

CONCLUSION

Il apparaît que le passage de l'état de nature à l'état civil implique une substitution d'une logique politique du Tiers à une stricte logique théologique par le Tiers, mais emporte avec lui la permanence d'un schème : la médiation divine. Il semble en effet que la réduction immanentiste ne soit jamais complète. Le souverain hobbesien remplit bien la fonction de Dieu. Il est aux yeux des hommes dans l'état civil ce que Dieu est aux hommes dans l'état de nature, soit le garant des conventions. Il est même plus, si l'on considère qu'il n'arbitre pas seulement, mais qu'il promulgue également la règle qui décidera le différend. Ainsi le Tiers souverain est-il bien un Tiers-arbitre dont la tâche, pour arbitrer, doit être de promulguer.

Au-delà de la distinction ontologique, le Souverain cependant prend la place du Tiers divin – pour ce qui regarde la garantie des conventions – tout en n'effaçant pas toute référence au divin. L'ambiguïté du serment civil attesté Haut. Dieu demeure – dans la politique de Hobbes – le Juge du Souverain lui-même. Celui qui en dernier lieu déterminera si oui ou non le souverain a transgressé les lois de nature, lesquelles s'imposent donc comme une *Nova* absolue : « La Fonction du souverain (qu'il s'agisse d'un monarque ou d'une assemblée) est contenue dans la fin pour laquelle on lui a confié le pouvoir souverain, et qui est le soin de la *sûreté du peuple* : il y est obligé (obliged) par la loi de nature, et il est obligé d'en rendre compte à Dieu, auteur de cette loi, et à nul autre (to render an account there of to God, the author of that law, and to none but him) »⁴⁹.

L'écriture du *Léviathan* présente en effet Dieu comme une réponse provisoire et précaire à une question – la garantie des conventions – qui ne trouvera que dans l'état civil sa réponse définitive. Mais logiquement, le Tiers est une place que la pratique du Serment désigne et honore, et que le Pacie respecte. L'Autre nous semble donc toujours l'autre nom du Tiers.

Tout en réservant au domaine de la croyance la question de l'existence de Dieu nous pouvons reconnaître dans ces remarques, une *vérité* de la figure du Tiers.

Tout-puissant, impartial et désintéressé il *paraît* inhumain. Fût-il humain trop humain, il conserve cependant l'allure du Transcendant.

Ainsi, la *position* ou la *place* du Tiers – qu'elle soit ou non celle de Dieu – paraît étrangère aux hommes, ex-centrée, autre.

LA NATURE ET LE SENS DU SERMENT SELON LES JUSNATURALISTES DU XVII^e SIÈCLE

Simone GOYARD-FARRE

Université de Caen

Tout porterait à croire qu'au XVII^e siècle, à l'heure où, l'homme s'avancant au devant de la scène philosophique et juridique pour y supplanter Dieu, le rationalisme prépare son triomphe, le serment, malgré la solennité traditionnelle qu'il conserve, n'est plus qu'un moment accessoire des contrats ou des obligations. C'est ce que dit explicitement et sèchement Hobbes, en 1651, dans le *Léviathan* : le serment est solennel mais dépourvu d'efficace et inopérant.

« Le serment n'ajoute rien à l'obligation. Car une convention, si elle est légitime, vous lie aux yeux de Dieu, en l'absence de serment aussi bien qu'en cas de serment ; et si elle est illégitime, elle ne lie pas du tout, fût-elle même confirmée par un serment »¹.

Cependant, à bien des égards, Hobbes est un moderne dans un monde encore marqué par la tradition. Dans le même temps, l'École du droit de la Nature et des Gens, que nous envisagerons ici à travers Grotius² et Pufendorf³, adopte, quant à elle, une position plus nuancée, c'est-à-dire plus complexe. D'une part, le fait que les deux juriconsultes consacrent l'un et l'autre un chapitre de leur maître-ouvrage au problème du serment⁴ est le signe de l'importance qu'ils accordent à cette notion. Grotius rappelle que « de tout temps, et parmi tous les peuples, on a regardé le serment comme ayant beaucoup de force par rapport à l'obligation des promesses, des conventions et des contrats auxquels on l'ajoute »⁵. Il est malaisé de rompre d'un seul coup avec

1. Hobbes, *Léviathan*, chap. XIV, in trad. F. Tricaud, Sirey, 1971, p. 142.

2. Hugo Grotius publie en 1625 son *De jure belli ac pacis*. Nous nous référons à la traduction donnée par Barbeyrac sous le titre *Droit de la guerre et de la paix* (citée DGP), rééd. dans la Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1984.

3. Samuel Pufendorf publie en 1672 son *De jure naturae et gentium*. Nous nous référons à la traduction donnée par Barbeyrac sous le titre *Le droit de la nature et des gens* (citée DNG), rééd. dans la Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1987.

4. Cf. Respectivement, Grotius, *DGP*, livre II, chap. XIII. Pufendorf, *DNG*, livre IV, chap. II.

5. *DGP*, II, XIII, § 1.1.

une tradition longue et obstinée. — Toutefois, d'autre part, on s'aperçoit très vite, en lisant le *Droit de la Guerre et de la Paix* ou le *Droit de la Nature et des Gens*, que leurs auteurs, dans leur analyse du serment, adoptent une démarche sinueuse en laquelle se juxtaposent des reminiscences classiques et une conception de l'homme et de ses actes qui cherche sa modernité. Or, ces deux tendances coexistent en paraissant ne pas s'articuler véritablement l'une à l'autre. Cela explique l'ambivalence qui, dans leur jusnaturalisme, entoure le concept du serment. Celui-ci, malgré le traitement quasi-scientifique dont il est l'objet, est nimé d'un halo de flou très épais, si épais que l'on peut s'interroger sur le fondement de validité de cette opération procédurale qui prend une allure d'épiphénomène : le serment, en s'ajoutant aux promesses et aux conventions, n'en est un élément ni constitutif ni régulateur.

Afin de percer la pénombre d'un concept qui n'apparaît assurément pas en ces œuvres comme clair et distinct et qui, comme tel, est loin de répondre à l'idéal de rationalité que cisèle la philosophie du XVII^e siècle, nous procéderons en deux temps : nous scrutons d'abord dans les textes mêmes le statut apparemment contradictoire du serment dont le concept est tiraillé entre le théologisme qui est le legs de la tradition et l'humanisme individualiste qui est la tentation de la pensée juridique moderne; dans un second moment, nous montrerons que la double figure du serment n'est pas, chez les juristes du droit naturel, l'antinomie qui ferait éclater la validité de son concept et tendrait à sa disqualification, mais le signe de l'incapacité qu'a le jusnaturalisme moderne à autonomiser le droit.

Au fil de ces deux démarches, qui nous conduiront de l'*analytique* à la *dialectique du serment*, nous apparaîtra son exemplarité : il est la figure prototypique de l'équivocité qui marque alors la doctrine juridique.

L'ANALYTIQUE DU SERMENT

On ne trouve pas d'entrée de jeu une définition nominale du serment chez les jurisconsultes de l'École du droit naturel. Grotius rappelle l'importance que les auteurs anciens, Grecs ou Latins, et les Textes sacrés accordaient au serment parce qu'il confère aux engagements des hommes « la plus grande des sûretés que l'on puisse avoir »⁶. Pufendorf signale que le serment « est une espèce de sûreté » qui « donne beaucoup de poids et de créance à nos discours »⁷, soit qu'il accompagne la conclusion des conventions (c'est le « serment obligatoire »⁸), soit qu'il assure qu'une chose est vraie (c'est le « serment affirmatif »⁹), dont Grotius disait qu'il sert à terminer les différends¹⁰. En revanche, les deux jurisconsultes s'accordent à dénoncer sans détour la gravité du parjure et des maux qu'il engendre¹¹. Il est en outre frappant que,

6. *DGP*; II; XIII, § 13.1.

7. *DNG*; IV; II, § 1.

8. *DNG*; IV; II, § 19.

9. *DNG*; IV; II, § 20.

10. *DGP*; II; XIII, § 13.

11. *DGP*; II; XIII, § 1.2; § 10; *DNG*, IV, II, § 1, 21, 23.

malgré le foisonnement des références à l'histoire qui ponctuent leurs analyses, ni Grotius ni Pufendorf ne cherchent à valider le concept de serment par son inscription dans l'expérience ou dans le temps. Leur démarche prend un sens autrement profond et révèle d'emblée l'ancrage théologique du serment : « chose très sainte et très inviolable », dit Pufendorf, le serment « est un acte religieux par lequel on assure une chose en prenant Dieu à témoin »¹². Grotius, moins net dans le dédale d'une écriture surchargée de citations, considère que, « selon le droit de nature »¹³, le serment est « une promesse envers Dieu »¹⁴. A la définition nominale, est donc substituée dans les textes, dès l'abord, la connotation sémantique essentielle à l'acte du serment : *il a un caractère sacré*.

Néanmoins, c'est bel et bien l'homme qui, par cet acte, « prend Dieu à témoin »¹⁵, après délibération et non sans en avoir appelé à sa raison¹⁶. Le serment, en effet, est « parole d'homme » : celui-ci exprime un engagement solennel destiné à pallier les risques de violation de la foi. Comme tel, il implique, chez un homme dont on n'a de cesse de répéter la fragilité naturelle, la rectitude et l'honneur d'une conscience.

Ainsi se dévoile, dès le principe, l'ambivalence et, partant, l'équivocité sémantique du serment qui, tout ensemble, requiert la transcendance de l'instance divine et l'engagement de la conscience humaine, nonobstant sa précarité. On voit ainsi se conjindre dans l'étude du serment *deux références philosophiques* : *l'une à Dieu, l'autre à l'homme*. Toute la question est de savoir si, dans les théories jusnaturalistes, cette conjonction est superposition ou connexion.

L'horizon théologique du serment

Cicéron, qu'approuve explicitement Grotius, voyait dans le serment une « affirmation religieuse »¹⁶, de sorte que la promesse faite « en prenant à témoin la Divinité » ne pouvait, sans un parjure éminemment condamnable, donner lieu à rétractation. De même, pour Pufendorf, l'acte religieux du serment entraîne que celui qui jure devant Dieu « renonce à sa miséricorde » et « se soumette aux effets de sa vengeance » s'il manque à sa parole¹⁷.

Le serment, qui relève de la foi jurée, requiert donc l'existence d'une juridiction dont la supériorité est, en dernière instance, celle de la transcendance divine : « Tout serment, dit Grotius, doit se réduire à ceci qu'on en appelle à Dieu »¹⁸; Pufendorf déclare de même : « Comme il n'y a que la Divinité qui voie tout et qui puisse tout, il est clair qu'on ne saurait, sans

12. *DNG*; IV; II, § 1 et 2.

13. *DGP*; II; XIII, § 30.1.

14. *DGP*; II; XIII, § 16.2.

15. Grotius cite Cicéron, *DGP*, II, XIII, § 1.2; Pufendorf, *DNG*, IV, II, § 2.

16. *DGP*; II; XIII, § 1.2.

17. *DNG*; IV; II, § 2.

18. *DGP*; II; XIII, § 10.

absurdité, jurer proprement par un Etre que l'on ne conçoit pas comme Dieu»¹⁹. Dieu, qu'invoque toujours, directement ou médiatement, celui qui prête ou défère serment, est véritablement «le monarque de la Cité divine des esprits»²⁰.

D'ailleurs, quand les Païens jureraient par les astres, c'est qu'ils les tenaient pour leurs divinités. Le serment de celui qui jure par les beaux yeux de sa maîtresse, par la majesté de son Empereur, par l'or du temple ou par le sceptre, n'a de sens, quelque formule dont il se serve, que parce qu'il prend à témoin, implicitement, la transcendance infinie de la Divinité, afin de se soumettre aux effets de sa vengeance²¹. Etant donnée la pluralité des religions selon l'espace et le temps, cela implique à l'évidence que le serment «soit réputé conforme à la religion de celui qui le prête»²² : jurer par une divinité que l'on ne reconnaît pas serait incongru et vain.

On en déduit aisément qu'il est nécessaire que l'auteur d'un serment ait eu l'intention de prendre à témoin la Divinité qu'il reconnaît. Autrement dit, le sens du serment ne réside pas dans les paroles prononcées – qui pourraient être, après tout, des formules simplement récitées – mais il requiert de la part de celui qui les prononce le discernement conscient et clair, sur un horizon axiologique, d'un Etre ou d'une Valeur inébranlables, auxquels on s'adresse comme à l'instance suprême du jugement. Ainsi Grotius remarquait-il qu'une promesse faite avec serment est nulle si elle repose sur quelque chose que le droit divin ou le droit naturel répute illicite²³. Aussi bien, lors même que varient la forme ou les termes du serment, le fond demeure le même²⁴. Tout serment «prend Dieu à témoin» et «se termine toujours à la Divinité»²⁵, même si d'autres personnes, voire d'autres choses y sont invoquées. Cela explique que les serments qui invoquent «de faux dieux» obligent néanmoins ceux qui les font puisqu'ils croient (ou disent croire) à leurs divinités chimériques comme si elles étaient des divinités authentiques²⁶.

Dans cette première approche du serment, il n'y a rien que de très classique, comme l'attestent les nombreuses citations empruntées à Cicéron ou à Sénèque, à Philon d'Alexandrie, à saint Augustin ou aux *Ecritures*. En vérité, à travers leur conception du droit et du juste, les jusnaturalistes se réfèrent à une certaine idée du monde et de l'homme qui constitue la toile de fond méta-juridique de leurs analyses. A l'aurore de la Modernité, ils pensent encore la société des hommes dans l'orbe de la Création divine, de sorte que, comme dans une société religieuse, tous ses membres sont liés à Dieu. Même si aucun pacte exprès n'est invoqué, comme dans la *Genèse*, pour justifier une théocratie en laquelle Dieu gouvernerait et protégerait ceux qui feraient acte d'obéissance envers ses lois, la transcendance divine se profile chez Grotius et chez Pufendorf, comme l'instance ultime qui garantit et

19. *DNG*, IV, II, § 3.

20. Leibniz, *Monadologie*, § 85.

21. Grotius, *DGP*, II, XIII, § 11; Pufendorf, *DNG*, IV, II, § 4.

22. *DNG*; IV, II, § 4.

23. *DGP*; II, XIII, § 6.

24. *DGP*; II, XIII, § 10.

25. *DGP*; II, XIII, § 11.

26. *DGP*; II, XIII, § 12; *DNG*, II, IV, § 4.

mesure la valeur des actions humaines. Dieu, dans une perspective universaliste, est le tribunal spirituel suprême qui, au-delà de toute juridiction temporelle, est, en son éminente souveraineté, le juge dernier. Jusque dans la Cité terrestre, dont, pourtant, il ne fait pas de doute qu'aux yeux des jusnaturalistes du XVII^e siècle, elle obéit à des règles de droit positif établies par les hommes, Dieu demeure le fondateur et le roi et, à ce titre, est l'instance juridictionnelle dernière. L'idée d'une loi naturelle divine (donc, surnaturelle et, en tout cas, supra-humaine), se tapit dans l'ordre social et civil qui est finalement celui d'une *res publica fidelium*.

C'est pourquoi le serment, en se «terminant toujours à la Divinité», se caractérise par son inviolable sainteté²⁷ : le temporel ne prend sens que sous et par le spirituel. Le serment est en définitive révérence et prière envers la suprématie de la Divinité. Comme le montrera Jean Domat, Césaire, pour gouverner, aussi bien que tout magistrat pour dispenser la justice, ont besoin de Dieu²⁸; de même, quiconque donne sa parole le fait devant Dieu parce qu'il ne peut se passer de l'autorité de sa suprême justice. Dans les traités des jusnaturalistes, la théologie éclaire le droit positif qui régit la vie des hommes comme elle éclaire l'institution politique. A cet égard, il n'existe pas, quoi qu'on en ait dit, de solution de continuité qui crée une rupture entre la pensée juridique du XVII^e siècle et la tradition classique véhiculée par le Moyen Age²⁹.

Cependant, du même mouvement, le jusnaturalisme s'ouvre sans conteste à la modernité. Aussi glisse-t-il dans la pensée du droit, à côté de sa référence théologique classique, une dimension humaniste plus neuve et plus subtile que, tout particulièrement, le serment laisse apercevoir dans sa problématique.

La dimension humaniste du serment

L'idée de la texture duelle – à la fois théologique et anthropologique – du droit n'est pas une idée absolument inédite chez les jusnaturalistes du XVII^e siècle. Elle pourrait remonter au *De Monarchia* de Dante qui, en 1309, contenait une analyse assez impressionnante de la nature humaine comme mixte d'incorruptibilité – en quoi se déchiffre la marque de Dieu – et de corruptibilité, signe de la précarité terrible attachée à ce qui est humain. Seulement, comme Dante n'est cité ni par Grotius ni par Pufendorf, il ne semble pas avoir été une de leurs sources. Néanmoins, l'anthropologie des jusnaturalistes ressemble fort, du point de vue de la métaphysique qu'elle présuppose,

27. *DNG*; IV, II, § 3.

28. J. Domat, cf. *Traité des Lois*, prolégomènes des *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-94), réédité par la Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1989.

29. Cela ne saurait signifier que le jusnaturalisme «moderne» répète le jusnaturalisme «classique». Nous avons montré ailleurs que, globalement considérés, il existe entre les deux jusnaturalismes une inversion des principes et des enjeux (cf. *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° XI, *Des théories du droit naturel*). Mais la rupture est loin de s'être opérée de manière brutale et tranchée, principalement chez Pufendorf chez qui l'idée de loi naturelle, divine et éternelle, demeure l'axe du système.

à la conception de la nature humaine que dessinait Dante. Il y a là une voie qui reste à explorer. Quoi qu'il en soit, Pufendorf indique très clairement que « l'usage du serment marque ou suppose la défiance, l'infidélité, l'ignominie et l'impuissance des hommes »³⁰. En effet, si la parole de l'homme était fiable, s'il n'y avait pas d'exemples de perfidie, le serment serait inutile, si le juge était infailible, il n'aurait point à s'engager à juger et prononcer selon le droit et l'équité; ou encore si, dans un procès, la vérité éclatait d'elle-même et aussitôt au grand jour, il serait superflu de demander prestation de serment aux témoins. Le serment ne s'explique donc, en sa nécessité, que par la faiblesse de la nature humaine : il est le propre d'un être fini qui, quelque sorte, demande, pour que sa parole soit crédible, la caution morale d'un Être infini.

Aussi bien Pufendorf, en démontrant le mécanisme psychologique que manifeste depuis toujours le serment, rend-il explicite la postulation métaphysique qui en soutient le concept. Elle tient en deux axiomes complémentaires et la résonance du second est si forte qu'elle fut appelée à se répercuter comme l'une des vagues de fond de la pensée des Temps modernes.

D'une part, le serment montre que, en face de la Divinité toute puissante et parfaitement juste, l'homme, par l'acte de jurer, avoue sa faillibilité ou la toujours possible inconstance qui appartient à sa nature. Il s'avoue à lui-même et devant Dieu comme *un être des limites*. Il reconnaît, comme le dit Malebranche, que, du fini à l'infini, la distance est infinie. En un sens, donc le serment est un acte d'humilité qui prend sens sur un fond ontologique. Mais, pour des auteurs du XVIII^e siècle, chrétiens et protestants de sucroît comme le sont Grotius et Pufendorf, l'idée est si banale qu'elle ne donne pas lieu, dans leurs traités, à une thématique qui, d'ailleurs, eût largement débordé leurs intentions de scientificité juridique.

En revanche, d'autre part, Grotius et Pufendorf, en se situant dans une perspective anthropocentriste tout à fait compatible avec leur ambition scientifique, sont beaucoup plus explicites lorsqu'ils soutiennent en toute clarté la thèse de l'*individualisme volontariste* qui porte leur analyse du serment. Sur ce point, Pufendorf est plus net et plus incisif que Grotius. En effet, il voit dans le serment l'expression de l'autonomie de la volonté, dont il décrit et décrit les éléments constitutifs.

Celui qui prête serment, note-t-il, n'engage devant Dieu que lui-même : il jure devant la Divinité de sa propre religion³¹; il renonce à sa propre divinité³², il faut surtout qu'il ait, au tréfonds de lui-même, l'intention véritable de jurer³³. De la sorte, l'engagement et le consentement qu'enveloppe l'acte du serment ne peuvent avoir que la subjectivité pour principe. De même que Locke, parlant du *trusteeship* qui engendre la société civile, remarque que « même un père ne peut s'engager pour ses fils »³⁴, Pufendorf souligne que

30. *DNG*; IV, II, § 2.

31. *DNG*; IV, II, § 4.

32. *DNG*; IV, II, § 2.

33. *DNG*; IV, II, § 5.

34. Locke, *Traité du Gouvernement civil* (1690), § 117 et 119.

nul ne saurait valablement prononcer un serment, ni oralement ni par écrit, aux lieux et places d'une autre personne (*Jurare in animam alterius*), pût-on arguer pour cela de son absence³⁵. Assurément, un tel engagement, considéré dans les formes, « avec les formalités accoutumées » et pris par un procureur, peut-il passer pour un serment. Mais le danger est que « ceux qui sont chargés de jurer pour un autre, agissent en apparence comme s'ils juraient pour eux-mêmes »³⁶ et c'est là une usurpation de pouvoir. En effet, l'intention qui précède au serment relève de l'arbitre de chacun; elle est, par sa nature, strictement personnelle et incommunicable : nul ne peut vouloir pour un autre. C'est pourquoi mieux vaut « que la personne absente prête elle-même serment, avec les formalités ordinaires, dans le lieu où elle demeure » : le serment personnel – *Juramentum corporaliter praestitum* – n'a pas de substitut; Pufendorf n'admet pas, en l'occurrence, l'idée de représentation que reconnaissait le vieux droit civil³⁷.

Dans le même élan de pensée, Pufendorf dénonce les « serments forcés »³⁸ extorqués sous la menace par la contrainte physique ou par la pression psychologique d'une crainte injuste; de manière plus générale, la peur, la crainte et la terreur annulent les engagements³⁹. Grotius était moins catégorique : contre Cicéron, il estime en effet que celui-là est parjure qui, envers des corsaires ou envers un tyran, ne tient pas une promesse faite avec un serment arraché sous la menace⁴⁰. Il est vrai qu'en la matière, il faut distinguer le serment fait à un autre homme et le serment qui, s'adressant à Dieu, est un *vœu sacré*⁴¹. En ce dernier cas, quel que soit le contexte dans lequel il a été prononcé, on ne peut se délier⁴². Mais, dans un cas comme dans l'autre, la volonté strictement propre au sujet est au principe du serment. Celui-ci procède, par delà toute considération casuistique, de la liberté comme volonté autonome. L'autonomie de la volonté est, en dernière analyse, la condition *sine qua non* du serment.

La logique conduit donc à poser le problème de savoir si un héritier est lié par les serments de celui dont il recueille la succession⁴³. Grotius, sur ce point, est péremptoire : « l'héritier de celui qui a juré n'est tenu à rien »⁴⁴. Il n'est évidemment guère douteux qu'il ait un devoir moral de piété ou de reconnaissance; mais, en droit strict, les serments et les promesses du défunt n'engagent pas les successeurs. De même, Pufendorf dit que l'héritier « ne représente jamais le défunt dans les obligations purement personnelles »⁴⁵. Lors même qu'il n'effectuerait pas une promesse ou une convention faite avec serment par le défunt, il ne serait pas coupable de parjure⁴⁶ car il n'a « pas

35. *DNG*; IV, II, § 16.

36. *DNG*; IV, II, § 16.

37. Cf. Cicéron, *De Oratore*, II, 24 : « *Unus sustineo tres persona, mei, adversarii et judicis* ».

38. Pufendorf, *DNG*, IV, II, § 8.

39. *Ibid.*

40. Grotius, II, XIII, 15.2.

41. *DGP*, II, XIII, § 15.2; *DNG*, IV, II, § 8.

42. *DGP*, II, XIII, § 16.2.

43. *DGP*, II, XIII, § 17.

44. *DGP*, II, XIII, § 17.

45. *DGP*, II, XIII, § 17.

46. *DNG*, IV, II, § 17.

lui-même pris à témoin la Divinité» : il ne l'outragerait donc pas. Même dans l'état civil, précise Pufendorf, les descendants ne sont pas tenus du fait de leurs ancêtres⁴⁷.

Il est donc parfaitement clair que l'obligation qu'engendre le serment ne lie que celui-là seul qui l'a prêté, dans la mesure où sa volonté libre en est le support inconditionnel : « L'acte du serment, écrit Pufendorf, est expressément l'effet de la volonté particulière de chaque individu »⁴⁸. L'obligation de respecter sa parole, tout autant que l'infraction qui en est le déni, ne sont imputables qu'au sujet lui-même. Dans les *devoirs de l'Homme* et du Citoyen⁴⁹, Pufendorf propose une analyse rigoureuse de la notion d'imputation que suppose le chapitre *Des Serments* dans *Le Droit de la Nature et des Gens*. Les actions humaines, déclare-t-il, « sont susceptibles d'imputation » chaque fois que « l'agent en peut être légitimement regardé comme l'auteur, qu'il est tenu d'en rendre compte et que les effets, qui en proviennent, retombent sur lui »⁴⁹. La conséquence est inéluctable : « Il faut tenir pour principe constant et fondamental dans les sciences morales, du moins par rapport aux règles du tribunal humain, qu'on est responsable de toute action dont l'existence et la non-existence a été en notre pouvoir ». Dans ce cadre individualiste, la responsabilité du sujet, qui ne va pas, évidemment, sans une liberté essentielle, est la clef de voûte de l'action juste (à la fois du point de vue moral et du point de vue juridique) : « La justice des actions n'est autre chose qu'une application convenable à la Personne »⁵⁰. Ce principe est si important aux yeux de Pufendorf qu'il le conduit à insister sur le fait que l'ignorance ou l'erreur⁵¹ ne mettent point à couvert de l'imputation des actions qui en proviennent — étant bien entendu (c'est une règle de bon sens) que « nul n'est tenu à l'impossible »⁵².

En conséquence, un Peuple entier, fût-il considéré comme une personne morale, ne saurait jurer ou s'engager par un serment : « cela ne convient qu'aux particuliers qui sont membres d'une telle société »⁵³; « lors donc qu'un Peuple viole une promesse ou une convention faite avec serment, il n'y a que ceux qui ont juré en personne qui se parjurent »⁵⁴.

Ainsi, la parole donnée, la foi jurée ou le serment n'ont de sens, selon les juriconsultes du droit naturel, que dans le cadre de l'*humanisme individualiste*. Les théories du droit naturel « moderne » semblent bien incliner vers la subjectivisation du droit, anthropologiquement fondé et ne demandant plus

47. *Ibid.*

48. *Le De Officio hominis et civis juxta legem naturalem* (traduit par Barbeyrac sous le titre *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, réédition par la Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1984) parut à Lund en 1673, un an après le *Droit de la Nature et des Gens*, dont, au dire de Pufendorf lui-même, il constitue un résumé.

49. *Devoirs de l'homme et du citoyen*, I, I, § 17.

50. *Ibid.*, I, II, § 13.

51. *Ibid.*, I, I, § 21.

52. *Ibid.*, I, I, § 23. Reprenant des thèmes développés ou mentionnés dans le *Droit de la Nature et des gens*, Pufendorf rappelle ici que l'individu n'est pas responsable de ce qu'il fait sous la menace ou la contrainte (§ 24); il écarte également la responsabilité des fous (§ 25) et déclare que l'on n'est pas responsable de ce que l'on croit faire en songe (§ 26).

53. Pufendorf, *DNG*, IV, II, § 17.

54. *Ibid.*

rien à la « nature des choses ». Que le serment soit employé pour donner plus d'assurance aux engagements que l'on contracte ou pour décider, par exemple en un procès, d'un fait qui n'est pas avéré, son mécanisme est essentiellement commandé par la décision volontaire et libre du sujet responsable.

Il convient de mesurer la portée philosophique de cette thèse. En effet, dans le temps même où Descartes vient d'opérer, selon l'expression de F. Alquié, « la découverte métaphysique de l'homme », — c'est-à-dire de l'*ego cogito* —, les théoriciens du jusnaturalisme, allant plus loin que Descartes, laissent entendre de la manière la plus claire qui soit que le sujet individuel, en s'ouvrant à l'action, exprime le mouvement d'une volonté qui est plus profonde que l'entendement. Pufendorf n'hésite pas à déclarer qu'Aristote avait raison lorsqu'il disait que « le serment ne porte point avec soi de démonstration »⁵⁵. S'il ne réclame pas de preuves, c'est qu'il relève de l'arbitre plutôt que de la raison, si bien que « lorsqu'on a des preuves bien claires d'une chose, le serment ne doit pas faire foi »; inversement, « lorsqu'on s'en est une fois remis au serment pour la décision d'une affaire, il ne faut plus aller chercher d'autre preuve »⁵⁶. Le volontarisme qui le gouverne suffit à faire comprendre que, en marge d'une rationalité qu'il transcende, le serment est employé dans des questions de fait plutôt qu'en des questions de droit : le serment ne sert pas à raisonner; il sert ou à assurer (ce sont les *juramenta assertoria* ou serments affirmatifs) ou à promettre (ce sont les *juramenta promissoria* ou serments obligatoires)⁵⁷. Dans les deux cas, c'est la volonté personnelle, plutôt que le calcul rationnel ou la démarche démonstrative, qui préside au serment et engage la responsabilité de son auteur.

L'analytique du serment conduit les jusnaturalistes modernes à accorder aux volontés particulières, contre les perspectives de la théodicée traditionnelle, une capacité de décision et d'engagement qui est le signe de leur affirmation humaniste. A l'opposé des thèses thomistes, l'École du droit naturel moderne reconnaît le sujet comme principe de réflexion et d'action : c'est à lui qu'il appartient de donner sens et valeur à ses paroles et à ses actes. Conclure de là, avec certains commentateurs, que les thèses jusnaturalistes expriment au XVII^e siècle le triomphe de l'individualisme et la promotion des valeurs d'indépendance qu'il renverra à son actif, est assurément une erreur. Cependant, comme le montre l'étude du serment, elles accordent au sujet une initiative et une responsabilité qui sont l'index de sa capacité d'imputation. Dans la perspective pratique que détermine le droit, chacun, dans son ipséité, est le sujet irremplaçable de ses décisions et de ses obligations. Il ne s'agit pas de déchiffrer en ce thème neuf qu'apporte la doctrine une ontologie individualiste dont n'ont cure des juriconsultes comme Grotius et Pufendorf. Mais il importe de reconnaître que le jusnaturalisme du XVIII^e siècle accorde à l'homme un statut qui rend possible l'autonomie dont, d'ores et déjà, il est en quête.

Seulement, on mesure aussitôt la difficulté redoutable à laquelle conduit, dans la compréhension du serment, la coexistence de la référence à un horizon

55. *DNG*, IV, II, § 18.

56. *DNG*, IV, II, § 18.

57. *DNG*, IV, II, § 20.

incertaine des actes humains. En d'autres termes, l'engagement personnel qu'impose le serment s'inscrit dans un fonds de sacralité qui montre bien si Dieu n'existait pas - n'est qu'une hypothèse d'école⁶⁵, dont, d'ailleurs, Pufendorf n'a rien retenu.

De l'ambivalence qui entremêle, dans le serment, les dimensions humaine et divine, une conséquence découle aussitôt, que Grotius et Pufendorf ont parfaitement mise en évidence : c'est, à savoir, que « le serment ne change ajouté »⁶⁶. En termes plus incisis, on pourrait dire que l'utilité pratique du serment est nulle. C'est bien ce qu'avait dit Hobbes. Mais, si l'on replace la thématique du serment - assez importante, il faut le rappeler, aux yeux des juriconsultes pour qu'ils lui consacrent un chapitre substantiel - dans son contexte philosophique, on comprend que ce n'est pas en termes de praxéologie qu'ils en entendent le concept, mais en terme *métaphysiques*. En effet, prise en elles-mêmes, les promesses et les conventions dont est plein le commerce juridique ne sont que des accords de volontés, à tout plein vulnérables et fragiles comme l'est la nature humaine. La symbolique sacrilège du serment, en le plaçant devant la juridiction suprême de la cendance divine, est l'ultime garantie de son caractère obligatoire et de l'exécution des engagements auxquels il prélué.

Mais on peut se demander si l'Ecole du droit naturel, en renvoyant de la sorte l'acte juridique du serment non seulement à sa compréhension éthique, mais, par delà elle, à une véritable théologie rationnelle, ne laisse pas échapper la juridicité de l'ordre juridique.

L'impossible autonomie du droit

L'étude du serment possède, dans l'économie d'ensemble du jusnaturalisme, une exemplarité qui prend valeur de signe. Elle met en pleine lumière l'incapacité de l'Ecole du droit naturel à autonomiser le droit.

Si l'on compare les gros traités de Grotius et de Pufendorf aux textes juridico-politiques du XVII^e siècle, on remarque que, tandis que Bodin, et sur tout, les Monarchomaques traitaient longuement du serment des Rois, Grotius n'en fait mention qu'en quelques lignes rapides⁶⁷ et Pufendorf, en exposant la genèse des sociétés civiles, ne lui accorde aucune place. Le serment apparaît donc, en droit public, comme superfétatoire. Dans le chapitre consacré au serment, Pufendorf se borne à noter, de manière toute négative, qu'« un citoyen ne peut, sous prétexte de serment, se dispenser de rendre ses services à l'Etat, qui les lui demande »⁶⁸. Il rappelle ce fait significatif que, au cours

65. DGP; Prolegomènes, § 11.
66. DNG, IV, II, § 11.

67. DGP; II, XIII, § 20.
68. DNG, IV, II, § 24.

de l'histoire, les Princes chrétiens s'en remirent le plus souvent aux évêques afin de connaître de la validité des serments⁶⁹.

Ces remarques sont significatives : que l'on juge de la validité du serment d'après « les principes du droit » signifie que, seul, le *droit naturel*, selon les juriconsultes, en fournit le critère. Or, le droit naturel correspond expressément, selon Pufendorf, plus net que Grotius, au principe de sociabilité qui impose à chacun, dans le cadre de la *loi naturelle* voulue de Dieu, des devoirs auxquels il ne saurait être question de se dérober sans attenter à son humanité. Dans ses relations inter-humaines, chacun a donc l'obligation de tenir sa parole conformément aux requisits de la Nature et sans que cela suppose « aucun engagement volontaire, ni exprès, ni tacite »⁷⁰. Par conséquent, on ne saurait oublier que les hommes sont, de manière fondamentale, selon le vouloir du Dieu créateur, des *entia moralia*⁷¹. Aucune acte du domaine juridique n'échappe, en sa compréhension, à cette prémisse. Il en résulte que l'observance des règles et des procédures du droit ne peut demeurer étrangère à l'exigence morale inscrite dans la métaphysique de la Création. Dieu a voulu soumettre les hommes à la loi naturelle pour marquer, dans sa Création, la différence spécifique de l'homme.

La loi naturelle, qui est la loi divine, est un index axiologique auquel le droit positif des hommes, ni dans sa constitution, ni dans sa mise en œuvre, ne peut demeurer indifférent. Autrement dit, les catégories et les concepts du droit humain, tributaires de la *morale* par leur référence anthropologique à l'individualité des consciences, sont également impensables en dehors de la *métaphysique* qui fait de la loi naturelle une prescription universelle pour tout être raisonnable. Donc, dans les grandes œuvres jusnaturalistes, *le droit ne parvient pas à s'autonomiser*. Ses normes s'enracinent toujours, en dernière instance, dans la loi fondamentale qui exprime l'autorité suprême de Dieu. La liaison du droit à la morale et à leur commune fondation métaphysique est une question de structure ou d'organisation intrinsèque du système.

Aussi bien le serment, dont les tenants de l'Ecole répètent qu'il en appelle toujours à la Divinité, ne manifeste-t-il rien d'autre que l'obligation à la sociabilité dont Dieu a fait le principe de valeur du monde des hommes. A travers lui, c'est la loi naturelle qui oblige les consciences individuelles tout simplement parce que les jusnaturalistes ne pensent les valeurs de la personne que rapportées à l'universel principe de sociabilité que veut la loi de Dieu. La fidélité à la parole donnée, qui est comme l'âme du serment, est donc une règle méta-juridique. Cela suffit à expliquer que le serment « n'ajoute rien à l'obligation ». Pour autant, il n'est nullement question de renoncer à sa prestation solennelle. Jusque dans son formalisme, le serment enseigne que l'homme, dans sa tentation d'accéder à l'autonomie, ne peut se passer de regarder le Ciel.

69. *Ibid.*

70. DNG, III, IV, § 1.

71. La théorie des *êtres moraux* est exposée une seule fois au chapitre I du Livre I du DNG. Par sa place dans le traité, elle a, à l'évidence, valeur fondamentale.

Par sa nature et par son sens, le serment enseigne de manière prototypique en quoi et pourquoi le droit demeure, chez les jurisconsultes du droit naturel, inscrit dans la normativité morale universelle dont la loi naturelle et divine est la clef. L'autonomisation du droit est encore loin. Le jurnaturalisme que l'on dit « moderne » est encore marqué⁷² par une pensée méta-juridique qui considère l'homme dans le tout de la Création et par rapport à son Créateur. Lors même que les théories du droit naturel ont, au XVII^e siècle, un coefficient plus anthropologique que cosmologique — ce qui les distingue du jurnaturalisme classique —, elles sont loin, très loin même, de se passer d'un ancrage ontologique et d'une référence axiologique de nature transcendante. Si l'on n'oublie pas que le mot de Grotius, si souvent mal compris : « même si Dieu n'existait pas », est une proposition hypothétique et non théorique, force est d'admettre que le chemin est encore très long qui conduira à la rationalisation fichtéenne ou à la laïcisation hégélienne d'une normativité juridique où le serment n'aura plus de place.

LE SERMENT DANS LES ÉCRITS POLITIQUES DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Lucien SCUBLA

CREA, Ecole Polytechnique

« Aujourd'hui, comme il y a dix mille ans, un Pouvoir ne se maintient plus quand il a perdu sa vertu magique ».

Bertrand de Jouvenel

On imagine mal que le serment puisse longtemps survivre au crépuscule des dieux et plus généralement à la désacralisation qui caractérise, dit-on, les sociétés occidentales modernes. Acte sacramentel, le serment exige un point d'appui transcendant : il n'a donc, en principe, aucune place dans l'espace homogène et isotrope d'une société, dont tous les membres croient être les seuls auteurs des institutions et des règles auxquelles ils sont assujettis.

Et pourtant, le serment n'a pas totalement disparu de nos sociétés. Mais s'agit-il seulement d'un phénomène résiduel en voie d'extinction ? Ou bien faut-il y voir l'indice que les sociétés « modernes » n'ont pas encore acquis, voire la preuve qu'elles sont incapables d'acquiescer, la parfaite autonomie qu'elles se flattent de détenir, ou du moins d'obtenir ? Je laisse aux historiens du droit et aux ethnographes de la société contemporaine le soin de trancher cette question essentielle.

En étudiant le serment dans les écrits politiques de Jean-Jacques Rousseau, c'est un problème en apparence beaucoup plus modeste, mais en réalité tout aussi ambitieux, que je vais aborder. Beaucoup plus modeste, puisque je vais me restreindre à un auteur, et même à une partie seulement de son œuvre. Tout aussi ambitieux, néanmoins, parce que mon auteur n'est pas seu-

⁷² Cela est plus juste, il est vrai, du moralisme du Pufendorf que du rationalisme de Grotius.

1. Bertrand de Jouvenel, *Du pouvoir, Histoire naturelle de sa croissance*, 3^e éd., Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1977 : 141.