à la conscience individuelle ?

— « Erreur positiviste !... Dans la conscience est Dieu et non pas l'homme. En lui se manifeste non pas un arbitraire personnel, mais quelque chose d'objectif, la loi divine. »

**335.** « Le droit » tout court. — En définitive, nous admettons deux notions : le droit (positif) et la morale (qui englobe le droit naturel). C'est la position prise par un certain nombre de juristes illustres auxquels nous nous rallions. Citons en particulier Carré de Malberg <sup>3</sup> et Ripert <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dans ce sens : RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* p. 43; — DABIN, op. cit. p. 767; — R. P. DELOS, *Arch. Phil. Dt*, 1933, cahier II, p. 109. — Pour SCHOLTEN, ce sont même les convictions religieuses. *Arch. Phil. Dt*, 1934, cahier II, p. 155.

<sup>2</sup> *Einführung in die Rechtslehre*, p. 33.

<sup>3</sup> *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1921, p. 207.

<sup>4</sup> *Droit naturel et Positivisme juridique*, Annales de la Faculté de Droit d'Aix, nouvelle série, N<sup>o</sup> I, p. 35 et suiv.; *La Règle morale dans les Obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, N<sup>os</sup> 13 à 18.

Ceux-ci se sont fait vertement tancer : Le Fur leur reproche d'avoir détourné le mot « droit » de sa signification courante<sup>1</sup>. Or ceux qui se refusent à séparer la notion du droit de celle du droit naturel et ceux qui voient simplement dans le droit la règle effectivement appliquée dans une société se disputent le mot « droit », chacun le revendiquant pour sa conception. Si on considère la langue usuelle, on doit donner raison aux deux partis, car le mot « droit » s'emploie couramment dans son sens moral et dans son sens positif. Cette question de terminologie n'a d'ailleurs, à nos yeux, qu'une portée restreinte. Le tout est d'éviter des confusions et c'est pour cela que nous ne prenons le mot « droit » que dans une seule de ses acceptions, celle de la vie pratique, celle des techniciens, celle de la réalité. Le juge « dit le droit » ; or c'est selon le droit positif qu'il prononce. A la question : « Qu'est-ce que le droit ? » nous répondons donc : C'est le droit positif.

Ajoutons que cette délimitation ne rejette nullement le droit public dans la morale, comme le prétend Réglade<sup>2</sup>, car, comme critère du droit positif, ce n'est pas à la sanction effective que nous regardons, mais à l'autorité qui consacre la règle et la fait respecter (N<sup>o</sup> 315). Dès lors, les règles du droit public, même non munies de sanctions, appartiennent au droit positif.

**336. Le droit et la force.** — On nous taxera de positivisme ; acceptons provisoirement l'étiquette, nous nous expliquerons plus loin à ce sujet. Nous nous exposons ainsi à la critique habituelle : l'État est un fait, nous dira-t-on ; ceux qui détiennent le pouvoir peuvent l'avoir acquis par la force ou par la ruse ; si vous admettez que

<sup>1</sup> *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1927, tome III, p. 37 ; *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 166.

<sup>2</sup> *Arch. Phil. Dt.*, 1933, Cahier II, p. 177.

c'est la volonté des gouvernants qui fait le droit, vous identifiez le droit à la force.

Il faut reconnaître que la force peut monopoliser le droit à son profit. L'histoire en a donné des exemples fréquents et, de nos jours, la dictature soviétique, — bien que mise au ban du droit par Hauriou et beaucoup d'autres, — applique une réglementation d'acier qui fait bon marché de la justice. De même, diverses lois de l'Allemagne nouvelle, en particulier celles qui restreignent les droits des Juifs, sont contraires au droit naturel et règnent sinon par la force brutale, du moins par la force de l'idéologie enfoncée dans les cerveaux de la masse. Cela n'empêche pas que ces règles, lorsqu'elles reçoivent une application cohérente, ne gouvernent en fait la vie publique et privée de ces nations et ne constituent un système où quelques idées fondamentales se développent logiquement. Il serait puéril et vain de déclarer : ce n'est pas du droit.

Cependant, il y a entre le droit et la force cette différence que le droit suppose des règles stables, une application normalisée et s'oppose ainsi à l'idée de la force déchaînée. Le droit, par sa fixité même, tend vers la sécurité juridique; mais là où ne règne que l'arbitraire sans frein, — le monde contemporain nous en fournit aussi des exemples, — il n'y a que la force sans le droit.

### § 54. *Le droit et la morale*

**337. Différenciation du droit et de la morale.** — Il est maintenant possible de définir nettement les rapports du droit et de la morale.

Le droit est la règle positive, l'injonction du pouvoir social sous laquelle vit effectivement une collectivité; il est une réalité.

La morale est la règle à qui l'homme se sent obligé d'obéir pour accomplir le bien, pour respecter sa propre humanité et celle d'autrui; elle est d'essence spirituelle.

Ces deux notions sont distinctes. La morale domine le droit en ce que nous le voulons orienté par elle. Mais il ne faut pas dire que le droit ait pour mission de la réaliser, car il serait à la fois tyrannique et inapplicable s'il avait la prétention de dicter tous les impératifs moraux. Il représente bien plutôt, comme on l'a dit souvent, le minimum de morale susceptible d'être imposé par la contrainte.

338. Pénétration de la morale dans le droit. — D'autre part, la morale circule à l'intérieur du droit positif comme le sang dans le corps<sup>1</sup>. Le droit d'une société, en effet, est profondément inspiré par le sens de la justice inhérent à cette collectivité. Chez les peuples à niveau moral inférieur, cet esprit du droit est bien loin de l'idéalisme affiné que nous a donné la civilisation; cet idéalisme joue dans le droit un rôle d'autant plus important que la qualité de la culture est plus élevée.

C'est ainsi que le droit de famille pose des devoirs généraux qui sont en somme des devoirs moraux. Il en est de même de la bonne foi en droit des obligations ou dans les droits réels, des devoirs des magistrats et des fonctionnaires. L'article 2, al. 2 C.C.S., en refusant la protection légale à « l'abus manifeste d'un droit », a même implicitement proclamé la victoire de la morale sur le droit strict. Cette connexité du droit positif et de la morale explique pourquoi la transition de l'un à l'autre est si insensible (N<sup>o</sup> 263, 2<sup>e</sup> alinéa).

Nettement distincts du point de vue notionnel —

<sup>1</sup> RIPERT, *La Règle morale dans les Obligations civiles*, N<sup>o</sup> 14 et suiv.; — JOSSERAND, *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité*, Paris, Dalloz, 1927, p. 324-325; — FEHR, *Recht und Wirklichkeit*, p. 57.

quant à leur « forme », — le droit et la morale entremêlent donc leur matière <sup>1</sup>. C'est pourquoi, sur une grande partie de leurs surfaces, ils coïncident; mais, comme nous l'avons vu au N<sup>o</sup> 265, il est une portion considérable de la morale qui reste étrangère au droit. Nous savons aussi que plusieurs auteurs incluent tout le droit dans la morale, opinion que nous ne partageons pas, car nous estimons que le droit contient des règles techniques qui n'intéressent pas la morale. En somme, nous nous représentons le droit et la morale non comme deux cercles concentriques (image de Bentham), mais comme deux cercles qui se coupent : la partie commune contient les règles qui cumulent la qualité juridique et le caractère moral.

**339. La stabilité de la morale.** — L'intégration de la justice, par conséquent du droit naturel ou du droit idéal, dans la morale, a-t-elle pour effet, comme on l'a prétendu, l'abandon des principes rationnels et fermes et un glissement vers les fluctuations subjectives ?

Nous l'avons montré au N<sup>o</sup> 322, la justice elle-même et, avec elle, le droit naturel ont une origine intuitive. Ce fut, au début de l'École du Droit naturel, une illusion que de croire à la toute-puissance de la raison pour déduire le droit de la nature humaine; on en est revenu. Le droit naturel et la morale ont le même fondement, une réaction instinctive, mais pas exclusivement rationnelle, de l'homme civilisé.

Mais il ne faut pas en conclure que la morale soit un idéal flottant. « En faisant une large part à l'émotion dans la genèse de la morale, dit Bergson, nous ne présentons nullement une morale de sentiment <sup>2</sup>. » S'il est vrai que la morale ne se démontre pas et qu'elle n'inter-

<sup>1</sup> Voir exemples XLI, XLVI et XLVII.

<sup>2</sup> *Les deux Sources de la Morale et de la Religion*, Paris, Alcan, 2<sup>e</sup> éd. 1932, p. 44.

dit pas absolument le paradoxe, il n'en est pas moins vrai qu'elle a derrière elle une tradition et qu'elle est soutenue par une opinion générale, par un *consensus*. Nous n'entendons pas nous lancer ici dans l'épineux problème du fondement de la morale, mais nous pouvons observer que la morale comporte quelques principes permanents qui condamnent, sans fluctuations possibles, certains égoïsmes tout en recommandant certains altruismes. Elle enseigne aux hommes à se détourner des fins particulières pour se vouer au bien de tous. Les prix de vertu décernés par l'Académie française n'ont jamais soulevé de controverse dans l'ordre de la morale. Si la morale était si mouvante, le législateur aurait-il fait entrer dans le droit positif des principes purement moraux comme celui des bonnes mœurs, de la bonne foi, de la loyauté commerciale (C.O., art. 24, ch. 4), voire même de l'équité ?

340. Morale et conception de la vie. — Nous admettons donc que sur la morale et plus particulièrement sur la morale sociale, sur la justice, peuvent se fonder des jugements absolus de valeur, capables de diriger le droit et d'en légitimer la critique. Seulement nous reconnaissons que la morale n'est pas une discipline isolée, un compartiment fermé du domaine de la pensée, mais qu'elle se rattache à une philosophie de la vie ou, comme disent les Allemands, à une « *Weltanschauung* » qui implique l'adhésion à des valeurs suprêmes<sup>1</sup>.

Or notre civilisation a reçu sa substance de courants spiritualistes. Un premier afflux est venu de la sagesse antique, spécialement du stoïcisme. Ensuite et surtout, le

<sup>1</sup> FEHR met en lumière l'union inséparable de la conception du droit (*Rechtsanschauung*) et de celle du monde (*Weltanschauung*) (*Recht und Wirklichkeit*, p. 16 et 161). L'Abbé LECLERCQ estime que « la justice est indéfinissable en dehors d'une conception de l'homme et du monde. » (*Leçons de Droit naturel*, tome I, 1, p. 212.)

christianisme a pétri la morale, réalisant un accord stable entre elle et le sens populaire de la justice. C'est ainsi que, même sur des bases laïques, s'est enracinée l'idée de la valeur spirituelle de l'homme, combinée avec celle de la solidarité familiale et nationale. Voilà le ciment de la société actuelle; voilà aussi le principe fécond de son progrès. Des idéologies d'égoïsme, de haine ou d'anarchie tentent aujourd'hui de la saper; le matérialisme, la lutte de classes, le bolchévisme menacent la civilisation. La morale basée sur la tradition fournit un idéal assez solide pour sauver la justice tout en assurant au droit sa nécessaire évolution.

341. *Les composantes du droit.* — Avec la morale, d'autres facteurs concourent à façonner le droit : ce sont des éléments d'ordre pratique, les besoins sociaux, les nécessités des services publics, bref les exigences du bien commun. D'autre part le droit est limité par les possibilités de réalisation. Aussi rejoignons-nous les conclusions d'un certain nombre d'auteurs — et particulièrement de juristes suisses — qui voient dans le droit un équilibre entre les préoccupations morales et les nécessités pratiques.

Eugène HUBER, l'auteur du Code Civil suisse, comptait l'éthique, la logique, la force collective organisée, les réalités de la vie sociale, parmi les éléments — on pourrait dire « les composantes » — du droit <sup>1</sup>.

W. BURCKHARDT voit dans l'Etat la clef de l'organisation juridique, mais il l'assujettit à l'obligation morale de créer un droit qui réalise son but, c'est-à-dire l'idée du droit. La justice est un postulat et se dérobe à toute démonstration, comme la beauté <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Recht und Rechtsverwirklichung*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1920.

<sup>2</sup> *Die Organisation der Gemeinschaft*, II<sup>e</sup> partie, III<sup>e</sup> section, 1;

D. SCHINDLER, appliquant la méthode dialectique de Hegel, décrit une tension permanente entre des pôles opposés; les principes éthiques d'une part, les besoins pratiques, le « vital », de l'autre, déterminent le contenu du droit <sup>1</sup>.

**342. Autorité et liberté.** — Cet ajustement du droit et de la morale est aussi le seul qui nous satisfasse lorsqu'il s'agit de situer l'Etat. La mission de l'Etat est de sauvegarder les intérêts généraux d'une collectivité; à cet effet il est le maître du droit positif. Mais il est lui-même dominé par les principes d'ordre moral qui lui enjoignent de respecter la justice. Il n'est pas seulement un moyen de coordination juridique; il est valorisé « par une substance humaine et idéale » <sup>2</sup>. De même, les devoirs du citoyen envers l'Etat chevauchent sur le droit et la morale.

Le subjectivisme individualiste est sans doute en harmonie avec la morale. Mais il ne s'impose que dans la mesure où, dans une collectivité, règne le sentiment du devoir et particulièrement du devoir envers le pays. Il a triomphé par la Déclaration des Droits de l'homme à une époque d'optimisme où l'on faisait confiance au citoyen; on ne voyait alors que deux termes : d'une part l'Etat tout-puissant contre lequel il fallait se mettre en garde; d'autre part, l'individu isolé, faible et désarmé. Depuis lors les individus ont usé de la liberté qui leur était concédée pour se grouper et se coaliser; leurs associations sont devenues des puissances susceptibles d'écraser d'au-

*Methode und System des Rechts*, § 11; *L'Etat et le Droit*, rapport présenté à la Société des Juristes suisses, Zft. f. Schw. R., 1931, p. 137a et suiv.

<sup>1</sup> *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zurich, Schulthess, 1932; *Recht und Staat*, rapport présenté à la Société des Juristes suisses, Zft. f. Schw. R., 1931, p. 268a et suiv.

<sup>2</sup> WACKERNAGEL, *Der Wert des Staates*, Basler Studien der Rechtswissenschaft, Bâle 1934, p. 34.

tres individus et de menacer le bien commun. On a alors abusé de la liberté; celle-ci a été retournée contre elle-même et la morale n'y a point trouvé son compte.

Une solution toute faite du problème de la liberté et de l'autorité ne nous est donc pas fournie par l'idée du juste. L'équilibre se réalise diversement suivant l'ambiance sociale. Si l'Etat est conçu par tous comme la patrie, force spirituelle d'attraction, la liberté s'appuie sur le loyalisme; elle peut être large. Si, au contraire, se dressent des groupements subversifs et destructeurs, contempteurs des traditions essentielles de la nation, l'autorité doit s'affirmer avec énergie pour maintenir la cohésion. S'il est vrai que, comme l'écrit le juge fédéral Hans Huber, « l'autorité ne se justifie que comme éducation à la liberté »<sup>1</sup>, on doit cependant admettre, avec le professeur Favre, que « l'ordre public est avant tout un ordre moral et qu'un désordre moral existe dès le moment où s'opère la propagation de doctrines immorales et anti-sociales »<sup>2</sup>.

**343. Le positivisme idéaliste.** — En définitive, si notre conception borne le droit au droit positif, c'est que nous entendons rester sur le terrain des réalités. Nous ne pouvons appeler « règle de droit » des préceptes qui n'ont reçu de l'autorité sociale aucune consécration et qui ne se reflètent nullement dans les faits.

Mais, d'autre part, nous n'entendons pas garder en face du droit positif une neutralité sans principes. Nous prétendons l'animer et l'apprécier au nom des valeurs dont nous proclamons la suprématie : justice, c'est-à-dire morale, sécurité, utilité commune, selon un équilibre

<sup>1</sup> *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte*, rapport présenté à la Société suisse des Juristes, Zft. f. Schw. R. 1936, p. 197a-198a.

<sup>2</sup> *L'Evolution des Droits individuels de la Constitution*, rapport présenté à la Société des Juristes suisses, Zft. f. Schw. R. 1936, p. 392a.

dont il n'existe aucune formule mathématique, mais que le sens moral, aidé de la logique, peut seul déterminer. Notre positivisme est donc idéaliste.

L'idéalisme que nous proclamons trouve son épanouissement lorsque le droit intègre largement les valeurs morales. Droit et morale, notions distinctes, deviennent alors, dans la réalité, des vases communicants. C'est parce que le droit est vivifié par la morale qu'il est une des plus hautes disciplines de l'esprit humain.

### § 55. *La science du droit et sa méthode*

344. **Le droit envisagé comme science.** — Le droit, tel que nous l'avons présenté est un ensemble de règles régissant en fait une communauté déterminée, liées entre elles par la cohérence logique, inspirées des buts suprêmes de la collectivité et de ses conceptions morales. La coexistence des diverses valeurs que le droit est appelé à réaliser pratiquement n'est pas sans provoquer entre elles des oppositions, ni sans soulever des problèmes complexes. C'est à la science du droit qu'il appartient de les résoudre, c'est-à-dire à l'étude réfléchie des règles juridiques et de leurs répercussions.

La science du droit se développe dans plusieurs directions :

a) Elle consiste d'abord dans l'étude d'un droit positif déterminé, dont elle pénètre le système et l'esprit.

b) En tant qu'elle juxtapose, confronte et classe plusieurs systèmes positifs et les institutions qui les composent, elle se livre à l'étude du *droit comparé*.

c) La science du droit ne se borne pas à examiner le présent; elle étudie aussi le passé, c'est-à-dire l'*histoire*

*du droit*, dont les enseignements sont indispensables à la claire compréhension du droit contemporain.

d) Lorsque la science du droit, s'élevant au-dessus de la *lex lata*, cherche à fixer la nature du droit en le situant parmi les autres disciplines de la pensée et en déterminant les valeurs dignes de l'innover, elle se place sur le plan de la *philosophie du droit*, contiguë à la psychologie et à la métaphysique.

e) Si, au contraire, indifférente aux constructions de la pensée personnelle, elle s'attache aux rapports réels entre les sociétés et le droit, si elle cherche à découvrir « des constantes » dans les phénomènes sociaux qui engendrent le droit ou qui en découlent, elle s'adonne à la *sociologie juridique*<sup>1</sup>.

345. Caractère scientifique du droit. — Le terme de science du droit, bien que courant, est-il adéquat ? On l'a parfois contesté. En particulier, le professeur LUNDSTEDT, de l'Université d'Upsal, a lancé un ouvrage polémique au titre retentissant : « Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft »<sup>2</sup>, ce qu'on peut traduire par « le caractère non scientifique de la science du droit ». Il y soutient qu'il n'existe ni droits subjectifs, ni règles de droit, ni, par conséquent, droit positif. Toutes les notions dont se nourrit la science du droit ne sont que des illusions, des chimères (Aberglauben) : ce sont des croyances dont l'origine remonte aux temps de la magie et qui tiennent de la superstition du droit naturel : elles sont irrationnelles. Dans la réalité telle que la voit Lundstedt, il n'y a là qu'un complexe de facteurs psychiques qui déterminent l'attitude des organes de l'Etat et des indi-

<sup>1</sup> La différenciation de la science du droit, de la philosophie du droit et de la sociologie juridique est exposée par René HUBERT dans *Arch. Phil. Dt.*, 1931, cahier I, p. 43 et suiv.; mais il prend « science du droit » dans le sens restreint de « science du droit positif ».

<sup>2</sup> Berlin-Grünwald, Rothschild, 1932.

vidus, tout en étant, réciproquement, déterminés par elle<sup>1</sup>. On croit communément que ce sont des règles de droit qui actionnent la machinerie juridique; bien au contraire, c'est le fonctionnement des institutions juridiques qui détermine la croyance aux règles, aux droits, aux obligations; on a confondu l'effet avec la cause.

C'est là le point de vue d'un sociologisme intransigeant et paradoxal qui n'est pas sans rappeler certaine thèse de Durkheim et la théorie d'Emmanuel Lévy. Il conduit l'auteur à la conclusion que le droit se meut en dehors de toute logique et reste étranger à la science proprement dite.

Nous ne pouvons entreprendre ici la réfutation de cet ouvrage; d'autres l'ont déjà fait. Il faut être animé d'un parti-pris pour nier que le mécanisme intellectuel par lequel tant de tribunaux prononcent tous les jours tant de jugements n'est pas englobé dans la réalité. Il suffit d'ailleurs de se reporter à ce que nous avons dit plus haut de l'application du droit, du système et de l'interprétation, pour comprendre le rôle immense joué par la logique dans cette application du droit.

Or un ensemble logique est objet de connaissance scientifique. Le droit, sans doute, n'est pas une science exacte fondée sur les mathématiques. Il ne recherche pas les lois de la nature, rapports nécessaires de cause à effet. Mais sa cohérence logique lui donne droit de cité dans le royaume des sciences parmi les sciences dites « morales et politiques ».

**346. Le droit envisagé comme art.** — Toutefois la logique n'est pas tout dans le droit. Nous avons vu que les notions morales le pénètrent profondément et que l'intuition entre en jeu pour les saisir et les appliquer. Nous savons

<sup>1</sup> *Ibid.* p. 253.

que l'interprète du droit a besoin de tact et de mesure pour trouver le meilleur équilibre entre les diverses composantes des règles juridiques. C'est pourquoi l'on a parfois soutenu que le droit tenait plus de l'art que de la science.

Le droit est certainement un art en même temps qu'une science. A cet égard, il ressemble à la médecine. Sur la base d'un ensemble de connaissances rationnellement ordonnées, le juriste doit trouver le moyen d'atteindre un but. Pour le praticien, il s'agit de sauvegarder des intérêts privés, pour le juge et l'administrateur, de déterminer dans le cadre du droit positif une solution équitable et utile. L'art du législateur est plus complexe encore : s'inspirant du droit déjà en vigueur, des données sociologiques et d'un idéal élevé, il doit découvrir et formuler les normes les plus justes, les plus claires, les plus maniables, les mieux adaptées à leur milieu d'application.

Si ceux qui appliquent ou créent le droit poussent l'art jusqu'à l'artifice, si la recherche de buts particuliers leur fait oublier les principes incorporés à la science, il appartient aux gardiens de la doctrine d'élever la voix pour leur rappeler la fermeté du droit<sup>1</sup>.

347. La méthode. — La méthode est l'ensemble des procédés intellectuels que met en œuvre le juriste pour découvrir la vérité juridique. Dans un sens très voisin, on parle souvent de la « théorie de la connaissance juridique » qui détermine les voies par lesquelles l'esprit atteint les règles juridiques.

La méthode employée par une science dépend de son objet. Or les divergences que nous avons constatées en

<sup>1</sup> C'est ce que viennent de faire, en France, RIPERT par son livre récent : *Le Régime Démocratique et le Droit civil moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1936, — en Suisse GIACOMETTI et HAAB par les ouvrages cités plus haut, p. 319, n. 1.

face de la notion du droit se retrouvent quant à l'exposé de la méthode. Sans doute, il y a des procédés de technique que chacun reconnaît comme des outils nécessaires à l'exercice du raisonnement juridique; nous en avons rendu compte en étudiant la logique juridique. Mais dès qu'on veut pousser plus loin les investigations sur la méthode dans le droit, les écoles se heurtent.

Ceux qui voient le droit sous l'angle de la sociologie dépeignent naturellement la méthode juridique comme celle de l'observation sociologique. Les normativistes, au contraire, se placent sur le plan strictement logicien. Les idéalistes font culminer le droit dans la philosophie de la justice. Enfin les éclectiques font à la fois la part du raisonnement déductif, celle de l'induction sociologique et celle de la méthode téléologique <sup>1</sup>.

Cet éclectisme nous paraît nécessaire en raison même de la nature complexe du droit. La logique, évidemment, assure la solidité de l'édifice juridique; sans elle, il n'y a pas de sécurité et l'on tombe dans l'arbitraire. Mais à lui laisser prendre toute la place, on fige le droit en préceptes rigides qui trahissent sa mission sociale et morale; elle doit être assouplie soit par l'observation des réalités pratiques, soit par le sens de la solidarité et de la justice. Les divers systèmes juridiques combinent ces éléments dans des proportions variables; celui du droit suisse ouvre largement la porte aux influences morales; les impondérables y jouent un rôle important et font passer insensiblement le droit de la science à l'art.

348. **Le juriste.** — Après les observations synthétiques qui précèdent, on ne saurait se représenter le juriste par-

<sup>1</sup> Gregor EDLIN s'est élevé avec vigueur contre tout monisme de la méthode (*Rechtsphilosophische Scheinprobleme*, Zurich, 1932; *Rechtsphilosophische Scheinprobleme und der Dualismus im Recht*, Berlin-Grünwald, Rothschild, 1932).

fait comme un rat de bibliothèque, exclusivement rempli d'une science livresque et pédante, habile seulement à manier les subtilités de la logique juridique. Intellectuellement, il doit sans doute raisonner avec précision et rigueur; il doit savoir démêler dans un écheveau de faits les différents rapports de droit et caractériser leur nature juridique; sinon il n'a pas « l'esprit juridique ». Mais il doit également se pénétrer des valeurs intégrées dans le droit.

En tant qu'arts, le droit et la jurisprudence, dit Hau-riou, « sont des trouveurs de vérité sociale, des créateurs d'ordre social et de justice »<sup>1</sup>. Le juriste doit donc rechercher avec art l'équilibre, souvent subtil, qui réalise le juste. Et puisqu'au-dessus du droit lui-même, nous plaçons les principes moraux, il nous plaît d'affirmer en terminant que le « bon juriste » n'est pas celui qui, dans le dédale des préceptes juridiques, sait manœuvrer avec souplesse; le bon juriste allié à la connaissance rationnelle et scientifique du droit la noblesse morale qui, seule, donne du prix à la vie humaine.

## A p p e n d i c e

### ILLUSTRATIONS TIRÉES DE LA JURISPRUDENCE

Exemple XXXVIII. La positivité d'un droit étranger liée à la reconnaissance de l'Etat dont il émane (N<sup>o</sup> 314)

Schinz c. Bächli. — 4 juin 1926. — A. T. F. 52 I, p. 218; J. T. 1926, p. 638.

*En 1919, deux Suisses résidant en Russie avaient conclu un contrat de prêt. Rentrés plus tard en Suisse, ils furent*

<sup>1</sup> *Précis de droit constitutionnel*, p. 62.